



João Rodrigues Torres

**O CONTROLE PRÉVIO DE DESESTATIZAÇÕES PELO
TCU: Como a Corte tem interferido na modelagem de
concessões rodoviárias federais?**

**Monografia apresentada
à Escola de Formação da
Sociedade Brasileira de
Direito Público – SBDP,
sob orientação do Dr.
Theófilo Miguel de
Aquino.**

**SÃO PAULO
2025**

"A ciência da administração, a ciência econômica, as ciências que procuram sistematizar as diferentes formas de controle social, fazem progressos que algumas vezes colocam os seus métodos e normas em conflito com as normas jurídicas. O Direito assume, nesse conflito entre um critério ético e um critério puramente pragmático, o papel de força reacionária, de elemento resistente, que os órgãos de governo estimariam contornar para poderem promover, por meios mais imediatos e diretos, o que lhes parece ser o bem comum."

(San Tiago Dantas, Palavras de um Professor, 1955)

AGRADECIMENTOS

Não há esforço que não seja coletivo. Agradeço imensamente a todos e todas que, de alguma forma e em algum momento, contribuíram com esta jornada.

Dedico esta pesquisa aos lugares que me trouxeram até aqui, cada um a seu modo.

À Sociedade Brasileira de Direito Público e à Fundação Getúlio Vargas, pela oportunidade de viver a Escola de Formação Pública, uma das mais transformadoras experiências acadêmicas e pedagógicas da minha vida, e pelo enorme carinho e acolhimento que encontrei na Rua Dr. Plínio Barreto.

Às *Arcadas* do Largo de São Francisco, por cultivarem em mim o desejo de pensar o país e suas instituições, e renovarem diariamente minha crença na juventude, no direito e no Brasil.

A São Paulo, por me fazer um homem livre e por ser o cenário dos anos mais bonitos da minha vida. Nunca é tarde para descobrir-se paulistano, nunca é tarde para pertencer.

Às Asas, Eixos, *Dáblius* e Superquadras da minha vida, por terem me feito quem sou. Levo sempre comigo a beleza e a saudade do que vivemos.

São Paulo, 2025.

Resumo: A presente pesquisa tem por objeto o fenômeno do controle prévio de concessões rodoviárias realizado pelo TCU sob o rito da Instrução Normativa nº 81/2018. Busca-se compreender como a Corte de Contas tem exercido tal modalidade de controle sobre a administração pública e quais têm sido seus reflexos na modelagem das concessões de infraestrutura rodoviária promovidas, a partir de 2019, pela ANTT. Objetiva-se, ainda, compreender a dinâmica institucional existente entre o Tribunal e a agência reguladora no âmbito do controle prévio, em termos de deferência e enfrentamento. Concluiu-se que o controle prévio tem natureza predominantemente mandamental, e que todos os projetos de concessão rodoviária licitados desde 2019 sofreram interferências impositivas em sua modelagem. Identificou-se um controle intenso e frequente sobre inovações regulatórias, sendo identificada a prática de atos de comando sem observância a parâmetros de legalidade. Constatou-se também que o controle sobre inovações, com o tempo, passa a ser atenuado pela atuação do Plenário, que adota um discurso mais deferente às escolhas da Agência quando comparado à Unidade Técnica especializada. Constatou-se, ainda, a existência de mecanismos de reação ao controle por parte da ANTT, em especial por meio do descumprimento de deliberações. Tem-se, contudo, que a grande maioria das deliberações expedidas pela Corte, incluindo-se as recomendativas, são efetivamente implementadas pela ANTT e incorporadas aos projetos, sem grandes embates, o que confirma a posição central do TCU na estruturação de projetos de infraestrutura.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União - Concessões Rodoviárias - Deferência - Controle sobre a Administração Pública - Agências Reguladoras - Instrução Normativa nº 81/2018.

ACÓRDÃOS ANALISADOS - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Acórdão nº 2195/2019 - Plenário	Acórdão nº 1387/2023 - Plenário
Acórdão nº 4036/2020 - Plenário	Acórdão nº 2031/2023 - Plenário
Acórdão nº 4037/2020 - Plenário	Acórdão nº 2208/2023 - Plenário
Acórdão nº 1766/2021 - Plenário	Acórdão nº 2434/2023 - Plenário
Acórdão nº 1769/2021 - Plenário	Acórdão nº 71/2024 - Plenário
Acórdão nº 2021/2021 - Plenário	Acórdão nº 762/2024 - Plenário
Acórdão nº 3136/2021 - Plenário	Acórdão nº 768/2024 - Plenário
Acórdão nº 571/2022 - Plenário	Acórdão nº 1373/2024 - Plenário
Acórdão nº 1115/2022 - Plenário	Acórdão nº 1592/2024 - Plenário
Acórdão nº 1574/2022 - Plenário	Acórdão nº 2464/2024 - Plenário
Acórdão nº 2204/2022 - Plenário	Acórdão nº 228/2025 - Plenário
Acórdão nº 2379/2022 - Plenário	Acórdão nº 686/2025 - Plenário
Acórdão nº 1142/2023 - Plenário	Acórdão nº 1177/2025 - Plenário
Acórdão nº 1281/2023 - Plenário	Acórdão nº 1711/2025 - Plenário

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Critérios de busca para seleção dos acórdãos

Tabela 2 - Conjunto de processos e acórdãos selecionados

Tabela 3 - Lista de acórdãos principais e seus respectivos dados

Tabela 4 - Deliberações referentes aos verificadores independentes

Tabela 5 - Deliberações referentes aos *dispute boards*

Tabela 6 - Lista de acórdãos de relação e dados dos respectivos processos

Tabela 7 - Lista de recursos interpostos pela ANTT

Tabela 8 - Lista de acórdãos de monitoramento por processo

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Frequência das deliberações nos acórdãos principais

Gráfico 2 - Implementação das recomendações (TC 012.263/2019-2)

Gráfico 3 - Implementação das recomendações (TC 018.901/2020-4)

Gráfico 4 - Implementação das recomendações (TC 039.400/2020-4)

Gráfico 5 - Implementação das recomendações (TC 018.708/2021-8)

Gráfico 6 - Implementação das recomendações (TC 042.775/2021-3)

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres

Art./Arts. - Artigo / Artigos

AudRodoviaAviação - Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e Aviação Civil

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

CRD - Comitê de Resolução de Disputas

DES - Desestatização

IN /INs - Instrução Normativa / Instruções Normativas

Inc./Incs. - Inciso / Incisos

INMETRO - Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia

LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

LOTCU - Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União

Min. - Ministro(a)

MPC - Ministério Público de Contas

MS - Mandado de Segurança

OAC - Organismo de Avaliação da Conformidade

OIA - Organismo de Inspeção Acreditado

PER - Programa de Exploração da Rodovia

PL - Projeto de Lei

Pln. - Plenário

PND - Programa Nacional de Desestatização

PPP / PPPs - Parceria Público-Privada / Parcerias Público-Privadas

RE - Recurso Extraordinário

Rel. - Relator(a)

RITCU - Regimento Interno do Tribunal de Contas da União

SeinfraRodoviaAviação - Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil

Secex-Consenso - Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos

STF - Supremo Tribunal Federal

TCE-RJ - Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro

TCU - Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	12
2. METODOLOGIA.....	20
2.1. Escolhas metodológicas.....	20
2.2. Perguntas de pesquisa.....	22
2.3. Hipóteses de pesquisa.....	26
2.4. Composição da amostra.....	28
3. CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA.....	31
3.1. As competências do TCU no controle de licitações e contratações públicas.....	31
3.2. A sistemática processual da Instrução Normativa nº 81/2018: Como o TCU controla projetos federais de desestatização?.....	40
4. ANÁLISE EMPÍRICA.....	45
4.1. Análise dos acórdãos principais.....	45
4.1.1. Resultados gerais.....	46
4.1.2. O controle prévio de inovações regulatórias.....	53
4.1.2.1. O caso dos verificadores independentes.....	53
4.1.2.2. O caso dos <i>dispute boards</i>	67
4.1.2.3. Conclusões gerais.....	71
4.2. Análise das etapas recursal e de monitoramento dos processos....	75
4.2.1. Etapa recursal.....	76
4.2.2. Etapa de monitoramento.....	79
5. CONCLUSÃO.....	90
6. REFERÊNCIAS.....	97
6.1. Bibliografia.....	97
6.2. Acórdãos.....	100
6.2.1. Acórdãos referenciados.....	100

6.2.1. Acórdãos objeto da análise empírica.....	100
---	-----

1. INTRODUÇÃO

A atividade administrativa, em um Estado de Direito, se sujeita a diversas espécies e instâncias de controle. Nesse contexto, do ponto de vista do órgão controlador, subdivide-se o controle da administração pública em duas espécies: controle interno e controle externo¹.

Denomina-se interno aquele controle exercido por órgãos integrantes da própria estrutura do ente controlado, como nas hipóteses em que o próprio Poder Executivo controla seus atos e agentes. O controle externo, por sua vez, caracteriza-se pela exterioridade do órgão controlador com relação à estrutura do ente controlado. É o que ocorre, por exemplo, no controle jurisdicional de atos administrativos e na fiscalização exercida pelo Congresso Nacional sobre o Poder Executivo, com auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU)².

Nesse contexto, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) em seu art. 71, delimita a abrangência das competências do TCU e o define como órgão encarregado de auxiliar o Poder Legislativo na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta. O controle externo sobre a administração pública é amplo e incide sobre uma série de matérias, como contratos administrativos, atos de pessoal e despesas públicas de maneira geral.

Nesse amplo contexto do controle externo, tem ganhado especial relevo o papel desempenhado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em setores da infraestrutura nacional³. Uma simples consulta ao site⁴ da Corte é suficiente para revelar o destaque institucional dado à sua própria atuação

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 38 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2025, p. 830.

² Vide art. 70, caput, da CRFB.

³ É o que sustentam Dutra e Reis, segundo os quais “*Quem examina a intervenção do Estado brasileiro na ordem econômica, sobretudo no setor de infraestrutura, não pode deixar de registrar a atuação expressiva, quando não dominante, que nela exerce o Tribunal de Contas da União - TCU*” (DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O Soberano da Regulação: O TCU e a Infraestrutura*. São Paulo: Editora Singular, 2020, p. 9)

⁴ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/infraestrutura>. Acesso em 06/09/2025.

em empreendimentos de setores como energia elétrica, aviação civil, ferrovias, portos, saneamento e rodovias. Trata-se de protagonismo que, todavia, não se limita a tais áreas, sendo notória a relevância e repercussão da atuação da Corte para o direito público brasileiro como um todo.

Ocorre que uma simples leitura do texto constitucional, que desenha o TCU como controlador externo auxiliar, responsável pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial de entes públicos, é, na prática, incapaz de revelar a real e atual amplitude de suas competências, bem como a diversidade de seus âmbitos de atuação. Há décadas, tem sido constatado um processo de reconfiguração do papel institucional do TCU no controle sobre a administração pública, em um notável movimento de auto expansão e de releituras ampliativas de suas competências⁵.

Trata-se de fenômeno observável em uma série de contextos, como na expansão subjetiva da jurisdição de contas sobre particulares⁶, na intensa atuação da Corte em questões regulatórias, na realização de controle de constitucionalidade e na institucionalização das soluções consensuais em matéria de contratações públicas⁷, por meio da Secex-Consenso⁸ (Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos).

⁵ Esse movimento é observado, por exemplo, por Cabral, segundo a qual o “*problema em relação ao TCU parece residir não no conjunto normativo que o estrutura e conforma suas competências, mas sim em como vem sendo interpretado e aplicado pela própria Corte*” (CABRAL, Flávio Garcia. *Como o Tribunal de Contas da União tem se comportado ao longo da Constituição de 1988?* A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 161-183, jul./set. 2021).

⁶ VILELLA, Mariana; DIAS, Marcelo Baretto Corrêa. *STF e a jurisdição do TCU sobre particulares*. Jota, 21/02/2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/stf-e-a-jurisdicao-do-tcu-so-bre-particulares>. Acesso em 06/09/2025.

⁷ PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia; ROSILHO, André Janjácomo. *A institucionalidade do consenso no TCU*. Jota, 16/10/2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/a-institucionalidade-do-consenso-no-tcu>. Acesso em 06/09/2025.

⁸ A Secex-Consenso foi instituída pela Instrução Normativa TCU nº 91/2022. Assim como no caso do controle prévio de editais, a institucionalização de soluções consensuais em matéria de contratações públicas de infraestrutura também se deu pela edição de atos normativos internos.

É, em especial, pela via jurisprudencial e pela edição de atos normativos internos que o TCU tem construído novas interpretações com relação às suas atribuições institucionais. Em diversos casos, portanto, o Tribunal tem se consolidado como o protagonista de sua própria reconfiguração institucional expansiva.

No que concerne ao objeto da presente pesquisa, os reflexos desse movimento de reconfiguração de competências têm sido constatados no âmbito dos *processos de acompanhamento e fiscalização de desestatizações*⁹ na esfera federal. Atualmente, a despeito de parte da doutrina apontar a inadequação desse tipo de atuação¹⁰, é fato que o TCU realiza exame de mérito das principais contratações públicas de infraestrutura, antes mesmo do início de seus procedimentos licitatórios, atuando diretamente como controlador prévio¹¹ na estruturação dos projetos. Isto é, a publicação, pela administração pública federal, de editais de licitação referentes a desestatizações, em quaisquer setores, é condicionada à obtenção de aval prévio do TCU.

A atuação do TCU se deu, de fato, ao longo da maior parte de sua história, como regra, na sistemática do controle prévio¹². Esse modelo de

⁹ Conforme o art. 1º da Instrução Normativa 81/2018 do TCU, os processos de desestatização realizados pela Administração Pública Federal sujeitos a fiscalização pelo Tribunal compreendem: as privatizações de empresas, as concessões e permissões de serviço público, a contratação das Parcerias Público-Privadas (PPPs) e as outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado.

¹⁰ Jordão, por exemplo, é um dos administrativistas mais vocais contra a prática do controle prévio de editais não publicados em Tribunais de Contas. Em 2014, publicou, na Revista Brasileira de Direito Público - RBDP (Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, out./dez. 2014), artigo intitulado "*A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador?*", em que questiona amplamente a legitimidade jurídica e prática dessa espécie de atuação do TCU.

¹¹ Do ponto de vista teórico, o controle sobre a administração pública, quanto ao momento em que se efetua, pode ser subdividido em três principais espécies: controle prévio, concomitante e posterior (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 38 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2025, p. 830-831). Há controle prévio quando o órgão controlador atua antes mesmo da prática do ato, em caráter preventivo. O controle concomitante, por sua vez, fiscaliza a atividade administrativa no momento em que esta se desenvolve, enquanto que o controle posterior se debruça sobre atos já praticados, os corrigindo, desfazendo ou confirmando, se necessário. Há, em diferentes contextos, previsão de controle dessas três espécies no direito público brasileiro.

¹² Tal cenário histórico-normativo não é exclusividade do Brasil. À Corte de Contas belga (*Cour des Comptes*), por exemplo, era atribuída competência para realizar controle prévio de quaisquer atos administrativos de despesa até alterações legislativas no ano de 2003 (*Loi du 22 mai 2003 portant organisation du budget et de la compatibilité de l'État fédéral* - Lei de

atuação prévia da Corte abrangia não somente editais de licitação, mas quaisquer atos de despesa praticados pelo Poder Público. Cuida-se de modalidade de controle historicamente denominada *registro prévio de despesas*, em que, como explanado por Rosilho¹³, quaisquer atos administrativos geradores de despesa pressupunham o aval da Corte de Contas, havendo, pois, um compartilhamento da função administrativa de Estado entre gestores e controladores¹⁴.

No contexto do controle das contratações públicas de infraestrutura, desde 1995¹⁵, o TCU tem editado Instruções Normativas (INs) que lhe conferem competência exercer controle sobre editais de licitação ainda não publicados, referentes a projetos de desestatização¹⁶ estruturados pela

22 de maio de 2003 sobre a organização do orçamento e da contabilidade do Estado federal, tradução minha). Tal reforma, por sua vez, contou com apoio da própria Corte, a qual se viu em situação delicada, na medida em que deveria controlar *a posteriori* despesas das já havia participado *a priori*, o que a colocaria em posição institucional ambígua e insegura. A discussão foi travada nos seguintes termos: “*En d’autres termes, la Cour des comptes est susceptible de se trouver dans une situation délicate, dans la mesure où elle peut apprécier a posteriori un ensemble de dépenses dans lequel elle a été partie prenante a priori*” (“Por outras palavras, o Tribunal de Contas poderá encontrar-se numa situação delicada, na medida em que pode avaliar *a posteriori* um conjunto de despesas em que *a priori* esteve envolvido”, tradução minha). (Documento Parlamentar da Câmara dos Representantes da Bélgica DOC 50 1870/004, p. 71)

¹³ ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 227.

¹⁴ O autor, contudo, defende que o modelo de registro prévio no TCU teria sido abandonado pela Constituição de 1967, que estabeleceu, como regra, o controle *a posteriori*. Haveria, portanto, para Rosilho, *silêncio eloquente* da CRFB, a qual atribuiria ao TCU competência para a realização de controle *a posteriori* como regra. Nesse sentido, ensinam também Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Câmara Arruda que “*desde 1967, o controle externo sobre as contratações públicas, no Brasil, passou a ser a 3. Também ficou assim o controle sobre a maior parte dos demais atos geradores de despesas, isto é, dos atos unilaterais, sem natureza contratual (...)*” (SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA, Jacintho Câmara. *Competências de controle dos Tribunais de Contas - possibilidades e limites*. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-44, maio/ago. 2011).

¹⁵ O primeiro ato normativo a prever poderes de controle prévio à Corte, no contexto das fiscalizações de concessões, permissões e autorizações de serviços públicos, foi a Instrução Normativa nº 10/1995.

¹⁶ Esclarece-se que, ao longo desta monografia (e até mesmo em seu título), é amplamente utilizada a expressão “processo de desestatização” para fazer referência aos projetos de concessão rodoviária fiscalizados pelo TCU. A opção pelo emprego de tal expressão se deu por razões eminentemente práticas, visto que a própria IN 81, em seu art. 1º, conceitua a desestatização como gênero, do qual seriam espécies as “*privatizações de empresas, as concessões e permissões de serviço público, a contratação das Parcerias Público-Privadas (PPPs) e as outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado*”. Além do mais, a própria classe processual referente aos acompanhamentos regidos pela IN 81 é denominada, pela Corte, de “*Desestatização (DES)*”. Não se ignora, todavia, que parte da doutrina administrativista não entende como desestatizações as concessões de serviço público. Sobre o tema, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, que o conceito de

administração pública federal, de modo a instaurar um sistema controle prévio sobre as mais relevantes, estratégicas e complexas contratações públicas do país¹⁷.

Tem-se, portanto, um exemplo de uma relevante modalidade de atuação da Corte que, juridicamente legítima ou não, não pode ser inferida com tanta clareza do texto constitucional ou legal. Comprova-se, assim, a anterior afirmação de que compreender o âmbito de atuação do TCU pressupõe mais do que uma leitura formal e abstrata de suas competências constitucionais e legais, sendo necessário um olhar atento à jurisprudência da Corte e aos seus próprios entendimentos acerca de suas atribuições.

Nesse contexto, encontra-se vigente, atualmente, a Instrução Normativa nº 81/2018¹⁸, que fixa e unifica os procedimentos de análise e fiscalização de operações de desestatização realizadas pela administração pública federal¹⁹. Trata-se de ato normativo que, em seus arts. 3º e 4º, impõe ao Poder Concedente a obrigatoriedade de disponibilização da

desestatização abrange exclusivamente “a venda de ações de empresas estatais para o setor privado, com o que tais empresas deixam de estar sob o controle acionário do Estado”. Estariam, portanto, excluídas do conceito as concessões, sejam as comuns, patrocinadas ou administrativas. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 38 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2025, p. 460). Optou-se, contudo, ao longo do trabalho, pela utilização da terminologia empregada pelo próprio TCU, sem travar maiores debates acerca da delimitação teórica do conceito de desestatização. Nota-se, contudo, também a existência de autores que concebem a concessão de serviço público como efetiva espécie de desestatização. É o caso de Egon Bockmann Moreira, segundo o qual “a desestatização, como processo de transferência da titularidade ou do controle de empresas ou serviços públicos para a iniciativa privada, é uma política que visa à redução do papel do Estado na economia e à melhoria da eficiência e da qualidade na prestação de serviços públicos”. (MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviço público: concessões, parcerias, permissões e autorizações*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 19.) A presente pesquisa parte, portanto, do pressuposto de que concessões de infraestrutura rodoviária constituem efetivas operações de desestatização.

¹⁷ Nesse sentido, a Instrução Normativa nº 81, em seu art. 2º, § 1º, prevê que o controle das desestatizações deverá observar critérios de materialidade, relevância e risco, o que evidencia o caráter estratégico desse tipo de atuação do TCU.

¹⁸ Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/norma/*/COPIATIPONORMA%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520COPIAORIGEM%253A%2528TCU%2529%2520NUMNORMA%253A81%2520ANONORMA%253A2018/score%2520desc/0

¹⁹ Vide art. 1º, caput, da Instrução Normativa TCU nº 81/2018.

minuta²⁰ do edital em todos os acompanhamentos de processos de desestatização, prevendo ainda, em seu art. 10, § 4º, a possibilidade de, a qualquer momento, adotar medidas em caso de “*irregularidade grave*”.

O regime imposto por tal ato normativo implica, portanto, que, antes do início da licitação em operações federais de desestatização, a Corte de Contas deve se debruçar sobre a minuta do edital e seus anexos, incluindo a minuta contratual. Tal sistemática posiciona o TCU como um ator central e estratégico na estruturação de projetos de infraestrutura nos mais diversos setores, como o rodoviário.

O setor rodoviário é um dos mais tradicionais setores de infraestrutura no contexto do Programa Nacional de Desestatização (PND)²¹, tendo sido firmados, ainda na década de 90, os primeiros contratos de concessão de infraestrutura rodoviária no país. Trata-se, portanto, de setor consolidado do ponto de vista regulatório, no âmbito do qual o país teve suas primeiras e mais concretas experiências com concessões de serviços públicos.

Do ponto de vista institucional, uma das principais consequências de se posicionar o TCU como controlador prévio participante da modelagem de projetos de desestatização rodoviária é colocá-lo em diálogo direto e necessário com o órgão responsável pela regulação do setor no país, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Trata-se de agência reguladora instituída pela Lei Federal 10.233/2001, cuja esfera de atuação

²⁰ “*Primeira redação escrita de um documento oficial; rascunho.*” (Michaelis - Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa, disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/minuta/>)

²¹ O PND foi instituído pela Lei 8.031/1990, e teve por objetivo viabilizar a desestatização de diversos setores da economia, transferindo à iniciativa privada atividades “indevidamente exploradas” pela administração pública. Conforme Depiné, até os anos 80, “*a presença estatal é quase exclusiva no setor de infraestrutura*”, quando as concessões, em especial no setor rodoviário, passaram a ser vistas como “*a alternativa encontrada pelo Estado para enfrentar a ausência de recursos financeiros para a manutenção, ampliação e construção das vias rodoviárias.*” (DEPINÉ, Flávia Della Coletta. *Concessão de rodovias: modalidades e formas de remuneração do concessionário*. Mestrado em Direito Administrativo, PUC-SP. São Paulo, 2010, p. 22)

abrange uma série de segmentos do setor de transportes e suas respectivas infraestruturas²².

No que diz respeito aos processos de desestatização do setor, por força da Lei Federal 10.233/2001²³, compete à ANTT, e não à administração federal direta, publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão de rodovias federais a serem exploradas e administradas por terceiros²⁴, representando o Poder Concedente. Conforme o diploma legal, portanto, a modelagem dos projetos de concessões rodoviárias federais, bem como a respectiva publicação de seus editais e a condução dos certames públicos, fica a cargo da ANTT.

Assim, a institucionalização de uma sistemática de controle prévio sobre todas as concessões rodoviárias federais no TCU acaba por submeter a ANTT a um controle externo que, para além de independer de prévia provocação do Tribunal, submete uma série de escolhas regulatórias ao crivo prévio de uma instância de controle, antes mesmo de sua implementação. Para que a ANTT dê início a um certame licitatório e possa conceder qualquer ativo rodoviário, é necessário um diálogo prévio com o controle de contas quanto à modelagem do projeto e sua viabilidade, o que altera substancialmente a dinâmica de estruturação de grandes projetos de infraestrutura na esfera federal.

Destarte, a presente pesquisa se propõe a compreender empiricamente o funcionamento e as dinâmicas próprias desse “diálogo” institucional entre controlador e regulador, por meio de uma análise da jurisprudência recente do TCU. Entende-se que a análise aqui proposta é indispensável para compreender os impactos da atuação do TCU na estruturação de projetos de infraestrutura. Pretende-se, ainda, compreender as posturas dos agentes envolvidos nos processos de controle

²² Vide art. 23, incs. I a V, da Lei 10.233/2001.

²³ *Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências.*

²⁴ Vide art. 26, inc. VI, da Lei Federal 10.233/2001.

prévio, examinando o grau de deferência da Corte de Contas à Agência e os mecanismos pelos quais esta, eventualmente, reage ao controle exercido sobre seus projetos.

Pretende-se, em última instância, com os resultados obtidos, contribuir, de maneira mais ampla, na compreensão do próprio posicionamento da jurisdição de contas no contexto do controle sobre a administração pública brasileira.

2. METODOLOGIA

2.1. Escolhas metodológicas

Quanto ao recorte material, será analisada a jurisprudência do TCU nos processos de acompanhamento de desestatizações do setor rodoviário federal, sob o rito da IN 81. A metodologia a ser aplicada é, portanto, de caráter indutivo, na medida em que terá por ponto de partida a análise de um conjunto de casos concretos para a posterior formulação de conclusões gerais acerca da atual postura dos agentes participantes dos processos de controle prévio de desestatizações.

A opção metodológica pela restrição da amostra apenas aos processos regidos pela IN 81 é justificada na medida em que a presente pesquisa visa obter respostas acerca da atual postura do TCU e da ANTT em matéria de controle prévio de concessões rodoviárias. Assim a inclusão de INs já revogadas se mostraria infrutífera, tendo em vista as profundas alterações promovidas na sistemática de controle prévio de desestatizações pela vigente IN 81, as quais serão detalhadas adiante.

A opção pela análise exclusiva dos casos regidos pela IN 81 impõe, ainda, um recorte temporal, qual seja, o período de vigência da Instrução Normativa. A abrangência temporal da IN 81 foi fixada pela IN 82/2018, que definiu um período de transição e adequação dos órgãos aos novos procedimentos fixados. Desse modo, somente àqueles processos autuados a partir de 01/01/2019 se aplica a sistemática da IN 81²⁵. A análise, portanto, se restringe a processos de desestatização autuados na Corte dessa data em diante.

Ainda no âmbito do recorte material, a presente pesquisa parte também de um recorte setorial, como já exposto, restringindo-se aos processos que tenham por objeto concessões rodoviárias federais, promovidas pela ANTT. Trata-se de recorte setorial que se justifica por uma série de razões. Em primeiro lugar, por razões práticas, tendo em vista que

²⁵ Vide § 1º do art. 15 da Instrução Normativa TCU 81/2018, acrescido ao texto original pela Instrução Normativa 82/2018.

uma análise completa dos processos de acompanhamento prévio de desestatizações em todos os setores de infraestrutura seria infactível, tendo em vista o grande volume de julgados e as especificidades regulatórias de cada setor.

Além do mais, no presente momento, mostra-se especialmente relevante compreender os impactos do controle prévio para as concessões rodoviárias. O Governo Federal espera, até o fim de 2025, concretizar mais de 15 concessões rodoviárias, batendo o recorde de projetos no setor, na maior *pipeline* de concessões da história brasileira²⁶. Assim, tendo em vista a atual carteira recorde de projetos e os grandes investimentos esperados em infraestrutura rodoviária nos próximos anos, ganha ainda mais relevo o recorte setorial específico proposto.

Quanto ao recorte formal, serão objeto de análise, em cada um dos processos selecionados, todos os acórdãos proferidos pelo Tribunal. Nota-se, nos processos, quanto à sua natureza, dois grupos de acórdãos: o “*acórdão principal*”, isto é, aquele em que o TCU efetivamente realiza a “*análise de legalidade, legitimidade e economicidade dos atos*”²⁷ e os “*acórdãos de relação*” a ele referentes, os quais se subdividem em duas outras categorias: 1) aqueles que se destinam ao monitoramento da implementação das deliberações contidas no acórdão principal e 2) aqueles destinados à apreciação dos recursos interpostos no curso do processo.

Identifica-se, portanto, que o TCU, ao longo dos processos ora analisados, profere três espécies de acórdãos: acórdãos principais, acórdãos de monitoramento e acórdãos de apreciação de recurso²⁸. Todos os

²⁶Disponível em: <https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/noticias/2025/01/maior-carteira-de-concessoes-da-historia-vai-injetar-r-161-bilhoes-na-infraestrutura-de-transportes-do-brasil-anuncia-rem-um-novo-filho>

²⁷ Vide art. 9º, *caput*, da IN 81.

²⁸ Tais nomenclaturas / classificações de acórdãos não são trazidas pela IN 81, pelo RITCU ou pela LOTCU. Trata-se de categorias cunhadas no âmbito desta pesquisa, a partir da própria análise dos processos. Não há, portanto, qualquer referência a tais nomenclaturas na literatura especializada ou nos próprios acórdãos da Corte. Tais categorias serão amplamente utilizadas ao longo desta monografia para facilitar o entendimento e análise dos processos de desestatização, porém devem ser compreendidas estritamente nos termos aqui expostos.

acórdãos serão objeto de análise, considerando-se as perguntas de pesquisa adiante expostas.

A presente análise, portanto, abrange os demais acórdãos proferidos no âmbito dos processos de desestatização, para além apenas dos acórdãos principais. Isso porque, na sistemática de controle da IN 81, após a publicação do acórdão principal, o qual contém uma série de deliberações quanto às minutas de edital e contrato analisadas, este passa a ser monitorado pela Unidade Técnica e pelo Plenário para que se verifique o grau de implementação das determinações e recomendações pela ANTT. Nessa fase, são proferidos enxutos acórdãos de relação em que o TCU considera como cumpridas ou não cumpridas as determinações e recomendações contidas no acórdão principal.

A análise da fase de monitoramento é relevante para compreender o diálogo entre TCU e ANTT nos processos de fiscalização, já que é nesse estágio que a Agência pode, eventualmente, argumentar no sentido de não implementar alguma das deliberações do TCU, “enfrentando” a Corte ou, ainda, recorrer dos acórdãos. É também por meio da análise desse material que se poderá compreender até que ponto o TCU costuma fazer valer suas deliberações impositivamente ou, eventualmente, adotar uma postura mais transigente quanto à implementação das decisões pela ANTT.

2.2. Perguntas de pesquisa

A pergunta central de pesquisa pode ser sintetizada do seguinte modo: *“Como o TCU tem, sob vigência da Instrução Normativa nº 81/2018, interferido na modelagem das concessões rodoviárias promovidas pela ANTT?”*.

É, todavia, necessário que a pergunta central de pesquisa seja desdobrada em subperguntas mais específicas e concretas, para que seja viabilizada a análise objetiva da amostra coletada. Tem-se, portanto, as seguintes subperguntas de pesquisa:

1. Com que frequência o TCU pratica atos de comando²⁹ na apreciação do mérito das desestatizações rodoviárias, condicionando a publicação do edital e prosseguimento do leilão ao cumprimento de determinações?
2. Nos acompanhamentos de desestatizações rodoviárias, o TCU expede predominantemente determinações ou recomendações à ANTT?
3. Como a Corte reage a inovações regulatórias previstas pela ANTT nas minutas contratuais? Há deferência às escolhas regulatórias discricionárias nesses casos?
4. A ANTT costuma recorrer dos acórdãos principais ou costuma admitir as deliberações da Corte com relação aos projetos?
5. A ANTT opta por deixar de cumprir recomendações ou determinações expedidas pelo TCU nesses processos? Se sim, TCU admite esses descumprimentos, demonstrando algum grau de deferência às escolhas discricionárias da Agência quanto à implementação de deliberações?
6. Nos processos já encerrados, qual porcentagem das recomendações e determinações têm sua implementação reconhecida pelo TCU?

A partir das supracitadas perguntas, busca-se investigar não apenas o exercício da competência de controle prévio por parte do TCU, mas também o modo como a ANTT dialoga com a Corte e reage à sua atuação nesse contexto.

²⁹ Por “atos de comando”, leia-se “atos impositivos, isto é, atos que produzam consequências jurídicas concretas e que sejam de observância obrigatória pela administração pública, por seus agentes, ou, eventualmente, por outros responsáveis pela gestão de recursos públicos em sentido amplo” (ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 90)

Passa-se, agora, a tecer algumas considerações teóricas e metodológicas quanto às subperguntas acima descritas, buscando esclarecê-las e justificá-las.

A pergunta de pesquisa “1” tem por objetivo avaliar a frequência do controle prévio mandamental do TCU no âmbito das concessões rodoviárias. É crucial para a compreensão da dinâmica entre controlador e regulador que seja empiricamente aferido se os projetos de concessão submetidos ao controle prévio sofrem sempre algum tipo de alteração impositiva ou, então, se há a possibilidade de publicação do edital e seus anexos tais quais foram estruturados pela ANTT.

Além do mais, destaca-se que muitas das subperguntas têm como pressuposto a diferenciação entre recomendações e determinações no contexto das deliberações do TCU. Trata-se de distinção jurídica cunhada pelo próprio Tribunal, com previsão expressa na Resolução TCU nº 315/2020:

Art. 2º Para efeito desta resolução, considera-se:

I - **determinação: deliberação de natureza mandamental** que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de **providências concretas e imediatas** com a finalidade de prevenir, corrigir irregularidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares;

[...]

III - **recomendação: deliberação de natureza colaborativa** que apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o **aperfeiçoamento da gestão** ou dos programas e ações de governo. (BRASIL, 2020) (grifo nosso)

Há, portanto, em tese, substancial diferença quanto à natureza jurídica e às consequências do descumprimento de cada uma das espécies de deliberação. É por esse motivo que se mostra relevante compreender de que espécie de deliberação se utiliza com maior frequência o TCU e como a ANTT reage ao sofrer controle por meio de cada uma delas. A própria intensidade do controle e o grau de deferência do TCU à ANTT se encontram, dentre outros fatores, intimamente ligados à espécie de

deliberação que é expedida pela Corte e ao seu posterior monitoramento nos processos de acompanhamento das desestatizações.

Quanto à pergunta de pesquisa “3”, referente à postura da Corte diante de inovações contratuais nos processos de desestatização, seu objetivo metodológico é avaliar o grau de deferência do TCU com relação às escolhas regulatórias da ANTT. Entende-se que a análise da postura específica da Corte no controle prévio de inovações contratuais é o recorte mais viável e adequado para se aferir qualitativamente o grau de deferência ou interferência do TCU nos projetos, pelos motivos que se passa a expor.

Em se tratando da regulação e estruturação de projetos de infraestrutura, a inovação contratual se constitui como um dos espaços de discricionariedade administrativa por excelência. É no contexto do desenvolvimento de novas tecnologias e mecanismos contratuais que o gestor, diante de problemas e experiências concretas, e com base em concessões passadas, formula, a partir de juízos de conveniência e oportunidade, soluções jurídicas inovadoras, que podem ou não ser incorporadas a projetos futuros, a depender de seus resultados.

Em síntese, a possibilidade de se escolher uma, dentre diversas alternativas jurídicas existentes ou ainda não testadas, traço típico da atividade administrativa discricionária, é inerente ao processo de estruturação das concessões rodoviárias, por sua própria natureza complexa e prospectiva. Por esse motivo, considerando-se que é nas inovações contratuais que a discricionariedade administrativa se exprime com maior intensidade, é com a análise da postura do TCU diante dessas inovações que se poderá compreender aprofundadamente e qualitativamente o controle prévio de concessões em termos de deferência da Corte de Contas à administração pública³⁰.

³⁰ O recorte é ainda mais pertinente considerando-se os dados revelados por Braga (2015), segundo o qual, de 1993 a 2014, um maior grau de intervencionismo do TCU em seus processos de controle prévio tende a se refletir em uma diminuição das inovações em concessões de serviços públicos. (BRAGA, André de Castro O. P. *O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?* Dissertação de Mestrado. Escola Brasileira de

Seria inviável, do ponto de vista prático, que, para avaliar a deferência do TCU com relação à ANTT, fosse feita uma análise qualitativa de todas as deliberações da Corte quanto à integralidade dos projetos controlados, tendo em vista a considerável extensão e complexidade dos acórdãos principais. Como será demonstrado no capítulo de análise empírica, os acórdãos contêm um grande número de deliberações, as quais se referem aos mais variados temas jurídicos, econômicos, financeiros e técnicos. Portanto, restringir a análise qualitativa dos acórdãos às discussões quanto às inovações contratuais viabiliza uma análise mais profunda e detalhada da postura do TCU com relação à ANTT.

Nesse sentido, para viabilizar a análise proposta, foram eleitos dois casos de inovações contratuais controladas pelo TCU nos processos analisados. Do ponto de vista metodológico, os casos foram selecionados como potencialmente representativos da postura geral da Corte quanto às inovações regulatórias da ANTT. O critério de eleição dos casos foi sua frequência nos acórdãos principais, sendo selecionadas, portanto, as duas inovações contratuais mais discutidas e que foram objeto do maior número de deliberações nos processos de desestatização: a previsão de verificadores independentes e de *dispute boards* nas concessões rodoviárias federais.

2.3. Hipóteses de pesquisa

Com relação à pergunta central de pesquisa, a hipótese levantada é de que a atuação do TCU tem sido altamente intervencionista com relação aos projetos concessórios do setor. O baixo grau de deferência e autocontenção do Tribunal é traço marcante do controle prévio de desestatizações.

Administração Pública e de Empresas da FGV-RJ, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13470>

Hipotetiza-se, nesse sentido, que a postura do Tribunal, em sede de controle prévio, se aproxima à de um ente regulador setorial, o que o distancia de sua posição ideal de controlador externo e produz um esvaziamento das competências privativas da ANTT. Tal cenário leva à frequente suplantação, pelo Tribunal, de escolhas regulatórias discricionárias e legítimas da Agência.

Quanto às subperguntas de pesquisa, as hipóteses serão também numeradas de 1 a 6, cada uma referente à respectiva subpergunta. São levantadas as seguintes hipóteses:

1. Tal subpergunta tem natureza quantitativa, de modo que não é possível formular hipóteses precisas. Supõe-se, contudo, que na grande maioria dos processos de desestatização há a expedição de determinações previamente à publicação do edital.
2. São expedidas predominantemente determinações.
3. Há pouca deferência à ANTT com relação às inovações regulatórias setoriais, sendo observada a suplantação ou “veto” de escolhas regulatórias inovadoras pelo TCU.
4. A ANTT costuma recorrer dos acórdãos principais. Entretanto, na maioria dos casos, não obtém êxito nos recursos.
5. Tanto determinações quanto recomendações são amplamente implementadas pela ANTT e incorporadas aos projetos. Em determinados casos, todavia, o TCU admite o descumprimento de recomendações, demonstrando algum grau de deferência.
6. Tal pergunta tem natureza quantitativa, de modo que também não é possível formular uma hipótese precisa. Supõe-se, no entanto, que a porcentagem de recomendações e determinações implementadas se aproxima de 100%.

2.4. Composição da amostra

A coleta da amostra de processos pertinentes se deu por meio do portal de pesquisa integrada de jurisprudência do TCU³¹, que reúne todos os acórdãos proferidos pela Corte desde 1992.

Como primeiro filtro na seleção de jurisprudência, foram buscados exclusivamente julgados da classe processual “Desestatização (DES)”, processos nos quais, como já exposto, o TCU realiza o acompanhamento e a fiscalização de projetos de desestatização. Trata-se, portanto, do *locus* processual adequado para a investigação empírica do fenômeno do controle prévio de concessões rodoviárias.

Além do mais, foram filtrados apenas os acórdãos que fazem menção, em seu sumário, ao setor rodoviário. A utilização combinada de ambos os critérios de seleção é suficiente para reunir todos os processos de desestatizações rodoviárias submetidos a controle prévio no TCU.

Tem-se, assim, os seguintes critérios de busca:

Tabela 1 - Critérios de busca para seleção dos acórdãos

Chave de pesquisa	Classe processual	Recorte temporal	Resultados
rodovia OU rodovias OU rodoviário OU rodoviária (<i>busca pelos termos NO SUMÁRIO do acórdão</i>)	Desestatização (DES)	A partir de 01/01/2019	111 acórdãos

Apesar do grande número de acórdãos retornados a partir dos critérios de busca descritos, a imensa maioria deles não guarda qualquer pertinência com a pesquisa, sendo, muitas vezes, referentes a setores que não o rodoviário. É notável a imprecisão do portal de busca do TCU, o qual

³¹ Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 20/08/2025

não se mantém adstrito aos termos de busca nas pesquisas de jurisprudência.

Além do mais, como já exposto, os processos autuados antes de 2019 seguiram tramitando, mesmo depois da edição da IN 81, sob a sistemática de INs revogadas (no caso do setor rodoviário, sob o rito da IN 46/2004). Foram, portanto, também excluídos da amostra os acórdãos referentes a esses processos.

Por esses motivos, foi realizada uma leitura livre dos 111 acórdãos retornados, descartando-se todos aqueles não referentes ao setor rodoviário ou, ainda, aqueles relativos ao setor, porém não regidos pela IN 81. A partir desses critérios, concluiu-se que há um total de 31 acórdãos pertinentes, os quais são referentes a um total de 16 processos de desestatização, autuados no TCU entre 2019 e 2025:

Tabela 2 - Conjunto de processos e acórdãos selecionados

Número do Processo	Acórdãos Proferidos
TC 012.263/2019-2	2195/2019-Pln., 2021/2021-Pln. e 1574/2022-Pln.
TC 016.936/2020-5	4036/2020-Pln., 571/2022-Pln., 1115/2022-Pln., 2031/2023-Pln. e 71/2024-Pln.
TC 018.901/2020-4	4037/2020-Pln. e 2204/2022-Pln.
TC 039.400/2020-4	1766/2021-Pln. e 1281/2023-Pln.
TC 028.116/2020-8	1769/2021-Pln.
TC 018.708/2021-8	3136/2021-Pln. e 2434/2023-Pln.
TC 042.775/2021-3	2379/2022-Pln., 290/2024-Pln. e 686/2025-Pln.
TC 020.917/2022-8	1142/2023-Pln., 1387/2023-Pln. e 768/2024-Pln.
TC 033.082/2023-5	2208/2023-Pln.

TC 032.395/2023-0	762/2024-Pln., 1087/2024-Pln. e 1981/2024-Pln.
TC 002.926/2024-5	1373/2024-Pln.
TC 005.717/2024-8	1592/2024-Pln.
TC 016.184/2024-6	2464/2024-Pln.
TC 017.380/2024-3	228/2025-Pln.
TC 025.981/2024-2	1177/2025-Pln.
TC 005.445/2025-6	1711/2025-Pln.

O número de acórdãos principais é de 16, cada um referente a um dos 16 processos analisados. Foram encontrados, além do mais, 15 acórdãos de relação, sejam de monitoramento ou de apreciação de recursos. Isso porque, como se vê pela tabela acima, nos processos mais recentes, até o momento, foi proferido apenas o acórdão principal, sem que tenha havido a publicação de quaisquer acórdãos de monitoramento ou o julgamento de algum recurso.

3. CONTEXTUALIZAÇÃO TEÓRICA

3.1. As competências do TCU no controle de licitações e contratações públicas

Para compreender, do ponto de vista teórico, o controle prévio de concessões no TCU, é necessário que se trace um panorama geral das competências atribuídas ao TCU pelo ordenamento jurídico. Buscar-se-á, aqui, identificar quais parâmetros normativos, em tese, orientam o exercício do controle sobre licitações e contratações públicas pela Corte de Contas. Serão, por fim, apresentados os possíveis fundamentos jurídicos para o controle prévio de editais em Tribunais de Contas existentes no direito brasileiro.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil (CRFB) em seu art. 71, delimita a abrangência das competências TCU para exercer suas atribuições institucionais, quais sejam, o *"auxílio ao Poder Legislativo na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, mediante controle externo"*³².

No que concerne ao controle das licitações e contratações públicas, portanto, o art. 71 da CRFB confere ao TCU uma série de competências denominadas por Jordão de *corretivas* ou, ainda, *poderes diretos*³³. Ao lado da atuação corretiva da Corte, ainda com base no art. 71, Jordão chama atenção para um segundo grupo de competências, denominadas *sancionatórias*, que permitem ao TCU impor sanções aos autores de medidas públicas viciadas.

³² Vide art. 71, *caput*, da CRFB.

³³ Segundo Jordão, *"a Constituição atribui ao TCU poderes diretos e indiretos de combate aos vícios de legalidade, legitimidade e economicidade que entender existentes nas decisões administrativas. Como poderes diretos, devem-se citar as chamadas "competências corretivas" - aquelas voltadas a sanar os vícios identificados nos atos administrativos ou ao menos evitar a promoção dos seus efeitos."* (JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados - Controlador ou administrador?* - Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 12, nº 47, p. 213. 2014)

A presente pesquisa não tem por objeto esta última espécie de atuação da Corte, na medida em que se volta apenas à participação do TCU na modelagem de projetos de concessão de infraestrutura rodoviária, e não a eventuais sanções aplicadas nesse contexto. Desse modo, não serão tecidas maiores considerações teóricas sobre esse segundo tipo de atuação.

Com relação às competências corretivas, conforme o autor, sua disciplina varia de acordo com a natureza do ato administrativo controlado: se bilateral ou unilateral. Sendo bilateral, isto é, tratando-se de contrato administrativo já celebrado, é expressa a Constituição no sentido de ser de competência do Congresso Nacional o ato de sustação³⁴, no caso de irregularidades identificadas pelo Controle Externo.

Em se tratando de atos unilaterais da administração pública, sem relação contratual estabelecida com privados, ensina Jordão:

*"Nesta hipótese, o TCU deve **assinar prazo para as autoridades administrativas corrigirem defeitos de ilegalidade que houver encontrado** (art. 71, IX, da CF). Se, dentro do prazo assinado, as autoridades administrativas pertinentes não adotarem as soluções cabíveis, então o TCU poderá determinar a sustação dos efeitos do ato, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal (art. 71, X, da CF)."*³⁵ (grifo nosso)

Essa atuação, denominada pelo autor de *corretiva*, tendo por objeto atos unilaterais do Poder Público, encontra balizas objetivas no texto constitucional. Já se encontra, aqui, fundamento jurídico para que o TCU determine, por exemplo, a sustação de eventual edital de licitação irregular publicado pela ANTT que tenha por objeto a concessão de infraestrutura rodoviária.

Deve-se ressaltar que, partindo-se de interpretação literal da CRFB, a expedição de ordens (atos de comando) pelo TCU deve ter por parâmetro

³⁴ Vide § 2º do art. 71 da CRFB.

³⁵ JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador?* - Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, nº 47, 2014, p. 213.

necessariamente critérios de legalidade³⁶. É fato que a CRFB confere ao Tribunal uma série de parâmetros de controle (legalidade, economicidade e legitimidade). Todavia, especificamente para a expedição de ordens, fundada no art. 71 inc. IX da CRFB, o próprio texto constitucional prevê que esta deve se dar apenas caso verificada ilegalidade. Em exame de economicidade e legitimidade, tratando-se de ato administrativo lícito, não é atribuída à Corte competência para a prática de atos de comando, mas apenas para a expedição de recomendações.

É, em linhas gerais, nesse contexto que se situa o objeto da presente pesquisa. As interferências do TCU na fase de modelagem das concessões rodoviárias, tecnicamente localizada na fase interna da licitação³⁷, ocorrem, naturalmente, antes do surgimento de relação jurídica contratual (e portanto bilateral) entre Poder Concedente e concessionária. É a tais competências corretivas que a IN 81 alude, em seu art. 10, § 4º, ao prever a possibilidade de que, a qualquer momento, o TCU adote medidas em caso de “*irregularidade grave*” nos processos de desestatização.

Note-se, todavia, que não há, na CRFB, menção expressa e específica à possibilidade de a Corte submeter a seu crivo prévio atos administrativos ainda não praticados, como é o caso de editais de licitação não publicados.

³⁶ Nesse sentido, leciona Rosilho que “a Constituição, nesse caso, expressamente fixou parâmetro único para a expedição de ordens pelo TCU (a legalidade). Consequentemente, não lhe seria facultado, por exemplo, assinar prazo à administração pública para a adoção de providências simplesmente por discordar de medidas (lícitas) por ela adotadas. Caso o TCU (numa auditoria operacional) viesse a se deparar com práticas da administração pública que julgasse pouco eficientes ou problemáticas sob a perspectiva da economicidade ou efetividade, poderia, evidentemente, expedir orientações voltadas a aprimorar práticas e processos administrativos e, se fosse o caso, representar às autoridades competentes, fazendo a elas chegar a notícia de deficiências na gestão pública e permitindo-lhes tomar as providências eventualmente cabíveis. Nem por isso a Corte de Contas poderia, exclusivamente a partir desse diagnóstico, produzir atos de comando” (ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 217-218)

³⁷ A nomenclatura “fase interna” é utilizada como sinônimo de “fase preparatória” por Di Pietro, segundo a qual trata-se da fase prévia à publicação do edital, em que são endereçados internamente pela administração variados assuntos quanto à estruturação da futura contratação pública. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 38 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2025, p. 412)

Do ponto de vista constitucional, portanto, não é evidente a fundamentação para tal espécie de controle.

Em última instância, poderia tal modalidade de controle fundamentar-se em um “poder geral de cautela”³⁸ atribuído ao TCU pela CRFB, como corolário de suas competências corretivas. Trata-se de linha argumentativa criticada por Jordão, na medida em que, para o autor, a extensão dos poderes cautelares do TCU se encontraria já expressamente delimitada nos incs. IX e X do art. 71 da CRFB, sendo descabidas interpretações expansivas³⁹. O entendimento do autor, todavia, não encontra claro respaldo na jurisprudência do STF, a qual costuma alimentar a tese do poder geral de cautela.

Não há, todavia, qualquer pronunciamento da Suprema Corte, em sede de controle abstrato, quanto à constitucionalidade dos atos normativos que têm historicamente conferido ao TCU competência para realizar controle prévio de editais, inclusive no contexto de projetos de desestatização.

Há um único acórdão do STF em que se discute, ainda que incidentalmente, a prática do controle prévio de editais por Tribunais de Contas. Trata-se do *Recurso Extraordinário RE 547.063/RJ*, julgado em 2008 e interposto em mandado de segurança (MS) impetrado pelo ex-chefe da Polícia Civil do Rio de Janeiro, ao qual foi aplicada, pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ), pena de multa, cuja constitucionalidade foi objeto de análise pelo STF. A sanção do TCE-RJ fundamentou-se em ato normativo interno do Tribunal que impunha aos

³⁸ Trata-se de tese primeiro reconhecida pelo STF no MS nº 24.510/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, julgado em 2003, segundo a qual, no exercício de suas atribuições constitucionais, poderia o TCU adotar medidas cautelares preventivas para garantir a efetividade de sua atuação, mesmo que tais medidas não tenham previsão expressa no ordenamento jurídico.

³⁹ O autor entende carecer de fundamentação jurídica a exigência de submissão de minuta de edital não publicado para análise do TCU, bem como a expedição de comandos a respeito de atos administrativos ainda não editados. Para o autor, eventual envio da minuta, em tese, poderia ocorrer em caráter voluntário, tendo por finalidade obter orientações da Corte quanto à modelagem da futura contratação - note-se, em caráter opinativo, sem a possibilidade de imposição de condições à publicação do instrumento convocatório. (JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador?* - Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, nº 47, p. 229, 2014)

gestores públicos o envio de todos os editais de licitação para controle prévio, tendo o recorrente, por sua vez, deixado de encaminhar a documentação referente a dado certame.

O *RE* foi provido pela Primeira Turma do STF, que concedeu a ordem de segurança no *MS*, reconhecendo a nulidade da penalidade aplicada. O entendimento foi, em síntese, de que a exigência de remessa prévia do edital, ao ser prevista em ato normativo próprio da Corte, invadia a competência legislativa privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação⁴⁰. O exame, todavia, se deu em sede de controle concreto de constitucionalidade, de modo que limitou-se o STF a anular a penalidade aplicada ao gestor impetrante.

Entretanto, mais elucidativa do que a própria decisão do STF foi a discussão oral protagonizada pelos Ministros Cármen Lúcia e Marco Aurélio, a qual consta, na íntegra, do inteiro teor do acórdão. O debate teve início com uma fala da Min. Cármen Lúcia no sentido de que a exigência de submissão prévia de editais ao TCE-RJ não seria inconstitucional, caso prevista em Lei Estadual. Confira-se a transcrição parcial:

*"MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Submissão prévia? O Tribunal de Contas **substituindo-se ao próprio administrador?***

(...)

MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Não, não se substitui. Sabe por quê, Ministro?

*MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Sim, mas veja, se assento que, necessariamente, o administrador precisa, de forma automática, encaminhar para aprovação os editais de licitação ao Tribunal de Contas do Estado, **afasto a atuação dele, do órgão, como administrador.***

(...)

*MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Para mim não é, e digo a Vossa Excelência com a experiência de quem foi Procuradora-Geral. **A norma é extremamente cômoda.** (...) É extremamente cômodo para o administrador quando se envia o edital, porque **evita problemas preliminarmente.***

⁴⁰ Vide inc. XXVII, art. 22, CRFB.

MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) - Mas essa comodidade é que, a meu ver, contraria princípio básico, revelador da auto-administração.

*MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Pois digo a Vossa Excelência que **não é incomum de modo algum***⁴¹ (grifo nosso)

O debate bem evidencia duas possíveis visões acerca da possibilidade do controle prévio de editais no TCU. De um lado, a comodidade e segurança do gestor, que passa a decidir ao lado do controlador, e de outro, a garantia da autonomia no exercício da função administrativa e a defesa da insubstituibilidade do administrador público. Em defesa dessa espécie de atuação, é fato que até mesmo a jurisprudência do TCU⁴², assim como Cármen Lúcia, tende a adotar argumentos de teor prático, invocando a conveniência desse tipo de atuação para a sociedade e para o próprio administrador público.

Analizada a disciplina constitucional pertinente, destaca-se que a participação do TCU no controle de licitações e contratos administrativos encontra também previsão expressa na legislação infraconstitucional. É possível a atuação do controle externo no decorrer do certame público, ou seja, mesmo antes da celebração do contrato. Nesse sentido já apontava o art. 113, § 2º, da Lei Federal 8.666/93⁴³.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 547.063/RJ, p. 647-649. Primeira Turma, Relator Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 07/10/2008.

⁴² É o caso da Ministra Ana Arraes, a qual, no acórdão 2466/2013-Pln., sustentou que "(...) *postergar a análise das minutas de edital e de contrato juntada aos autos para a etapa de avaliação do 2º estágio [após a publicação do edital] poderia trazer impactos negativos. Além de reduzir a possibilidade de contribuição deste tribunal para o aperfeiçoamento do processo, aumentaria, nos casos de constatações mais relevantes, o risco de interrupções indesejáveis no cronograma originalmente previsto*" (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2466/2013. Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes. Brasília, DF, 11/09/2013)

⁴³ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. (...)

§ 2º Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno **poderão solicitar para exame, antes da abertura das propostas, cópia de edital de licitação já publicado**, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção das medidas corretivas que, em função desse exame, lhes forem determinadas. (BRASIL, 1993)

A nova Lei de Licitações (Lei 14.133/21), em seu art. 171, §1º, segue atribuindo ao TCU a mesma competência para sustar licitações em curso:

Art. 171. Na fiscalização de controle será observado o seguinte:

§ 1º **Ao suspender cautelarmente o processo licitatório**, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente: [...] (BRASIL, 2021).

Uma simples análise das competências expressamente atribuídas ao TCU pela Lei Federal 14.133, por sua vez, ainda não é suficiente para a compreensão do fenômeno do controle prévio na Corte. A sustação de editais de licitação é medida a ser imposta já na fase externa dos processos licitatórios, momento posterior à publicação do chamamento. A Lei Federal 14.133, portanto, vislumbra apenas medidas cautelares a serem impostas após o início do certame público, em que o controle é exercido sobre ato administrativo já expedido (publicação do edital) e, portanto, passível de sustação pelo TCU, nos termos do próprio art. 71, inc. X da CRFB.

O controle prévio de projetos de desestatização ainda em estruturação pela administração pública, por sua vez, se situa em um distinto contexto jurídico, na medida em que tem por objeto um “*projeto de ato administrativo*”⁴⁴, o qual, rigorosamente, ainda não é, em si, apto à produção de efeitos jurídicos. Há, portanto, considerável diferença teórica entre o controle de uma minuta de edital e de um edital já publicado pela administração.

Há inclusive, autores que sustentam, por esse motivo, ser juridicamente impossível a realização de controle prévio. É o caso de Barbosa, segundo a qual os processos de acompanhamento de desestatização regidos pela IN 81 se prestariam a “*exercer controle sobre*

⁴⁴ É essa a expressão utilizada por Bianca Rocha Barbosa, segundo a qual “(...) a minuta de edital, nesse sentido, é ainda um projeto de ato administrativo” (BARBOSA, Bianca Rocha. *O controle do TCU sobre minutas de editais de licitação em concessões de serviço público federais: um estudo sobre a impossibilidade jurídica dessa atuação*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da UFMG, 2023, p. 122.)

*um projeto de ato administrativo (minuta do edital), que ainda não produz efeitos no mundo jurídico (...)*⁴⁵.

Como fundamento legal específico para o controle prévio de editais não publicados, poder-se-ia invocar ainda o art. 18, inc. VIII, da Lei Federal 9.491/97, que prevê, ao gestor do Fundo Nacional de Desestatização, a obrigação de *“preparar a documentação dos processos de desestatização, para apreciação do Tribunal de Contas da União”*. Bogéa, Rosilho e Jordão, todavia, não enxergam nesse dispositivo um fundamento válido para essa espécie de atuação do TCU, na medida em que não conferiria expressamente ao Tribunal competência para aprovar previamente os documentos referentes à desestatização, mas apenas para *“apreciá-los”*, não atribuindo competências adicionais às já previstas na CRFB⁴⁶.

Nota-se, contudo, grande controvérsia teórica quanto aos limites das competências do TCU nesse contexto. Ramalho⁴⁷, por exemplo, Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sustenta a legitimidade e legalidade do deslocamento do controle de contas ao momento prévio, chamando atenção à:

*“importância estratégica e a dimensão tomada por esse procedimento, que permite ao controle externo antecipar-se e contribuir para elevar a eficiência da Administração Pública, evitando direcionamentos e equívocos danosos ao erário”*⁴⁸.

Independentemente da posição adotada, a disputa jurídica quanto à possibilidade de realização de controle prévio de editais é representativa da atual postura institucional do TCU. Ainda que se tente extrair, em alguma medida, fundamento jurídico legal para essa modalidade de controle, é fato que não há, no ordenamento jurídico brasileiro, atribuição expressa de

⁴⁵ Ibidem, p. 82.

⁴⁶ BOGÉA, Daniel; ROSILHO, André Janjácómo; JORDÃO, Eduardo. *De onde vem o 'poder' do TCU para barrar desestatizações?* Jota, 02/02/2022. Disponível em: <https://www.jota.info/colunas/controle-publico/de-onde-vem-o-poder-do-tcu-para-barrar-desestatizacoes>. Acesso em: 21/11/2025.

⁴⁷ Dimas Eduardo Ramalho é Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), e bem evidencia a perspectiva controladora quanto à problemática suscitada.

⁴⁸ RAMALHO, Dimas Eduardo. *Controle Externo Preventivo: Exame Prévio de Edital permite que Tribunal de Contas atue antes de falhas e fraudes em licitações*. Artigo - Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2021, p. 2.

competência ao controle externo para a realização de exame prévio de desestatizações. Isso demonstra que, como já ressaltado, não se pode compreender o atual papel institucional da Corte sem uma análise empírica de sua atuação.

O próprio TCU, nos processos de desestatização, há tempos já não mais se preocupa em fundamentar, do ponto de vista jurídico, sua competência para o exercício de controle prévio sobre os projetos. São feitas, nos acórdãos, meras remissões a dispositivos da própria IN 81, de natureza infralegal. Não são identificadas, nos acórdãos, reflexões quanto ao fundamento e à possibilidade jurídica desse tipo de atuação, tanto do ponto de vista legal quanto constitucional. Trata-se, portanto, de competência já consolidada, do ponto de vista discursivo e prático, e, no âmbito dos processos de fiscalização das desestatizações, incontestada pelos entes jurisdicionados.

Contudo, nem sempre foi unívoco o TCU quanto à sua própria competência para examinar previamente editais de licitação. No acórdão nº 597/2008-Pln., por exemplo, proferido no âmbito do processo de acompanhamento das obras do Anexo III do Senado Federal, em Brasília, a Corte firmou o entendimento de que:

*"(...) não compete ao TCU deliberar a respeito da licitude do conteúdo de minuta de edital ainda não publicada e que, por isso, não consubstancia ato administrativo, **por extrapolar o conjunto de competências conferido a esta Corte.**"*⁴⁹

Trata-se de posição contrastante com a atual postura do Tribunal, que realiza, nos processos de desestatização, controle prévio como regra geral.

Conclui-se, enfim, que, apesar das controvérsias teóricas quanto a essa espécie de atuação do TCU e seus possíveis fundamentos jurídicos, o controle prévio de editais, no contexto dos projetos federais de desestatização, não só ocorre como se encontra, atualmente, plenamente consolidado na prática fiscalizatória do Tribunal. Além do mais, trata-se de

⁴⁹ Tribunal de Contas da União, Acórdão nº 597/2008, Plenário, j. em 09/04/2008, Rel. Min. Guilherme Palmeira, p. 1.

sistemática já incorporada ao dia a dia das administrações públicas federais direta e indireta.

3.2. A sistemática processual da Instrução Normativa nº 81/2018: Como o TCU controla projetos federais de desestatização?

A IN 81 foi editada pelo TCU em 20/06/2018, consolidando os procedimentos de controle de desestatizações pela Corte e revogando integralmente as INs 27/1998, 46/2004 e 52/2007. A IN 27 disciplinava, em caráter geral, a fiscalização das privatizações, concessões, permissões e autorizações de serviços públicos pelo TCU, enquanto que as INs 46 e 52 regulamentavam, em caráter especial, a fiscalização nos processos de desestatização do setor rodoviário e de Parcerias Público-Privadas (PPPs), respectivamente.

A atuação fiscalizatória do TCU sobre processos de desestatização sob rito da IN 81 tem um rito processual simplificado, concentrando a análise da documentação fornecida pelo Poder Concedente em um único momento, como se verá adiante. No contexto do setor rodoviário, isso difere a IN 81 da IN 46, em que o acompanhamento ocorria em múltiplos estágios⁵⁰, desde o exame de viabilidade da concessão até o momento da celebração do contrato.

Conforme a IN 81, primeiramente, deve a administração pública federal apresentar um extrato do planejamento da desestatização planejada, com ao menos 150 (cento e cinquenta) dias de antecedência da publicação do edital de licitação⁵¹. O § 2º do art. 2º da IN 81, todavia, prevê que tal etapa tem por finalidade apenas viabilizar o planejamento do

⁵⁰ Conforme a sistemática da IN 46/2004 (art. 3, incs. I a V), a fiscalização das concessões rodoviárias era realizada em 5 estágios, compreendendo: 1) Exame de viabilidade da concessão; 2) Exame do edital e demais instrumentos da licitação; 3) Exame da habilitação; 4) Exame do julgamento das propostas e 5) Exame do ato de outorga, contrato assinado, proposta econômica e PER (Programa de Exploração da Rodovia).

⁵¹ Vide § 2º do art. 2º da IN 81/2018

Tribunal, não havendo, portanto, previsão de efetiva apreciação de mérito do conteúdo do documento.

Em um segundo momento, este sim de extrema relevância, ocorre o encaminhamento, pelo Poder Concedente, dos documentos descritos no art. 3º, *caput*, da IN 81, quais sejam, os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental, minuta do edital de licitação e respectivos anexos, incluindo minuta do contrato e caderno de encargos. O envio dos documentos deve se dar com antecedência mínima de 90 (noventa) dias da publicação do instrumento convocatório⁵².

É nesse momento, ainda antes da publicação do edital, que o TCU realiza a análise da documentação, emitindo pronunciamento definitivo quanto à legalidade, legitimidade e economicidade da concessão examinada⁵³. Nesse contexto, são emitidas diversas deliberações pela Corte, as quais se consubstanciam em determinações e recomendações direcionadas aos entes jurisdicionados.

Cumpre destacar, ainda, que a IN 81 foi o primeiro ato normativo a prever expressamente a obrigatoriedade do envio da minuta do edital da desestatização e de seus anexos ao TCU pelo Poder Concedente, ainda anteriormente à publicação do edital. É verdade que, como observado por Jordão⁵⁴, o TCU já controlava editais de licitação não publicados muito antes da IN 81, como no caso da concessão do Aeroporto Internacional de Belo Horizonte⁵⁵, em 2013. Todavia, as INs antigas, em sua literalidade, apenas autorizavam o exame de editais já publicados, sendo a IN 81, portanto, a primeira a prever expressamente o controle obrigatório de editais não publicados nos processos de acompanhamento e fiscalização de

⁵² Vide art. 8º da IN 81

⁵³ Vide art. 9º da IN 81

⁵⁴ "(...) no âmbito do governo federal, ao menos nos últimos dez anos, a regra tem sido a do envio das minutas de edital e contratos para o TCU no momento do envio dos estudos de viabilidade. Trata-se de procedimento que termina por consolidar a atuação prévia do TCU." (JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador?* - Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, nº 47, p. 209-230, 2014, p. 229)

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2466/2013. Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes. Brasília, DF, 11/09/2013.

desestatizações. Trata-se de ato normativo que, portanto, consolidou definitivamente uma velha prática da Corte.

No caso específico do setor rodoviário, a IN 46, antiga normativa que disciplinava as fiscalizações das concessões do setor, apenas previa o envio do edital e seus anexos ao TCU, inclusa a minuta do contrato de concessão, após sua publicação⁵⁶. Assim, para o setor rodoviário, até o início da vigência da IN 81, o controle prévio dos editais também não se encontrava previsto nem mesmo em ato normativo interno do Tribunal.

No que tange à presente pesquisa, o ponto central da sistemática da IN 81 é que foi extinto o processo de fiscalização em múltiplos estágios ao longo do processo de desestatização. Há, em síntese, conforme Barbosa, um processo de *"entrega dos documentos em 2 estágios e análise pelo TCU em fase única, todos anteriormente à publicação do edital"*⁵⁷. Desse modo, todas as decisões da Corte nesses processos têm por objeto projetos de concessão, e não efetivos contratos de concessão rodoviária em execução ou procedimentos licitatórios em curso.

Após o envio da documentação necessária, o processo é autuado e analisado pela respectiva Unidade Técnica do Tribunal. No caso das concessões rodoviárias, há, na estrutura interna do TCU, secretaria especializada em auditorias do setor, atualmente denominada Unidade de Auditoria Especializada em Infraestrutura Rodoviária e Aviação Civil (AudRodoviaAviação)⁵⁸.

O *caput* e o § 8º do art. 9º da IN 81 preveem que, antes do encaminhamento do processo ao Min. Relator, a Unidade Técnica deve apresentar relatório de acompanhamento para comentários prévios do

⁵⁶ Vide Art. 4º, inciso II da IN 46/2004.

⁵⁷ BARBOSA, Bianca Rocha. *O controle do TCU sobre minutas de editais de licitação em concessões de serviço público federais: um estudo sobre a impossibilidade jurídica dessa atuação*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da UFMG, 2023. Belo Horizonte, p. 79.

⁵⁸ A denominação da Unidade de Auditoria referente ao setor rodoviário é frequentemente alterada internamente pela Corte, sendo anteriormente denominada Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil (SeinfraRodoviaAviação). Todavia, será utilizada, ao longo da monografia, exclusivamente a nomenclatura AudRodoviaAviação, atualmente vigente.

gestor público, bem como deve elaborar proposta de mérito ao Relator. A proposta de mérito, usualmente denominada proposta de encaminhamento, contém as determinações e recomendações que a Unidade Técnica, após a auditoria, entende serem necessárias para sanar eventuais irregularidades identificadas no projeto. O Min. Relator, por sua vez, não se encontra vinculado à proposta, podendo ou não acompanhar a Unidade Técnica, acolhendo ou deixando de acolher a proposta de encaminhamento elaborada.

É necessário destacar que o envio prévio dos estudos e da documentação referente ao projeto pelo Poder Concedente, regido pela IN 81, independe de qualquer representação perante o TCU ou sequer de indícios de irregularidades nos processos de desestatização a serem conduzidos pela administração pública federal. Trata-se de controle automático, que, em princípio, recai sobre todos os projetos, contanto que inseridos no escopo previsto pelo art. 1º da IN 81. A documentação, portanto, deve ser providenciada e encaminhada para fiscalização do Tribunal, em todos os casos, pela própria ANTT, e nos prazos previstos pela normativa.

A IN 81, todavia, prevê que o escopo de acompanhamento dos processos de desestatização deve ser fixado com base no princípio da significância, tendo em vista os critérios de materialidade, relevância, oportunidade e risco⁵⁹. O escopo da fiscalização é, portanto, flexível. Por esse motivo, Fonseca destaca que essa previsão “*permite ao TCU concentrar esforços para analisar apenas os casos em que for indispensável a sua fiscalização*”⁶⁰. Disso decorre que o TCU pode dispensar o exame de mérito de certas desestatizações, à luz do princípio da insignificância.

⁵⁹ Instrução Normativa nº 81/TCU, art. 2º, § 1º e art. 9º, § 6º.

⁶⁰ FONSECA, Isabella Félix. A instrução Normativa 81/2018 do TCU: a consolidação das instruções relativas aos procedimentos de desestatização. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 136, junho de 2018, p. 3.

O envio da documentação pelo Poder Concedente, todavia, é obrigatório em todos os casos⁶¹.

⁶¹ Trata-se de cenário que é, inclusive, objeto de discussões no parlamento brasileiro. Em maio de 2025, foi aprovado na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) 7063/2017, que altera a Lei 11.079/04 (Lei das PPPs) para, dentre outras disposições, prever expressamente que o envio do projeto ao órgão de controle externo, previamente à publicação do edital, ocorrerá *a critério* do Poder Concedente. O mesmo se aplicaria às prorrogações e relitações dos contratos (art. 36-A). A promulgação de tal diploma certamente desafiaria a legalidade da IN 81 e de atos normativos similares editados pelos demais Tribunais de Contas do país, impondo, ao menos, maior ônus argumentativo ao TCU para sustentar a possibilidade jurídica desse tipo de controle ou, em última instância, efetivamente barrando esse tipo de atuação do Tribunal. Todavia, estando ainda em tramitação o referido PL, segue vigente a atual sistemática de análise prévia de todos os projetos pelo TCU, em nível federal, com fundamento na IN 81. (Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2124888>. Acesso em 07/10/2025)

4. ANÁLISE EMPÍRICA

4.1. Análise dos acórdãos principais

Como já exposto, o julgamento de mérito quanto à legalidade, economicidade e legitimidade das concessões fiscalizadas ocorre, a cada processo, em um acórdão único, proferido pelo Plenário do TCU, em momento anterior à publicação do edital pela ANTT. Estes acórdãos serão, como também já exposto, denominados “*acórdãos principais*”. É nesse contexto que o TCU pode expedir deliberações direcionadas à Agência, as quais passam a ter sua implementação acompanhada na posterior etapa de monitoramento do acórdão principal. As deliberações podem também ser objeto de recurso, como será demonstrado no tópico pertinente.

Tem-se, portanto, um acórdão principal referente a cada processo de desestatização fiscalizado pela Corte, conforme a seguinte tabela, em ordem cronológica:

Tabela 3 - Lista de acórdãos principais e seus respectivos dados

Processo	Nº do Acórdão Principal	Objeto da concessão	Min. Relator	Data de Julgamento
012.263/2019-2	2195/2019-Pln.	Rodovia BR-101/SC	Min. Ana Arraes	11/09/2019
016.936/2020-5	4036/2020-Pln.	BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO	Min. Vital do Rêgo	08/12/2020
018.901/2020-4	4037/2020-Pln.	BR-163/MT/PA e BR-230/PA	Min. Benjamin Zymler	08/12/2020
039.400/2020-4	1766/2021-Pln.	BR-116/SP/RJ e BR-101/SP/RJ	Min. Walton Rodrigues	28/07/2021
028.116/2020-8	1769/2021-Pln.	BR-262/381/MG/ES	Min. Raimundo Carreiro	28/07/2021
018.708/2021-8	3136/2021-Pln.	BR-116/RJ/MG, BR-465/RJ e BR-493/RJ	Min. Raimundo Carreiro	15/12/2021
042.775/2021-	2379/2022-Pln.	Lotes 1 e 2 do	Min. Walton	26/10/2022

3		sistema rodoviário do Paraná	Rodrigues	
020.917/2022-8	1142/2023-Pln.	BR-381/MG	Min. Antônio Anastasia	07/06/2023
033.082/2023-5	2208/2023-Pln.	BR-040/MG	Min. Jorge Oliveira	01/11/2023
032.395/2023-0	762/2024-Pln.	Rota dos Cristais	Min. Aroldo Cedraz	17/04/2024
002.926/2024-5	1373/2024-Pln.	Rotas Verde e Agro Norte	Min. Jhonatan de Jesus	10/07/2024
005.717/2024-8	1592/2024-Pln.	Lotes 3 e 6 do sistema rodoviário do Paraná	Min. Walton Rodrigues	07/08/2024
016.184/2024-6	2464/2024-Pln.	BR-040/495/MG /RJ	Min. Walton Rodrigues	27/11/2024
017.380/2024-3	228/2025-Pln.	Rota Agro	Min. Jhonatan de Jesus	05/02/2025
025.981/2024-2	1177/2025-Pln.	Lotes 4 e 5 do sistema rodoviário do Paraná	Min. Walton Rodrigues	28/05/2025
005.445/2025-6	1711/2025-Pln.	Rota dos Sertões	Min. Augusto Nardes	30/07/2025

4.1.1. Resultados gerais

De início, foi identificada uma convergência entre os acórdãos principais analisados: em todos os casos, o TCU condicionou a publicação dos editais de licitação ao cumprimento de uma série de determinações, aprovando os processos de desestatização “*com ressalvas*”. Não houve, portanto, nenhum projeto de concessão rodoviária integralmente aprovado, tendo o TCU sempre destacado a necessidade da realização de correções obrigatórias na minuta contratual previamente à publicação do edital.

Nota-se também que, em todos os processos de desestatização, o TCU apreciou o mérito da concessão, não dispensando a análise de mérito

em nenhum caso. Como já exposto, a IN 81 permite que o Tribunal, conforme critérios de materialidade, oportunidade, relevância e risco, em observância ao princípio da significância, deixe de apreciar concessões em que sua atuação seja dispensável. Tal mecanismo não foi utilizado nenhuma vez⁶².

Assim, de início, a análise geral dos processos revela que, em todas as concessões de infraestrutura rodoviária outorgadas pela ANTT, desde 2019: *i)* houve apreciação do mérito do projeto pelo TCU em sede de controle prévio e; *ii)* foram impostas e recomendadas, à ANTT, modificações quanto à modelagem da concessão, previamente à licitação do ativo rodoviário, condicionando-se a publicação do edital ao cumprimento das deliberações.

Trata-se de cenário com relevantes consequências práticas, que podem ser melhor exploradas por pesquisas futuras. O fato de as publicações de editais da ANTT serem, invariavelmente, condicionadas ao atendimento de determinações do TCU, certamente produz alterações significativas no cronograma das desestatizações rodoviárias, o que afeta não só o Poder Concedente, mas também o planejamento dos potenciais licitantes.

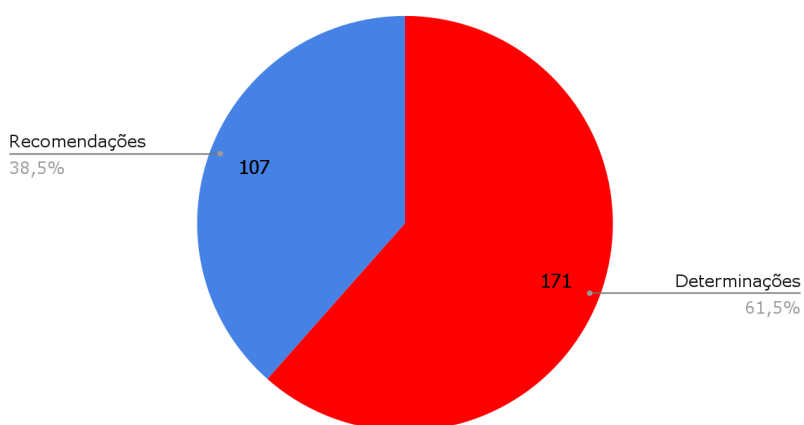
A partir da análise geral dos acórdãos principais, aferiu-se também que as deliberações de natureza mandamental (determinações), as quais implicam controle de maior intensidade sobre a Agência, não são raras ou pontuais. O quadro geral da natureza e quantidade das deliberações

⁶² Destaca-se, todavia, que tal conclusão pode ser, em alguma medida, enviesada. Isso porque é possível que a dispensa de fiscalização ocorra apenas em despachos de admissibilidade da própria Unidade Técnica, os quais, por sua vez, não são acessíveis por meio de pesquisa de jurisprudência no banco de acórdãos do TCU. Há, todavia, processos de desestatização referentes a outros setores de infraestrutura em que o TCU dispensou o acompanhamento do projeto (em observância aos critérios de materialidade, relevância, oportunidade e risco) por meio de acórdão proferido pelo próprio Plenário da Corte. É o caso do TC 025.714/2021-0, referente à desestatização de terminais pesqueiros públicos, em que, no Acórdão 2479/2024, o TCU reconheceu que o projeto seria de “*baixa significância*”, o que justificaria o arquivamento do processo. Todavia, tendo em vista a grande relevância estratégica e financeira de projetos de concessão de infraestrutura rodoviária, considera-se que são baixas as chances de que ocorra um arquivamento de processos do setor por meio de mero despacho.

expedidas pelo TCU nesses processos é melhor demonstrado pelo gráfico abaixo:

Gráfico 1 - Frequência das deliberações nos acórdãos principais

Frequência das deliberações nos acórdãos principais



Ao todo, desde 2019, foram expedidas um total de 278 deliberações relativas aos projetos da ANTT submetidos a controle prévio, sendo, desse total, 171 determinações, o que leva a uma média de aproximadamente 10,6 determinações por acórdão. As recomendações, por sua vez, aparecem em menor número, somando 107. A média total de deliberações por acórdão principal é de 17,3.

Observa-se nos processos de desestatização rodoviária, portanto, uma atuação prévia, por parte do TCU, muito mais mandamental - ou corretiva - do que consultiva ou recomendativa. Atua a Corte como efetiva instância de revisão impositiva dos projetos.

Para interpretar adequadamente tais dados, cumpre lembrar que a sistemática de controle prévio dos projetos de concessão independe de qualquer representação ao TCU quanto a possíveis irregularidades no contrato a ser licitado. Tendo isso em vista, é razoável assumir que, a princípio, os projetos de desestatização controlados pelo TCU gozam de presunção, ao menos relativa, de legitimidade - ainda que, a rigor, não

possam ser considerados efetivos atos administrativos, visto que ainda não houve publicação do chamamento público.

Desse modo, não é trivial o dado de que em todos os casos o Tribunal tenha expedido uma série de determinações à ANTT quanto à modelagem do projeto e que as deliberações dessa natureza sejam mais frequentes do que as recomendações. A considerável predominância de determinações parece indicar que a dinâmica entre TCU e ANTT, nos processos de controle prévio, é menos dialógica do que o que se esperaria de um processo em que o objeto do controle sequer foi alvo de questionamentos, bem como sequer chegou a produzir efeitos no mundo jurídico.

Ressalta-se que a emissão de comandos à ANTT deveria restringir-se à correção de ilegalidades identificadas na minuta do edital, conforme exposto no capítulo teórico. Todavia, a própria quantidade de determinações expedidas parece indicar que a prática de atos de comando é banalizada⁶³ na Corte. É digno de questionamentos que os editais submetidos a controle prévio apresentem, em todos os casos, mais ilegalidades, que justificam a imposição de determinações, do que oportunidades de melhoria e discordâncias quanto à eficiência e economicidade das escolhas da Agência, as quais dão ensejo à expedição de recomendações.

Ressalta-se, todavia, ainda quanto às determinações, que, como restará demonstrado mais adiante na pesquisa, o caráter mandamental dessa espécie de deliberação não é absoluto nos processos analisados. Concluiu-se que o TCU, em três dos processos, mesmo identificando o descumprimento de determinações por parte da Agência, reconheceu a “opção” do gestor em não implementar a determinação. A obrigatoriedade da observância a esse tipo de deliberação, portanto, em alguns casos concretos, é mitigada pela própria Corte.

Por outro lado, a expedição de recomendações, ainda que em menor número quando comparadas às determinações, poderia ser interpretada

⁶³ Essa inferência será confirmada posteriormente, no âmbito da análise qualitativa do controle exercido sobre as inovações regulatórias previstas pela ANTT.

como uma postura que denota certo grau de deferência do TCU à Agência, tendo em vista a natureza colaborativa dessa espécie de deliberação. Seria possível supor que há uma certa autocontenção quanto aos limites de sua atuação prévia pelo Tribunal nos processos de desestatização rodoviária, tendo em vista que a frequência da expedição de recomendações nos acórdãos é significativa, apesar de inferior.

Trata-se de interpretação possível, porém que comporta maiores ponderações. Isso porque a distinção entre atos recomendativos e determinações têm sido cada vez mais tênue no controle externo brasileiro. É o que demonstra pesquisa realizada pela Fundação Tide Setubal, em 2024, na qual foram entrevistados agentes públicos de todo o país quanto à sua percepção acerca da influência do controle na atividade administrativa⁶⁴. A pesquisa revelou que 81% dos gestores concordam com a seguinte afirmação: *“Tendo a seguir as recomendações dos órgãos de controle, ainda que não sejam determinações e mesmo que eu não concorde com o seu teor”*⁶⁵. Na esfera federal, tal porcentagem é ainda maior, sendo apurada pela pesquisa em 85%.

Não se pode, portanto, interpretar esses dados de modo isolado, sem ter em mente o cenário revelado pela supracitada pesquisa. Considerando-se o atual contexto de hipertrofia do controle externo brasileiro, é natural que, em um instinto auto protetivo, gestores públicos tendam a incorporar à sua atividade administrativa as recomendações advindas dos órgãos de controle⁶⁶.

Segue, contudo, válido tal achado de pesquisa, haja vista que há efetiva diferença jurídica entre recomendações e determinações no contexto dos acórdãos analisados. Conforme sustenta o próprio TCU em sua

⁶⁴ FUNDAÇÃO TIDE SETÚBAL. *O fenômeno do apagão das canetas: Efeitos da dinâmica do controle para servidores e para políticas públicas de áreas-fim*. São Paulo, 2024.

⁶⁵ Ibidem, p. 37.

⁶⁶ Assim, não surpreende que, como restará demonstrado no tópico de análise da fase de monitoramento dos processos, as recomendações expedidas pelo TCU sejam, de fato, majoritariamente incorporadas pela ANTT, com nuances que serão melhor detalhadas no tópico pertinente.

Resolução nº 315/2020⁶⁷, há explícita diferença entre a natureza das duas espécies de deliberação.

Em alguns dos casos analisados, a distinção entre a expedição de recomendações e determinações parece tornar-se ainda mais tênue, do ponto de vista prático. Observou-se que, em 2 dos acórdãos principais (1766/2021-Pln. e 1142/2023-Pln.), o TCU fixou prazo para que fossem comunicadas à Corte *as medidas adotadas pela ANTT com relação às recomendações*⁶⁸.

Uma possível leitura desse cenário é a de que o TCU, por meio da fixação de prazo para apresentação de um plano de ação, estaria tentando aproximar as deliberações recomendativas de deliberações mandamentais. Como já exposto, a natureza jurídica das recomendações é, por definição, meramente colaborativa. Seu objetivo é viabilizar que o TCU contribua com o aperfeiçoamento da gestão pública. O fato de se exigir da Agência, em 30 ou 60 dias, a apresentação de um relatório de medidas referentes à recomendação expedida, parece subverter a lógica de discricionariedade na decisão por implementar ou não a recomendação, que decorre de sua própria natureza colaborativa.

Não se pode afirmar, contudo, apenas com base no cenário descrito, que a mera fixação de prazo efetivamente constranja a Agência a ponto de fazê-la implementar recomendações que, a princípio, não seriam implementadas, por escolha regulatória legítima e discricionária. Trata-se de hipótese que pode ser melhor explorada em pesquisas futuras, tendo em vista que há grande possibilidade de que o TCU replique essa técnica de fixação de prazo em outros contextos de controle.

⁶⁷

Disponível

em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/norma/*/KEY%253ANORMA-21300/score%2520desc/0

⁶⁸ No caso do Acórdão 1766/2021-Pln., no subitem 9.3., determinou-se o seguinte: "9.3. fixar o prazo de 30 dias para que a ANTT comunique a este Tribunal as medidas adotadas em relação às determinações e às recomendações deste Acórdão". Já no Acórdão 1142/2023-Pln., foi determinado o mesmo, porém com a previsão do dobro de prazo, nos seguintes termos: "9.4. fixar o prazo de 60 dias para que a ANTT comunique a este Tribunal as medidas adotadas em relação às determinações e às recomendações deste Acórdão".

Tem-se, no entanto, em síntese, que todas as concessões rodoviárias promovidas pela ANTT, desde 2019, sofreram, em sua modelagem, ao menos alguma interferência impositiva do TCU. Trata-se de dado contrastante com o fato de haver, naturalmente, grande margem de discricionariedade reservada ao gestor público na tomada de decisões referente à estruturação de projetos dessa natureza. Nessa fase dos projetos, ainda pré-licitatória, as decisões da Agência, para além de extremamente complexas, são tomadas em ambiente de dúvida e pouca concretude. Como destaca Jordão:

"(...) esta fase prévia ou interna dos projetos envolve uma série de decisões complexas, tomadas num contexto de forte incerteza. Assim, é pouco razoável falar-se em soluções corretas e incorretas. Esta circunstância impacta fortemente o controle que se dá posteriormente sobre estas escolhas. **Intui-se que, nestes casos, o controle deve ser moderado, para evitar que as prognoses realizadas pelo administrador sejam substituídas por prognoses igualmente incertas do fiscalizador.**"⁶⁹ (grifo nosso)

Depreende-se, portanto, que a própria natureza do controle prévio, haja vista seu caráter prospectivo, deveria impor uma maior autocontenção ao controlador. O controle prévio previsto pela IN 81, tendo por objeto especificamente a estruturação de desestatizações, deveria ser ainda mais cauteloso e moderado, haja vista a sua alta complexidade e a incerteza das prognoses realizadas, a essa altura, tanto pelo gestor quanto pelo controlador.

Ocorre que os dados coletados indicam que, ao menos do ponto de vista quantitativo, o controle prévio de concessões rodoviárias no TCU não é moderado ou pontual, em especial com relação à emissão de ordens à Agência.

O cenário acima descrito, naturalmente, suscita alguns questionamentos. Estariam os projetos de concessão encaminhados ao TCU

⁶⁹ JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador?* - Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, nº 47, 2014, p. 211.

pela ANTT repletos de graves irregularidades concretas que efetivamente demandem uma atuação corretiva tão intensa e frequente do Tribunal? Estaria, por outro lado, o TCU intensificando indevidamente seu controle sobre escolhas discricionárias da Agência? Os próximos tópicos se prestarão a descrever qualitativamente o controle prévio do TCU, conforme o recorte metodológico anteriormente estabelecido, buscando elucidar, em alguma medida, tais questões.

4.1.2. O controle prévio de inovações regulatórias

Para analisar qualitativamente o controle prévio das concessões, em termos de deferência, passa-se, agora, a examinar a postura do TCU no controle de inovações contratuais nos acórdãos de apreciação das concessões. Buscar-se-á analisar os fundamentos das deliberações e a postura da Corte frente às escolhas feitas pela Agência na previsão de soluções regulatórias inovadoras.

Como já destacado no capítulo metodológico, para viabilizar tal análise, tendo em vista a grande quantidade e complexidade dos temas questionados pelo TCU quanto às modelagens, foram eleitas, como representativas da postura geral da Corte, as discussões acerca de duas principais inovações previstas pela ANTT em suas concessões: os verificadores independentes e os *dispute boards*. Será analisado como a Corte reagiu a tais inovações regulatórias nos processos, buscando-se compreender, a partir desse recorte, os fundamentos das deliberações e o grau de deferência às escolhas da Agência.

4.1.2.1. O caso dos verificadores independentes

Em primeiro lugar, foi identificada, nos acórdãos, a partir de 2020, uma grande frequência de debates acerca de uma relevante novidade regulatória do setor: a previsão, nos contratos, de verificadores

independentes ou, ainda, Organismos de Inspeção Acreditados (OIAS) e Organismos de Avaliação de Conformidade (OACs), a serem contratados e remunerados pela própria concessionária. Em 6 dos 16 acórdãos, o TCU expediu deliberações à ANTT quanto aos verificadores independentes e seu regime jurídico contratual, conforme a tabela abaixo:

Tabela 4 - Deliberações quanto aos verificadores independentes

Acórdão	Deliberações
Acórdão nº 4036/2020-Pln.	Determinar à ANTT que: 9.2.31. <i>suprima da minuta de contrato as referências ao relator independente, em atendimento ao disposto no art. 67 c/c o art. 124 da Lei 8.666/1993, art. 26, inciso VII, e 24, incisos VII e VIII, da Lei 10.233/2001, art. 6º, 25, § 2º, e 30, parágrafo único, da Lei 8.987/1995 e na Portaria ANTT 127/2019.</i> Adote as medidas necessárias para: 9.3.1. <i>fiscalizar diretamente o cumprimento dos contratos de rodovias federais concedidas, em atendimento ao disposto art. 26, inciso VII, da Lei 10.233/2001, e/ou contratar os serviços que considerar necessários para apoiá-la no exercício de atividades de sua competência legal, nos termos do art. 30, parágrafo único, da Lei 8.987/1995, combinado com os arts. 67 e 124 da Lei 8.666/1993 e a Portaria ANTT 127/2019;</i>
Acórdão nº 4037/2020-Pln.	Determinar à ANTT que: 9.1.6 <i>suprima da minuta de contrato as referências ao relator independente, em atendimento ao disposto no art. 37 da Constituição Federal, art. 67 c/c o art. 124 da Lei 8.666/1993, art. 26, inciso VII, e 124, incisos VII e VIII, da Lei 10.233/2001, art. 6º, 25, § 2º, e 30, parágrafo único, da Lei 8.987/1995 e na Portaria ANTT 127/2019;</i> 9.2.1. <i>adote providências para fiscalizar diretamente o cumprimento das condições do contrato de concessão, em atendimento ao disposto no art. 67 c/c os art. 124 da Lei 8.666/1993, arts 26, inciso VII, e 124, incisos VII e VIII, da Lei 10.233/2001, arts. 6º, 25, § 2º, e 30, parágrafo único, da Lei</i>

	8.987/1995 e na Portaria ANTT 127/2019;
Acórdão nº 1766/2021-Pln.	Determinar à ANTT que: 9.1.6. adote medidas efetivas, especialmente as discriminadas a seguir, para que os documentos e pareceres elaborados pelo OAC para serem utilizados nas tomadas de decisão acerca do cumprimento das obrigações da concessionária, sejam validados pelo órgão técnico do poder concedente, que não deverá estar vinculado às conclusões do OAC e responderá solidariamente por eventuais irregularidades, em atendimento ao disposto no art. 67 c/c o art. 124, da Lei 8.666/1993; no art. 37 da CF/88; nos art. 24, incisos VII e VIII, e 26, inciso VII, inciso VII, da Lei 10.233/2001; nos art. 6º, 25, § 2º, 29 e 30, parágrafo único da Lei 8.987/1995; 9.1.6.1 suprima a denominação "independente"; 9.1.6.2. preveja ampla transparência aos pareceres emitidos pelo OAC, oportunizando às associações de usuários das rodovias concedidas apresentarem contestações, dentro de prazo preestabelecido, de maneira a facilitar o acesso às informações relevantes e fortalecer o controle social na concessão rodoviária; 9.1.6.3. estabeleça com clareza as condições de habilitação para atuação como OAC, atentando para o princípio da isonomia e para a obediência a normas de compliance; 9.1.6.4. preveja expressamente que eventual comprovação de conluio para atuação fraudulenta do OAC importará em sanções administrativas para a concessionária e para o Organismo, além das possíveis cominações cíveis e penais no âmbito judicial e da comunicação obrigatória à entidade credenciadora; 9.1.7. estabeleça norma no sentido de que apenas os OAC credenciados pela agência reguladora possam ser contratados pelas concessionárias, fixando requisitos rígidos de formação e capacidade, vedada a participação de entidades que já receberam punição pelo Poder Público, ou que, a qualquer tempo, percam a condição de credenciada pela agência reguladora;

Acórdão nº 1769/2021-Pln.	Determinar à ANTT que: 9.1.4. adote medidas efetivas, especialmente as discriminadas a seguir, para que os documentos e pareceres elaborados pelo OAC para serem utilizados nas tomadas de decisão acerca do cumprimento das obrigações da concessionária, sejam validados pelo órgão técnico do poder concedente, que não deverá estar vinculado às conclusões do OAC e responderá solidariamente por eventuais irregularidades, em atendimento ao disposto no art. 67 c/c o art. 124, da Lei 8.666/1993; no art. 37 da CF/88; nos art. 24, incisos VII e VIII, e 26, inciso VII, inciso VII, da Lei 10.233/2001; nos art. 6º, 25, § 2º, 29 e 30, parágrafo único da Lei 8.987/1995; 9.1.4.1 suprima a denominação "independente"; 9.1.4.2. preveja ampla transparência aos pareceres emitidos pelo OAC, oportunizando às associações de usuários das rodovias concedidas apresentarem contestações, dentro de prazo preestabelecido, de maneira a facilitar o acesso às informações relevantes e fortalecer o controle social na concessão rodoviária; 9.1.4.3. estabeleça com clareza as condições de habilitação para atuação como OAC, atentando para o princípio da isonomia e para a obediência a normas de compliance; 9.1.4.4. preveja expressamente que eventual comprovação de conluio para atuação fraudulenta do OAC importará em sanções administrativas para a concessionária e para o Organismo, além das possíveis cominações cíveis e penais no âmbito judicial e da comunicação obrigatória à entidade credenciadora.
Acórdão nº 2379/2022-Pln.	Recomendar que a ANTT preveja: 9.3.4.1. mecanismos e critérios para assegurar a isenção e imparcialidade do Verificador Acreditado, bem como os requisitos a configurar o rigor técnico das aferições; 9.3.4.2. estratégias de acompanhamento e verificação das informações e análises produzidas por terceiros, por parte da ANTT;

Acórdão nº 762/2024-Pln.	Recomendar à ANTT que: 9.3.3. avalie, junto à Infra S.A., a viabilidade técnica e legal da contratação pela empresa pública de verificador (Organismo de Inspeção Acreditado – OIA) ou qualquer entidade terceira para aferição do atingimento dos parâmetros de desempenho, de acordo com o disposto no parágrafo único do art. 17 da Portaria MT 995/2023; 9.3.4. suprima da minuta de contrato a previsão de escolha e contratação direta pela concessionária de verificador (Organismo de Inspeção Acreditado – OIA) ou qualquer entidade terceira para aferição do atingimento dos parâmetros de desempenho, em atendimento ao disposto no art. 17 da Portaria MT 995/2023;
--------------------------	--

Verificadores independentes são mecanismos contratuais relevantes e frequentes nas concessões comuns e PPPs do país. Além do mais, trata-se de inovação regulatória que surgiu no próprio setor rodoviário federal. Conforme Cohen, desde seu surgimento, o verificador independente:

“evoluiu de uma função focada em aferir indicadores para um papel mais amplo, que inclui o suporte à gestão contratual, participação em mediação de conflitos e colaboração em decisões regulatórias mais abrangentes”⁷⁰.

Trata-se, portanto, de figura cuja disciplina contratual tem evoluído e sofrido consideráveis alterações nos últimos anos. A análise conjunta dos acórdãos evidencia justamente o papel central que teve o TCU no processo de modelagem contratual de mecanismos de verificação independente no setor. Além do mais, trata-se de recorte esclarecedor quanto às relações entre os ministros do TCU e a AudRodoviaAviação no processo decisório da Corte.

⁷⁰ COHEN, Isadora. Verificador independente em contratos de PPP no Brasil. Jota, 24/01/2025. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/infra/verificador-independente-em-contratos-de-ppp-no-brasil>

Ao enfrentar a matéria no acórdão 4036/2020-Pln., a previsão da figura do “relator independente” foi identificada pelo TCU como a “*principal inovação*” da Agência, sendo o relator definido pela minuta contratual como:

*“avaliador independente contratado e remunerado pela Concessionária com a finalidade de aferir o cumprimento do Contrato, cuja prestação de serviço se dá conforme cláusulas específicas deste Contrato e regulamentação da ANTT.”*⁷¹

Na hipótese, a Unidade Técnica considerou inadequada a previsão do mecanismo, uma vez que existiria “*contradição intrínseca à atuação desse relator que foi concebido para operar em favor da Agência, porém completamente dependente economicamente do parceiro privado que deverá fiscalizar*”⁷².

Sustentou, assim, que a contratação de privados para auxílio na fiscalização do contrato de concessão deveria se dar necessariamente pelo Poder Público. Havendo a contratação do relator diretamente pela concessionária, entendeu a AudRodoviaAviação que restaria inevitavelmente fragilizada a posição da ANTT como ente fiscalizador e acompanhador do contrato, sendo usurpadas suas competências regulatórias e fiscalizatórias.

Por esses motivos, a Unidade Técnica apresentou proposta de encaminhamento no sentido de que fosse determinada a supressão da minuta de contrato de todas as referências ao relator independente, descrevendo as possibilidades regulatórias da matéria da seguinte forma:

*“Para viabilizar uma aferição independente, duas alternativas já foram apresentadas, em diferentes momentos, pela Agência: i) monitorar os parâmetros de desempenho com seus próprios recursos (o que exigiria a disponibilização de equipamentos e treinamento de pessoal) ou ii) contratar e remunerar empresas supervisoras para auxiliarem na execução desse monitoramento”*⁷³

São, portanto, invocados pela AudRodoviaAviação dois mecanismos previstos pela ANTT em contratos anteriores como mais adequados e

⁷¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 4036. Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo. Brasília, DF, 08/12/2020, p. 57.

⁷² Ibidem., p. 57.

⁷³ Ibidem., p. 61.

eficientes, o que inviabilizaria a contratação de relator independente em outros moldes.

O Ministro Relator, por sua vez, em seu voto condutor, acolheu integralmente a proposta da AudRodoviaAviação, determinando à ANTT que *“previamente à publicação do edital de concessão, suprima da minuta de contrato as referências ao relator independente”*⁷⁴. Além do mais, determinou o Ministro que a Agência *“adote as medidas necessárias para fiscalizar diretamente o cumprimento dos contratos de rodovias federais concedidas”*⁷⁵. Ambas as deliberações foram integralmente acolhidas pelo Plenário.

No mesmo dia, foi apreciada pelo Plenário a concessão da BR-163/MT/PA e BR-230/PA (Acórdão 4037/2020-Pln.), em que, novamente, foi questionada pelo TCU a previsão do relator independente na minuta do contrato. Como no caso anterior, a Unidade Técnica apontou que haveria contradição intrínseca à atuação do relator, visto que seria economicamente dependente da concessionária. Assim, novamente, apresentou proposta de encaminhamento no sentido de suprimir do contrato todas as referências ao relator independente.

O Min. Relator, acompanhado pelo Plenário, seguiu integralmente a proposta de encaminhamento e expediu as mesmas duas deliberações já constantes do Acórdão 4036/2020-Pln. A fundamentação das deliberações expedidas foi sintetizada pelo Relator nos seguintes termos:

“A previsão da figura de um avaliador independente é problemática. Ainda que se exija acreditação do INMETRO, que a norma regulamentadora (Portaria 367/2017) preveja, em relação à inspeção nas etapas de execução, a verificação do atendimento aos requisitos exigidos no edital e no contrato, assim como na legislação e nas normas técnicas aplicáveis, e que a acreditação seja pensada para se conferir imparcialidade e consistência dos trabalhos,

⁷⁴ Ibidem, p. 57.

⁷⁵ Ibidem, p. 57.

tenho que tais pretensões são difíceis de se obter no caso concreto.⁷⁶ (grifo nosso)

Realizou o Min. Relator, portanto, juízo de conveniência e oportunidade quanto à viabilidade da previsão de relator independente no contrato. Não há, no voto do Relator, referência clara a eventuais ilegalidades na previsão desse mecanismo, sendo apenas destacado que a fiscalização do contrato deve necessariamente ser realizada pela própria Agência, seja contratando empresas supervisoras, seja por meio de outro “*mecanismo idôneo*”.

O Ministro, de maneira expressa, assume que, mesmo havendo previsão de inspeção nas etapas de execução, estruturação do processo de acreditação para garantir imparcialidade do avaliador e até mesmo atendimento aos requisitos legais, é inadmissível a previsão do mecanismo. Trata-se, aqui, de controle realizado sob parâmetros de legitimidade e adequação da escolha regulatória, e não legalidade, o que, no contexto do controle prévio de editais, acaba por substituir concretamente a Agência na tomada de decisões que seriam, em tese, discricionárias.

A postura do TCU, todavia, se modificou em 2021, quando, por meio do Acórdão 1766/2021-Pln., foi apreciada a concessão da BR-116/SP/RJ e BR-101/SP/RJ. Na minuta contratual em análise, a ANTT previu a figura do Organismo de Avaliação de Conformidade (OAC), entidade que também seria contratada pela própria concessionária, sendo responsável pela elaboração de relatórios técnicos de avaliação de performance da concessão. Sustentou a ANTT, perante o TCU, que as determinações expedidas pela Corte nos acórdãos 4036/2020-Pln. e 4037/2020-Pln. estariam sendo cumpridas, posto que a expressão “*relator independente*” de fato havia sido suprimida do contrato.

Ocorre que o regime contratual do OAC era praticamente idêntico ao do antigo relator independente, promovendo a ANTT mera mudança na denominação do mecanismo, com o intuito de evitar alegações de que as

⁷⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 4037/2020. Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 08/12/2020, p. 7.

deliberações anteriores não haviam sido implementadas. Tal estratégia foi percebida pela AudRodoviaAviação, a qual propôs que, como nos dois casos anteriores, fosse determinada pelo TCU a supressão integral das cláusulas referentes ao OAC ou entidades análogas. Para a Unidade Técnica, o OAC incorreria nos idênticos vícios do relator independente, de modo que o entendimento anterior da Corte se aplicaria ao caso em análise.

Dessa vez, todavia, optou o Min. Relator por não adotar a proposta da Unidade Técnica, destacando que a previsão do OAC *“é a matéria mais sensível e complexa deste processo de acompanhamento, porquanto trata de questão cuja solução parece de intensa dificuldade”*⁷⁷. Destacou o Ministro, em síntese, que é sabido que a Agência não detém recursos humanos e orçamentários para fiscalizar diretamente a fiscalização das obrigações contratuais. Seria, portanto, possível prever meios contratuais de redução do conflito de interesses do OAC, o que seria corroborado pelo parecer apresentado no processo pelo Ministério Público de Contas (MPC).

Assim, permitiu-se que a ANTT mantivesse previsto no contrato o OAC, contanto que fossem estabelecidos mecanismos de redução dos conflitos de interesse na contratação do organismo, como, em especial, a previsão da necessidade de validação, pelo Poder Concedente, dos documentos produzidos pelo OAC para que estes sejam considerados válidos.

Em seu voto, o Relator se inspirou especialmente na sistemática de verificação independente prevista no contrato de concessão dos Parques Nacionais de Aparados da Serra e Serra Geral, também submetido a controle prévio no TCU⁷⁸. Na concessão referenciada, a Corte validou a figura do verificador independente, determinando, todavia, a implementação de uma série de mecanismos para mitigar os conflitos de interesse apontados.

⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1766/2021. Plenário, Relator Ministro Walton Rodrigues. Brasília, DF, 28/07/2021, p. 7.

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2472/2020. Plenário, Relator Ministro Walton Rodrigues. Brasília, DF, 16/09/2020.

Assim, entendeu o Min. Relator que “os meios para redução dos conflitos de interesse, in casu, merecem detalhamento maior da ANTT, mas me parece de bom alvitre que se utilize, dentre outras, a sistemática definida no Acórdão 2.472/2020-Plenário”⁷⁹.

Foram, portanto, transplantadas as deliberações já expedidas em caso anterior, referentes a um projeto estruturado em outro setor. Dentre os mecanismos impostos para viabilizar a previsão do OAC no contrato estão a necessidade de credenciamento dos entes verificadores perante a ANTT, transparência dos relatórios produzidos pelo organismo e responsabilidade solidária entre OAC e Poder Concedente por eventuais irregularidades nos documentos produzidos.

A postura da Corte se manteve no Acórdão 1769/2021-Pln., que apreciou o mérito da concessão da BR-381/MG e da BR-262/MG/ES, em que ANTT novamente previu a contratação de OAC pela concessionária. No caso, tendo como precedente o já mencionado Acórdão 4036/2020-Pln., a AudRodoviaAviação propôs que fosse determinada pelo TCU a supressão de todas as cláusulas referentes ao OAC, entendendo novamente que o organismo seria análogo ao relator independente, já barrado pela Corte anteriormente.

Nesse caso, todavia, assim como no Acórdão 1766/2021-Pln., observou-se maior deferência à Agência por parte do Min. Relator, que também optou por não acolher a proposta de encaminhamento da Unidade Técnica. Entendeu o Relator ser cabível a inovação da Agência:

*“face ao grande número de anteprojetos e projetos executivos a serem apresentados pela concessionária, ao reduzido número de servidores disponíveis para análise, o **que impõe ao gestor público buscar soluções, em atenção ao princípio da eficiência** insculpido na Constituição Federal.”⁸⁰ (grifo nosso)*

⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1766/2021. Plenário, Relator Ministro Walton Rodrigues. Brasília, DF, 28/07/2021, p. 8.

⁸⁰ Ibidem, p. 15.

Pareceu atentar-se o Ministro ao art. 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro⁸¹ (LINDB), que prevê a necessidade de serem considerados os obstáculos e dificuldades reais dos gestores públicos na esfera controladora.

Foram, no mais, fixadas condições semelhantes às do Acórdão 1766/2021 para a previsão do OAC no contrato. Impôs o TCU, portanto, a previsão contratual expressa de não vinculação da ANTT aos pareceres do OAC, a transparência dos pareceres, sendo viabilizada sua contestação por associações de usuários da rodovia, o estabelecimento de condições claras para habilitação do OAC e a previsão de sanções administrativas para a concessionária e OAC em caso de comprovação de conluio.

No acórdão 2379/2022-Pln., foi apreciado o mérito da concessão dos Lotes 1 e 2 do sistema rodoviário do Estado do Paraná, cuja minuta contratual previa a contratação de “verificador acreditado” como OAC. Novamente resistiu a Unidade Técnica à previsão do mecanismo, porém por outros motivos, entendendo que não havia diretrizes suficientemente claras para a avaliação dos parâmetros de desempenho da concessionária pelo verificador independente.

Todavia, pela primeira vez, a previsão do OAC não foi contestada, em abstrato, pela Unidade Técnica, a qual deu a entender que, caso houvesse diretrizes suficientes, a previsão seria admitida. Além do mais, a proposta de encaminhamento foi apenas de recomendação de que fosse suprimida a possibilidade de utilização das inspeções do OAC para aferição do cumprimento dos parâmetros de desempenho. Em todos os casos anteriores, a AudRodoviaAviação havia proposto que fosse determinada a exclusão total das cláusulas referentes a verificadores independentes ou entes análogos.

O Min. Relator, por sua vez, foi ainda mais deferente que a Unidade Técnica, substituindo a recomendação de exclusão das cláusulas pela

⁸¹ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, alterado pela Lei Federal nº 13.655/2018.

recomendação de que fossem adotadas pela ANTT as ações pertinentes para regulamentar adequadamente o OAC quanto à inspeção dos parâmetros de desempenho. Foi recomendado, ainda, em caráter genérico, que a ANTT previsse, antes da licitação, mecanismos que assegurem a imparcialidade do verificador contratado. Pela primeira vez não foi expedida pelo TCU qualquer determinação quanto a mecanismos de verificação independente.

Por fim, no acórdão 762/2024-Pln., que teve por objeto a concessão da Rota dos Cristais, identificou-se a previsão contratual de Organismo de Inspeção Acreditado (OIA), a ser também contratado pela concessionária, ou seja, nova denominação para o mesmo mecanismo. Diante disso, a Unidade Técnica identificou que, desde o acórdão anterior, foram editadas uma série de normas pela ANTT, as quais passaram a disciplinar a utilização do verificador independente. Além do mais, foi apontado que as deliberações acerca do tema, contidas nos acórdãos anteriores da Corte, de fato haviam sido implementadas.

A AudRodoviaAviação, todavia, entendeu que, mesmo com a implementação das determinações anteriores do Tribunal e com a mais densa regulação dos verificadores independentes, ainda não era possível garantir sua independência frente à concessionária, vislumbrando-se risco de captura.

Diante disso, sugeriu, pela primeira vez, de modo inovador, que o verificador fosse contratado pela Infra S.A, empresa pública de apoio técnico ao desenvolvimento da infraestrutura nacional de transportes, e não pela concessionária. A proposta de encaminhamento, portanto, foi no sentido de determinar a exclusão das cláusulas que previam a contratação de OIA pela concessionária, e recomendar que o ente verificador fosse contratado pela Infra S.A.

O Min. Relator converteu a proposta de determinação em recomendação, o que confirma a tendência já observada de que há uma postura consideravelmente mais deferente por parte dos Ministros quando comparados à respectiva Unidade Técnica. Foi, portanto, recomendada a

avaliação, junto à Infra S.A, da viabilidade da contratação do verificador pela empresa pública, bem como a supressão da previsão de contratação do verificador pela concessionária.

Traçado o panorama geral das discussões, destaca-se que o modo como o TCU lidou com os mecanismos de verificação independente previstos nos contratos da ANTT é representativo de algumas características observadas no controle prévio das concessões rodoviárias.

Em primeiro lugar, como já destacado, é notória a postura de maior deferência do Plenário do TCU à ANTT quando comparado à Unidade Técnica. Argumentos de respeito à discricionariedade do regulador e de compreensão das dificuldades e obstáculos reais da administração pública são manejados pelos Ministros para temperar as propostas de encaminhamento da AudRodoviaAviação.

Tal cenário é evidente no caso do acórdão 1769/2021-Pln. Enquanto que a Unidade Técnica havia proposto a supressão da cláusula contratual, o Relator entendeu pela viabilidade da inovação, tendo em vista as deficiências financeiras e de recursos humanos da Agência, que se encontra impossibilitada de fiscalizar diretamente todos os contratos. O Plenário se mostra, portanto, mais permeável a argumentos de cunho político e pragmático.

Nota-se, além do mais, como o TCU se debruça intensamente sobre inovações contratuais em sede de controle prévio. A natureza do controle, no caso analisado, é inicialmente repressiva, no sentido de suprimir totalmente a previsão contratual. Com o tempo, o entendimento da Corte se modera e o mecanismo contratual passa a ser admitido, com ressalvas.

Mesmo com a admissão da previsão dos verificadores independentes, o TCU seguiu controlando o mecanismo. Ao invés de impedir a implementação da inovação, passou a ativamente intervir na modelagem jurídica dos verificadores, prevendo regras sobre sua responsabilização e,

ao final, propondo uma completa alteração do sistema de contratação do ente, a ser preferencialmente ser feita por meio da Infra S.A.

O histórico da previsão da figura do verificador independente nas concessões federais da ANTT, portanto, se confunde com a própria história do controle prévio do TCU sobre tal mecanismo. A análise do caso dos verificadores independentes pode indicar que, no âmbito das inovações regulatórias nas concessões rodoviárias federais, o TCU desempenha um papel central em duas dimensões:

1. Realização de um juízo prévio acerca da possibilidade ou não da implementação da inovação contratual, atuando como uma espécie de *veto player* regulatório⁸² e;
2. Atuação direta na modelagem jurídica da inovação contratual, condicionando sua aplicação ao cumprimento de determinados critérios e interferindo no funcionamento do mecanismo regulatório.

A primeira dimensão é bem representada pelo acórdão 4037/2020-Pln., em que foi determinada a exclusão do mecanismo, tendo em vista que, no caso concreto, entendeu-se ser difícil obter consistência e imparcialidade nos trabalhos do verificador. No caso, abriu mão o Min. Relator de argumentos quanto à legalidade da cláusula contratual, assumidamente adentrando o mérito administrativo da ANTT, sustentando que a Agência havia se equivocado ao crer que suas pretensões de estabelecer um agente independente de fiscalização se concretizariam. Aqui, observa-se que o TCU maneja argumentos de conveniência e oportunidade para “barrar” a inovação, de modo que sua atuação, na modelagem contratual, muito se confunde com a da própria ANTT.

⁸² Trata-se de tendência já observada por Bogéa, segundo o qual a antecipação do controle ao momento prévio transforma o TCU se torna arena obrigatória para a estruturação de projetos de desestatização, fazendo com que o Tribunal tenha poder de veto na governança pública. (BOGÉA, Daniel. *TCU como adversário ou amigo na governança pública: O tribunal de contas ocupa um lugar peculiar na governança ao construir seu próprio poder de veto*. Jota, 17/11/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/tcu-amigo-adversario-governanca-publica>. Acesso em: 21/11/2025.

O Acórdão 1766/2021-Pln., por sua vez, é bastante representativo da segunda dimensão de controle. Apesar de ter sido admitida a previsão do verificador independente, foram impostas uma série de condicionantes para mitigar o alegado conflito de interesses. Aqui, atua o TCU diretamente como agente regulador do mecanismo contratual, impondo a normatização que entende ser necessária à implementação do verificador independente nos contratos.

4.1.2.2. O caso dos *dispute boards*

Outra inovação contratual frequentemente objeto de discussão nos acórdãos foi a previsão de *dispute boards*⁸³, ou Comitês de Resolução de Disputas (CRD), como método alternativo de solução de controvérsias entre concessionária e Poder Concedente ao longo da execução do contrato. Trata-se de previsão com fundamento no art. 23-A da Lei 8.987/95, que prevê a possibilidade de “*mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato*”⁸⁴.

O mecanismo contratual foi objeto de deliberações do TCU nos seguintes acórdãos principais, em ordem cronológica:

Tabela 5 - Deliberações referentes ao *dispute board*

Acórdão	Deliberações
4036/2020-Pln.	9.2. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que,

⁸³ Conforme o site da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, “o *Dispute Board* é um comitê independente, constituído no início da execução do contrato, que acompanha a execução do serviço em reuniões periódicas com as partes, dirimindo conflitos quando necessário. Composto normalmente por três especialistas imparciais, os membros do Comitê são profissionais experientes e de confiança das partes”. (O que são *Dispute Boards*? Publicado em 6 de janeiro de 2023, Disponível em: https://prefeitura.sp.gov.br/web/procuradoria_geral/w/cejusc/315496, Acesso em 22/10/2025)

⁸⁴ A Lei 14.133/2021, por sua vez, estabelece os meios alternativos de resolução de controvérsias no art. 151 a art. 154, entre os quais se encontra o comitê de resolução de disputas.

	<i>previamente à publicação do edital de concessão (...):</i> <i>9.2.22. adote as medidas necessárias para que a aplicação do mecanismo de dispute board ocorra somente após a sua regulamentação e que eventual omissão da autarquia não conferirá quaisquer direitos subjetivos à concessionária, em observância do art. 23, inciso XV, da Lei 8.987/1995;</i>
4037/2020-Pln.	<i>9.1. com fulcro no art. 250, inciso II, do Regimento Interno do TCU, e em observância ao disposto no art. 4º da Resolução TCU 315, de 22/4/2020, determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, antes da publicação do edital da pretendida concessão:</i> <i>9.1.19 inclua, na minuta contratual, a fim de conferir eficácia ao art. 23, inciso XV, da Lei 8.987/1995, dispositivo prevendo que o uso do dispute board só ocorrerá após sua regulamentação pela agência e que eventual omissão da autarquia não conferirá quaisquer direitos subjetivos à concessionária;</i>
1142/2023-Pln.	<i>9.2. com fulcro no art. 250, inciso III, do RI/TCU e no art. 11 da Resolução-TCU 315/2020, recomendar à ANTT que:</i> <i>9.2.1. priorize a regulamentação do Comitê de Resolução de Conflitos (Dispute Board) no âmbito das concessões rodoviárias, de forma a prevenir controvérsias acerca de questões de natureza eminentemente técnica, com possibilidade de causarem impacto significativo nos contratos;</i>

No acórdão 4036/2020-Pln., a Unidade Técnica considerou inadequada a previsão do mecanismo, propondo que fosse determinada a completa exclusão da cláusula de *dispute board* da minuta contratual. Entendeu a AudRodoviaAviação que não havia lei específica ou ato normativo da ANTT que suficientemente regulamentasse o mecanismo, de modo que sua previsão geraria um grande risco, capaz de macular toda a execução contratual.

A proposta, todavia, não foi acolhida pelo Min. Relator, que optou por permitir a manutenção da possibilidade de instauração de CRD. Optou o Relator por determinar que a aplicação do *dispute board* seja condicionada à sua posterior regulamentação pela Agência. Ponderou o Ministro que, considerando a duração de ao menos 35 anos do contrato, não seria razoável barrar por completo o mecanismo, sendo viável sua regulamentação ao longo da execução contratual.

Posteriormente, no acórdão 4037/2020-Pln., sustentou novamente a Unidade Técnica que haveria lacuna normativa quanto à utilização do *dispute board*, o que impediria sua previsão. Propôs, assim, igualmente, que fosse determinada sua exclusão do contrato.

De igual maneira, a proposta de encaminhamento da Unidade Técnica foi rejeitada pelo Min. Relator, que determinou a inclusão de cláusula contratual prevendo a impossibilidade de se instaurar o CRD antes de sua regulamentação pela ANTT. Considerou o Ministro que o funcionamento do *dispute board* não poderia ser definido, no caso concreto, de comum acordo entre as partes do contrato, como previa a minuta, sob pena de se promover “*diferenciações indesejáveis*”.

Nesse sentido, cumpre trazer à análise o Acórdão 1769/2021-Pln., no qual, apesar de não terem sido expedidas deliberações sobre o tema, houve também interferências do TCU na modelagem jurídica do *dispute board*. No caso, foi elaborada pela Unidade Técnica uma proposta de encaminhamento preliminar no sentido de se inserir no contrato cláusula que condicionasse a utilização do mecanismo à sua regulamentação pela Agência. Pela primeira vez, portanto, não sugeriu a AudRodoviaAviação a supressão do mecanismo.

A própria ANTT manifestou concordância prévia com a proposta de encaminhamento⁸⁵, e ajustou a minuta contratual de modo a sanar a irregularidade apontada. Assim, quando da apreciação da concessão pelo

⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1769/2021. Plenário, Relator Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, DF, 28/07/2021, p. 29 (item a.16).

Plenário do TCU, já não houve mais discussão acerca do *dispute board*, que se manteve previsto no contrato. Por esse motivo, não consta o Acórdão 1769/2021-Pln. na tabela supra.

Por fim, no Acórdão 1142/2023-Pln., não houve qualquer encaminhamento da Unidade Técnica quanto ao assunto. Todavia, o próprio Min. Relator destacou em seu voto que “*desde então (desde a prolação do Acórdão 4037/2020-Pln.), não se tem notícia de que tenha avançado a regulamentação do Dispute Board pela Agência*”⁸⁶. Portanto, recomendou o Relator que a ANTT “*priorizasse*” a regulamentação do *dispute board* nas concessões rodoviárias.

O cenário acima descrito confirma algumas das tendências observadas na análise do caso dos verificadores independentes. Aqui, igualmente, observa-se que, no contexto das inovações regulatórias do setor, o Plenário do TCU acaba funcionando como uma espécie de “freio” à intensidade do controle prévio.

Em ambos os casos, as deliberações mais invasivas às escolhas discricionárias da ANTT são propostas pela Unidade Técnica do Tribunal, que parece optar por um controle prévio muito mais intenso e amplo quanto à modelagem contratual. O Plenário, por sua vez, tende a temperar as incisivas propostas de encaminhamento da AudRodoviaAviação, adotando postura consideravelmente mais deferente às escolhas da Agência.

Nota-se que em nenhum caso o TCU se furta de participar ativamente da modelagem das inovações contratuais, ainda que pela expedição de recomendações. Há sempre algum tipo de controle sobre as cláusulas contratuais inovadoras. O que há são apenas variações na intensidade desse controle, não sendo identificada, em nenhum dos casos, uma opção de não expedição de deliberações, em efetiva postura de deferência à discricionariedade administrativa.

⁸⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1142/2023. Plenário, Relator Ministro Antônio Anastasia. Brasília, DF, 07/06/2023, p. 25.

A classificação do controle do TCU sobre inovações em duas dimensões, proposta na análise do caso dos verificadores independente, é também útil para compreender o caso dos *dispute boards*. No caso em tela, todavia, em nenhum momento o TCU barra de maneira absoluta a previsão do mecanismo. O que há nos acórdãos 4036/2020-Pln., 4037/2020-Pln. e 1769/2021-Pln. é uma ordem de que o mecanismo somente seja aplicado após sua regulamentação.

Trata-se de veto condicional, distinto do veto absoluto inicialmente imposto à figura do verificador independente. Tal postura, todavia, aproxima-se mais da primeira dimensão do controle, na medida em que efetivamente impede a utilização do mecanismo, ainda que apenas por um período.

A segunda dimensão do controle, relativa aos casos em que a Corte, apesar de admitir a previsão da inovação, interfere altamente na sua modelagem jurídica, não foi observada no caso dos *dispute boards*. Em todos os acórdãos, o TCU reserva à própria Agência a competência para regulamentar a utilização do dispute board nas concessões rodoviárias, diferentemente do ocorrido no caso dos verificadores independentes, em que o próprio TCU impôs disposições contratuais e modelou o mecanismo.

4.1.2.3. Conclusões gerais

A análise conjunta dos casos selecionados evidencia, em primeiro lugar, que há intenso e frequente controle prévio sobre a ANTT com relação às inovações regulatórias nos processos de desestatização. Identificou-se, contudo, com o tempo, a presença de algum discurso de deferência nos acórdãos principais analisados. A postura deferente advém, em todos os casos, dos votos proferidos no Plenário, em oposição à postura rígida e interventora da Unidade Técnica especializada, que tende a propor a supressão total do mecanismo da minuta contratual.

Em ambos os casos, o controle atinge seu grau máximo de intensidade com o veto do TCU com relação à implementação da inovação. No caso dos verificadores independentes, o veto, de início, foi absoluto, sendo determinada a completa exclusão do mecanismo da minuta contratual. Já no caso dos *dispute boards*, houve, nos dois primeiros acórdãos, uma espécie de “veto condicional” do mecanismo, sendo determinada a não utilização do CRD até sua devida regulamentação.

Devem ser feitas algumas ponderações com relação aos fundamentos das determinações de veto. Como destacado no capítulo teórico, a emissão de ordens pelo TCU deve ter por parâmetro critérios de legalidade. Disso decorre que, em princípio, somente uma inovação regulatória ilegal poderia ser impositivamente removida do contrato pela Corte. A fundamentação dos acórdãos analisados, todavia, desafia essa noção.

No acórdão 4037/2020-Pln., por exemplo, a fundamentação do voto do Min. Relator Benjamin Zymler quanto à necessidade de exclusão do mecanismo é repleta de juízos de conveniência, sendo, em diversos momentos, realizada uma clara análise de legitimidade da decisão da ANTT⁸⁷. O mesmo ocorre no acórdão 4036/2020, quanto à previsão do *dispute board*, em que o fundamento da determinação, expresso no voto do Min. Relator Vital do Rêgo, foi essencialmente que “*as regras previstas na cláusula 41.4, sobre o comitê de resolução de conflitos, carecem de detalhamento, em razão de subjetivismos expressos nas passagens destacadas no parágrafo anterior*”⁸⁸.

O entendimento do TCU no sentido de que o mecanismo não estaria suficientemente regulamentado para sua adequada implementação é válido, e insere-se no escopo de atuação da Corte. Questiona-se, todavia, até que

⁸⁷ Algumas frases do voto relator bem evidenciam essa postura, como “*Acredito não ser possível ao poder concedente exigir do relator independente a imparcialidade que se almeja*” (p. 13), “*A previsão da figura de um avaliador independente é problemática*” (p. 12) e “*tenho que tais pretensões são difíceis de se obter no caso concreto.*” (p. 12). O voto parece debruçar-se mais sobre a viabilidade prática de se implementar e operar adequadamente o mecanismo do que sobre sua compatibilidade com o ordenamento jurídico.

⁸⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 4036/2020. Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo. Brasília, DF, 08/12/2020, p. 53.

ponto é juridicamente admissível que o TCU imponha à ANTT a inserção de cláusula específica no contrato condicionando a eficácia do mecanismo à densificação de sua regulamentação pela Agência.

A análise dos dois casos de controle sobre as inovações regulatórias indica que parece haver pouco rigor por parte da Corte quanto aos critérios para a expedição de determinações e recomendações. O mesmo cenário é identificado no acórdão 4036/2020, com relação às deliberações quanto ao verificador independente. No caso, foi determinada a total supressão do mecanismo da minuta contratual. Foi, todavia, explicitamente reconhecido pelo Min. Relator que, ainda que atendidos os requisitos legais, o mecanismo seria “*problemático*”.

Novamente parece ser violada a disposição da CRFB que, em seu art. 71, inc. IX, prevê a possibilidade de, apenas em caso de ilegalidade do ato administrativo, serem expedidos comandos pelo TCU. Em não sendo identificada violação direta à legislação, o que existe é apenas uma discordância entre TCU e ANTT quanto à eficiência, economicidade ou legitimidade da escolha regulatória, o que pode, naturalmente, ser objeto de recomendações. Nesse cenário, todavia, não é admitido que o TCU simplesmente suplante a decisão do regulador, determinando a supressão do mecanismo contratual.

Nota-se, portanto, que, apesar de a prática de atos de comando pelo TCU dever, em tese, observar parâmetros de legalidade, houve, nesses casos, expedição de ordens com fundamento em discordâncias de mérito entre controlador e regulador. Tal postura é disfuncional e subverte a lógica do art. 71 da CRFB, confundindo indevidamente as funções de regulador e controlador. A observância ao supracitado dispositivo constitucional exigiria, por parte do TCU, uma postura de autocontenção.

O histórico do controle prévio sobre os dois mecanismos revela ainda uma relevante característica da postura do TCU. Em ambos os contextos, observa-se, com o tempo, um processo de atenuação do controle exercido sobre a Agência. De início, a Corte expede determinações incisivas à ANTT,

determinando, no caso dos verificadores independentes, a exclusão total do mecanismo e, no caso dos *dispute boards*, barrando a implementação do mecanismo até a superveniência de maior regulamentação. Por outro lado, nos acórdãos mais recentes, o TCU se limita a expedir recomendações à Agência, recomendando a supressão da cláusula, a previsão de mecanismos contratuais para aprimorar a inovação ou sua maior regulamentação.

Identifica-se, portanto, uma curva de aprendizado do controle em termos de deferência do TCU às escolhas regulatórias. Após defrontar-se com a inovação por múltiplas vezes, a postura da Corte sofre uma evidente alteração. Em ambos os casos, ao final, a inovação regulatória passa a ser admitida pela Corte, sem ressalvas impositivas, em contraste com sua postura anterior. Todavia, como narrado, nota-se que a AudRodoviaAviação tende a se manter propondo a expedição de determinações incisivas, sem a mesma curva de aprendizado, de modo que a evolução do entendimento do TCU acerca da inovação é necessariamente dependente de uma alteração da postura do Plenário.

O caso dos verificadores independentes revela, ainda, um relevante dado quanto à postura da ANTT diante do controle prévio de suas concessões. Nos acórdãos 4036/2020-Pln. e 4037/2020-Pln., determinou o TCU que as cláusulas que continham a expressão “*relator independente*” fossem removidas da minuta contratual. Diante disso, nos dois processos de desestatização seguintes (acórdãos 1766/2021-Pln. e 1769/2021-Pln.), a ANTT passou a prever figura juridicamente idêntica ao relator independente, porém com nomenclatura contratual diversa: OAC. Diante dessa tentativa de “burla” ao controle, expressamente reconhecida nos acórdãos, voltou o TCU a realizar controle sobre a versão renomeada do mecanismo, porém sem vetá-lo, restringindo-se a alterar sua modelagem jurídica e impor condicionantes à sua implementação.

Nota-se, portanto, uma relevante estratégia empregada pela Agência para preservar suas escolhas regulatórias e contornar possíveis excessos do controle prévio: a realização de alterações meramente formais nas minutas

para mascarar a manutenção da disposição contratual vetada pelo TCU. É possível que essa técnica se repita em outros contextos de controle do TCU sobre agências reguladoras, o que pode ser explorado por pesquisas futuras.

4.2. Análise das etapas recursal e de monitoramento dos processos

Como já destacado, a fase de monitoramento da implementação das deliberações contidas nos acórdãos principais ainda não se iniciou em todos os processos que compõem a amostra ora analisada. Desse modo, a análise dessa fase, por óbvio, será restrita àqueles processos em que já houve a prolação de ao menos um acórdão de monitoramento pelo Plenário do TCU.

Além do mais, muitos dos processos em que já teve início a fase de monitoramento ainda estão em tramitação no TCU. Assim, a análise abrangerá tanto processos já encerrados quanto processos ainda em andamento.

Quanto à fase recursal, a análise será restrita àqueles processos em que houve a interposição de recurso pela ANTT, seja em face do próprio acórdão principal de apreciação da concessão, seja em face de algum dos subsequentes acórdãos de monitoramento.

Tem-se, portanto, os seguintes processos nos quais a Corte já proferiu acórdãos de relação, seja porque houve a interposição de recurso, seja pois já se iniciou a fase de monitoramento do acórdão principal pelo Plenário:

Tabela 6 - Lista de acórdãos de relação por processo

Processo	Acórdãos de Relação (Monitoramento)	Processo já encerrado?	Foi interposto Recurso pela ANTT?
-----------------	--	-------------------------------	--

	ou Recurso)		
TC 012.263/2019-2	2021/2021-Pln e 1574/2022-Pln	Sim	Sim
TC 016.936/2020-5	571/2022-Pln, 1115/2022-Pln, 2031/2023-Pln e 71/2024-Pln	Não	Sim
TC 018.901/2020-4	2204/2022-Pln	Sim	Não
TC 039.400/2020-4	1281/2023-Pln	Sim	Não
TC 018.708/2021-8	2434/2023-Pln	Sim	Não
TC 042.775/2021-3	686/2025-Pln	Sim	Não
TC 020.917/2022-8	1387/2023-Pln e 768/2024-Pln	Não	Sim

4.2.1. Etapa recursal

De início, destaca-se que o próprio cabimento de recurso em processos de desestatização no TCU comporta algumas considerações. O Regimento Interno do TCU prevê que é cabível pedido de reexame de decisão de mérito em processos relativos a atos sujeitos a registro e à fiscalização de atos e contratos⁸⁹. Seria possível argumentar que o controle prévio de editais em processos de desestatização, a rigor, não se enquadra nas hipóteses de cabimento previstas no Regimento Interno, visto que se trata de processos que não tem por objeto quaisquer atos ou contratos administrativos específicos.

A própria ideia de pedido de reexame em processos dessa classe, a princípio, parece destoar de sua natureza jurídica. Os processos de fiscalização regidos pela IN 81, em tese, não são marcados por efetiva contraposição de interesses entre as partes, inexistindo efetiva relação jurídico-processual litigiosa. Trata-se, aqui, teoricamente, de processos cooperativos, em que o TCU colabora com a Agência no aprimoramento do projeto submetido a controle prévio.

⁸⁹ Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, art. 286, *caput*.

Contudo, como será exposto adiante, o TCU tem conhecido de pedidos de reexame em face de seus acórdãos nos processos de desestatização. Em nenhum dos processos foi sequer veiculada a possível tese de não cabimento de pedido de reexame em processos dessa natureza.

Quanto à oposição de embargos de declaração, o RITCU já não prevê as mesmas limitações, definindo que os aclaratórios são cabíveis, de maneira geral, contra acórdãos do Tribunal em que seja identificada qualquer obscuridade, omissão ou contradição⁹⁰. Não há, portanto, controvérsia quanto ao cabimento dessa espécie recursal nos processos ora analisados.

Esclarecidas as questões processuais iniciais, do total de 16 processos analisados, em apenas 3 foi interposto pela ANTT algum tipo de recurso no decorrer do processo, conforme a tabela abaixo:

Tabela 7 - Lista de recursos interpostos pela ANTT

Processo	Recurso Interposto e Julgamento
TC 012.263/2019-2	Foi interposto Pedido de Reexame Contra o Acórdão de Monitoramento 2021/2021-Pln. No Acórdão 2021/2021-Pln, o TCU havia julgado parcialmente cumprida uma determinação e não implementadas uma série de recomendações. O recurso teve por objetivo demonstrar que tanto a determinação quanto uma das recomendações haviam, na realidade, sido implementadas. O recurso foi rejeitado pelo Plenário (Acórdão 1574/2022-Pln).
TC 016.936/2020-5	Foram interpostos dois recursos pela ANTT. O primeiro foi um Pedido de Reexame interposto contra o Acórdão de Monitoramento 571/2022-Pln, que julgou não cumpridas uma série de determinações do Acórdão Principal. O objetivo do recurso foi demonstrar que haviam sido cumpridas duas das determinações expedidas, porém foi rejeitado (Acórdão 1115/2022-Pln). O

⁹⁰ Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, art. 287, *caput*.

	segundo foi um Pedido de Reexame em face de outro Acórdão de Monitoramento (2031/2023-Pln) , em que foram julgadas não implementadas determinações e recomendações. O recurso foi, igualmente, rejeitado (Acórdão 71/2024-Pln).
TC 020.917/2022-8	Foram opostos Embargos de Declaração em face do Acórdão Principal 1142/2023-Pln. , questionando especificamente as determinações expedidas à Agência quanto à alocação e mitigação de riscos na minuta contratual. Os embargos foram acolhidos pelo TCU, com efeitos infringentes, para alterar a redação de uma das determinações expedidas, porém mantendo as demais (Acórdão 1387/2023-Pln.).

Nota-se, de início, que em apenas 1 dos 16 processos analisados a ANTT recorreu do acórdão principal. A postura geral da Agência é, portanto, a de praticamente não travar discussões quanto ao mérito das deliberações expedidas pelo TCU. Tal possibilidade, todavia, é existente, tendo o TCU já demonstrado alguma disposição para rever suas posições e acolher novos argumentos trazidos pela Agência, tendo em vista que o único recurso interposto foi parcialmente provido (TC 020.917/2022-8).

Os demais dois recursos, por sua vez, foram interpostos já em face de acórdãos de monitoramento. Não envolveram, portanto, o mérito das determinações e recomendações, mas apenas discussões quanto à adequada implementação ou não das deliberações já contidas no acórdão principal. Ao recorrer do acórdão de monitoramento, a Agência tenta meramente demonstrar que já implementou a recomendação ou determinação anterior, ou seja, admite, em abstrato, as deliberações do acórdão principal.

Todavia, considerando que a fase de monitoramento já teve início em 7 processos, e foram interpostos apenas 2 recursos, a postura de não enfrentamento da Agência ao TCU, pela via recursal, também é notável

nessa fase. Assim, até mesmo quanto às discussões sobre a implementação ou não das deliberações, tende a ANTT, como regra, a não recorrer.

Isso não quer dizer, todavia, que, ao longo da fase de monitoramento, a ANTT acate a totalidade das deliberações da Corte e incorpore à modelagem todas as determinações e recomendações. Como será demonstrado no tópico seguinte, essa não é a dinâmica existente entre o TCU e a Agência. Entretanto, a via recursal claramente não é o meio mais usual de enfrentamento e resistência da ANTT ao controle prévio da Corte.

Conclui-se, portanto, que o TCU admite a interposição de recursos em seus processos de acompanhamento de desestatização, mesmo sem clara previsão expressa no RITCU. No entanto, a interposição, tanto de embargos de declaração quanto de pedidos de reexame, é quantitativamente pouco expressiva, o que denota uma postura pouco litigante por parte da ANTT.

4.2.2. Etapa de monitoramento

Foram prolatados os seguintes acórdãos de monitoramento nos processos analisados:

Tabela 8 - Lista de acórdãos de monitoramento por processo

Processo	Acórdãos de Monitoramento
TC 012.263/2019-2	2021/2021-Pln.
TC 016.936/2020-5	571/2022-Pln. e 2031/2023-Pln.
TC 018.901/2020-4	2204/2022-Pln.
TC 039.400/2020-4	1281/2023-Pln.
TC 018.708/2021-8	2434/2023-Pln.
TC 042.775/2021-3	686/2025-Pln.
TC 020.917/2022-8	768/2024-Pln.

Será sintetizada a dinâmica da fase de monitoramento em cada um dos sete processos para que, posteriormente, possa-se interpretar os dados, sintetizá-los estatisticamente e chegar a inferências gerais.

No TC 012.263/2019-2, a Corte considerou parcialmente cumprida a determinação 9.2.10, em implementação a recomendação 9.3.2 e não implementada a recomendação 9.3.3. Todas as demais 10 deliberações do acórdão principal foram consideradas integralmente cumpridas. O monitoramento da recomendação 9.3.2 foi dispensado, tendo em vista que poderia ser realizado futuros processos de fiscalização⁹¹. Por fim, a Corte expediu notificação à ANTT para cientificá-la de que o contrato havia sido celebrado sem o integral cumprimento da determinação 9.2.10, porém optou por encerrar o processo.

Essa notificação à ANTT teve por fundamento o inc. II do art. 2º da Resolução TCU nº 315/2020, que dispõe sobre as deliberações do TCU e as suas respectivas medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas. O referido dispositivo prevê que a notificação de ciência é deliberação de natureza declaratória que apenas científica o destinatário quanto à irregularidade, nos casos em que não sejam exigidas providências concretas e imediatas, sendo suficiente, para fins do controle, induzir a prevenção de situações futuras análogas.

No TC 016.936/2020-5, no acórdão de monitoramento 571/2022-Pln, a Corte julgou não cumpridas duas determinações (9.3.1. e 9.3.2) e não implementadas seis recomendações (9.3.1, 9.3.2, 9.4.1, 9.4.3, 9.4.6, 9.4.8 e 9.4.9). O Tribunal optou por seguir monitorando as determinações não cumpridas e algumas das recomendações também não implementadas. Optou, todavia, por dispensar o monitoramento de duas das recomendações não cumpridas, sem qualquer justificativa.

Ainda no mesmo processo, no subsequente acórdão de monitoramento (2031/2023-Pln), o TCU passou a considerar cumprida a

⁹¹ Tal hipótese de dispensa de monitoramento é prevista no Art. 6º, § 2º da Resolução TCU nº 315/2020.

determinação 9.3.1, porém seguiu considerando descumprida a 9.3.2, determinando que fosse continuado seu monitoramento. Seguiu, ainda, julgando como não implementadas as recomendações 9.4.3, 9.4.6 e 9.4.9, optando por seguir as monitorando. O processo, portanto, segue tramitando na Corte, ainda em fase de monitoramento.

No processo TC 018.901/2020-4, no acórdão de monitoramento 2204/2022-Pln, o TCU considerou não cumprida uma das determinações (9.1.2) e 9 das recomendações (9.3.2., 9.3.4.1., 9.3.4.3., 9.3.5., 9.3.9., 9.3.11, 9.3.12., 9.3.14. e 9.3.21). A Corte, todavia, dispensou o monitoramento da determinação descumprida, visto que *“já houve a opção do gestor de não cumprir a determinação, não se reputando adequado, impor a alteração do contrato de concessão, pela falha observada”*⁹². Trata-se de deliberação bastante relevante, por meio da qual a Corte havia determinado que a ANTT deixasse de incluir no objeto da concessão alguns trechos da rodovia⁹³.

Além do mais, dispensou também o monitoramento das recomendações não implementadas, *“visto que já houve a opção do gestor de não implementar a recomendação, efetuando adequada justificativa”*⁹⁴, e também que a Corte já estaria monitorando recomendações semelhantes no processo TC 016.936/2020-5.

No TC 039.400/2020-4, o TCU considerou não cumprida a determinação 9.1.1, porém, assim como no caso anterior, dispensou seu monitoramento, tendo em vista que o leilão do ativo já teria sido concluído. Considerou, no mais, não implementada uma das recomendações, porém dispensou seu monitoramento pois *“justificada a opção do gestor de não implementar a recomendação de que trata o subitem 9.2.5 do Acórdão*

⁹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2204/2022. Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 05/10/2022, p. 1.

⁹³ No acórdão 4037/2020, foi expedida a seguinte determinação: *“9.1.2 abstenha-se de incluir os segmentos de acesso aos portos de Santarenzinho/PA e Itapacurá/PA no escopo da concessão enquanto inaptos a compor a infraestrutura rodoviária federal por prazo suficiente para abranger todo o período de outorga, em atenção ao art. 22, inciso V, da Lei 10.233/2001 e aos arts. 1º e 2º do Decreto 5.621/2005”*

⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2204/2022. Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 05/10/2022, p. 1.

1.766/2021”⁹⁵. Todas as demais recomendações e determinações foram implementadas.

No TC 018.708/2021-8, “considerando que o gestor justificou sua decisão discricionária de não implementar a recomendação assinalada no subitem 9.2.2”⁹⁶, foi dispensado o monitoramento da recomendação. Todas as determinações, por sua vez, foram implementadas.

No TC 042.775/2021-3, o TCU considerou que houve perda do objeto com relação a duas das determinações (9.1.5 e 9.1.7), de modo que dispensou seu monitoramento, tendo em vista a realização do leilão. Novamente, a Agência procedeu à realização do leilão sem cumprir com a integralidade das determinações.

O TCU considerou, ainda, não implementadas três das nove recomendações expedidas, porém optou por “acolher as justificativas técnicas apresentadas pela unidade jurisdicionada, dispensando a continuidade de seu monitoramento”⁹⁷. Todas as demais deliberações foram consideradas implementadas.

Por fim, com relação ao TC 020.917/2022-8, o acórdão 768/2024-Pln deve ser contextualizado para sua melhor compreensão. O objeto da decisão foi definido pela própria Corte como verificar “o grau de implementação do determinado e recomendado por meio dos acórdãos anteriores nesse processo”⁹⁸. Por esse motivo, optou-se por classificá-lo como acórdão de monitoramento.

Todavia, o fato é que, após a publicação do acórdão principal nesse processo (Acórdão 1142/2023-Pln.), não foram apresentadas quaisquer propostas na licitação promovida a partir do edital original. Por esse motivo,

⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1281/2023. Plenário, Relator Ministro Walton Alencar. Brasília, DF, 28/06/2023, p. 1.

⁹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2434. Plenário, Relator Ministro Antonio Anastasia. Brasília, DF, 29/11/2023, p. 1.

⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 686/2025. Plenário, Relator Ministro Walton Rodrigues. Brasília, DF, 02/04/2025, p. 1.

⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 768/2024. Plenário, Relator Ministro Antonio Anastasia. Brasília, DF, 17/04/2024, p. 1.

a ANTT disponibilizou ao TCU os documentos atualizados referentes à nova tentativa de licitar o ativo. Assim, no Acórdão 768/2024-Pln., limitou-se a Corte a examinar se as deliberações anteriores haviam sido cumpridas, analisando, todavia, uma nova minuta de edital.

Foram consideradas implementadas todas as determinações anteriores, e o novo projeto foi aprovado. Não houve menção às recomendações anteriores, visto que nesse acórdão a Corte optou por expedir novas recomendações.

A partir do cenário acima descrito, são identificadas uma série de tendências quanto à postura do TCU e da ANTT nos processos. Em primeiro lugar, é notório que parte considerável das deliberações contidas nos acórdãos principais é descumprida pela ANTT, ainda que a maioria das deliberações sejam implementadas. Esse descumprimento, por sua vez, em muitos casos, é admitido pelo próprio TCU.

Identificou-se que, até mesmo com relação às determinações, que em tese teriam natureza mandamental, há alguma flexibilidade por parte da ANTT para optar ou não por implementá-las. Em 4 dos 7 processos em monitoramento, o TCU expressamente reconheceu a opção da Agência por não implementar uma determinação, e optou por dispensar seu monitoramento.

Trata-se de postura relevante, na medida em que, do ponto de vista teórico, não deveria haver discricionariedade por parte do gestor quanto à implementação de determinações expedidas pela Corte. Como já destacado, conforme a Resolução TCU nº 315/2020, as determinações são deliberações de natureza mandamental, que impõem a adoção de providências concretas ao seu destinatário. Na prática dos processos de desestatização, todavia, parece haver uma margem de discricionariedade, ainda que mínima, quanto ao cumprimento dessa espécie de deliberação.

Identificou-se que o acórdão de monitoramento costuma ser proferido somente após a conclusão do leilão da rodovia. A leitura dos acórdãos indica

que é justamente por esse motivo que o TCU acaba não sendo capaz de impor à Agência a totalidade de suas determinações. A própria sistemática da IN 81, portanto, por uma questão temporal, parece ser permeável ao descumprimento pontual de determinações. Por esse motivo, em vários acórdãos, mesmo com o reconhecimento do descumprimento da determinação, é dispensado seu monitoramento, sendo declarada “perda do objeto” devido à conclusão do leilão do ativo.

O ônus de se insistir em impor a determinação, mesmo após a celebração do contrato, parece ser demasiadamente alto para o TCU, que acaba optando, nesses casos, por uma postura mais pragmática e expressamente deferente, utilizando expressões como “*houve a opção do gestor de não cumprir a determinação*”⁹⁹. Tal caso, em específico, é esclarecedor, tendo em vista que a determinação monitorada era referente à própria delimitação do objeto da concessão, sendo uma das mais impactantes e profundas determinações contidas no acórdão principal. Mesmo com esse cenário, optou a Corte por admitir o descumprimento da determinação.

Todavia, como observado, a regra geral é a implementação de todas as determinações pela ANTT. O descumprimento de determinações foi, em todos os casos, restrito a apenas um dos subitens do acórdão principal, de modo que não pode ser considerado como uma tendência quantitativamente relevante. O que se conclui é que a “natureza mandamental” das deliberações determinativas comporta algum grau de flexibilização diante dos casos concretos, porém sem grande relevância quantitativa, visto que apenas 5 das 171 determinações expedidas (0,02%) tiveram seu descumprimento reconhecido, porém admitido pelo TCU.

Quanto às recomendações, o cenário é bastante diverso. Em todos os processos, o TCU reconheceu a opção da Agência por não implementar alguma das recomendações expedidas, dispensando a continuação de seu

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2204/2022. Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 05/10/2022, p. 1.

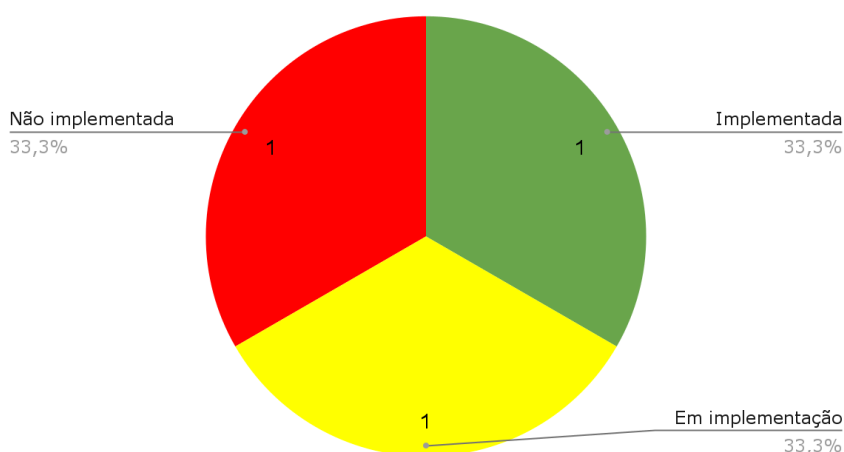
monitoramento. Na maioria dos casos o TCU adota um discurso expressamente deferente, aludindo às “*justificativas do gestor*” e à sua “*escolha discricionária*” em não cumprir a recomendação.

A relevância quantitativa dessa tendência de descumprimento de recomendações é considerável. No acórdão de monitoramento 2204/2022-Pln, por exemplo, foi identificado o descumprimento de 9 recomendações de um total de 23. Nesse caso, a expressiva não implementação das recomendações teve seu monitoramento dispensado pelo TCU, “*visto que já houve a opção do gestor de não implementar a recomendação, efetuando adequada justificativa*”¹⁰⁰.

Tem-se, portanto, quanto à implementação das recomendações, o seguinte cenário estatístico na fase de monitoramento dos processos. Os gráficos dizem respeito exclusivamente àqueles processos já encerrados, visto que, quanto aos processos ainda em tramitação, não se tem dados definitivos quanto às recomendações efetivamente implementadas:

Gráfico 2 - Implementação das recomendações (TC 012.263/2019-2)

Recomendações - TC 012.263/2019-2



¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2204/2022. Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 05/10/2022, p. 1.

Gráfico 3 - Implementação das recomendações (TC 018.901/2020-4)

Recomendações - TC 018.901/2020-4

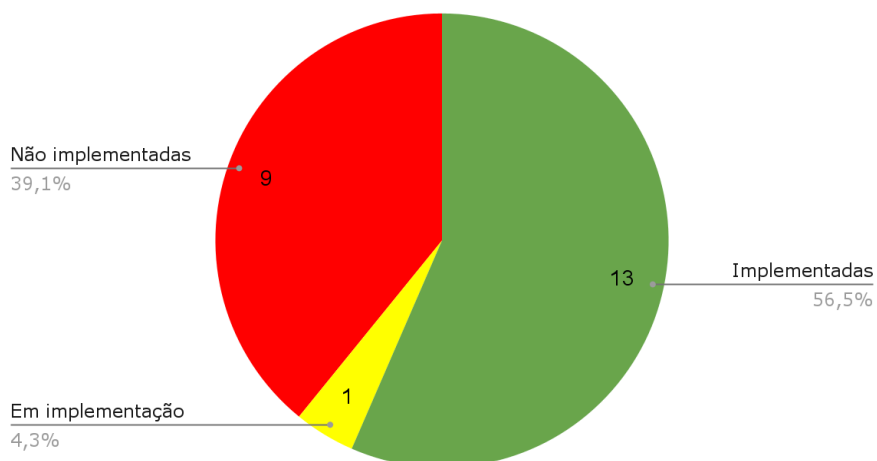


Gráfico 4 - Implementação das recomendações (TC 039.400/2020-4)

Recomendações - TC 039.400/2020-4

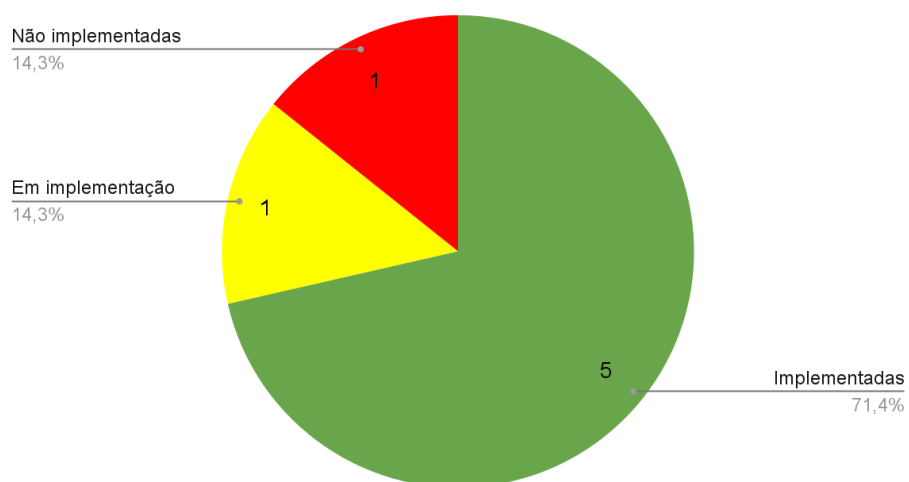


Gráfico 5 - Implementação das recomendações (TC 018.708/2021-8)

Recomendações - TC 018.708/2021-8

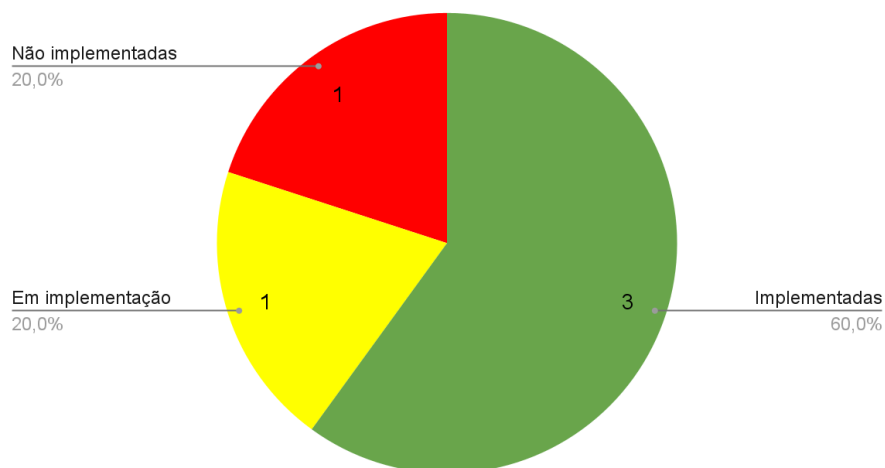
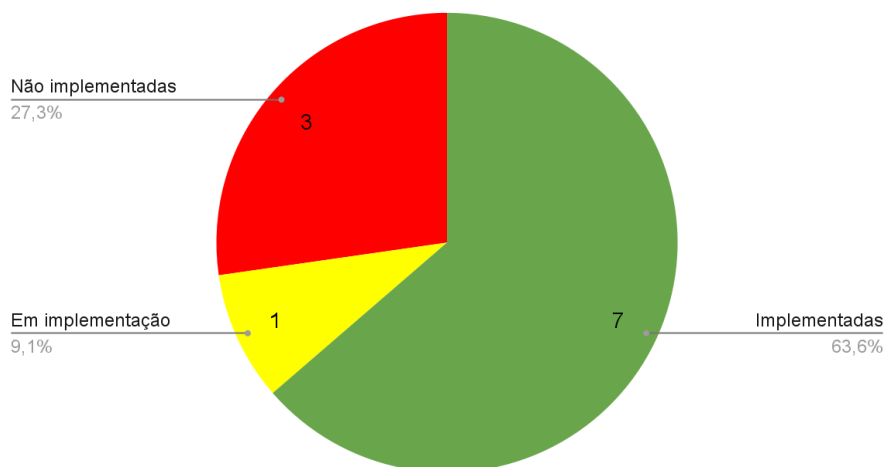


Gráfico 6 - Implementação das recomendações (TC 042.775/2021-3)

Recomendações - TC 042.775/2021-3



Nota-se, portanto, que a tendência em todos os processos é de que também a maioria das deliberações recomendativas sejam implementadas ou estejam ao menos em processo de implementação pela Agência. Há, contudo, maior deferência do TCU para admitir seu descumprimento, havendo maior flexibilidade e possibilidade de diálogo com a ANTT na fase de monitoramento dessa espécie de deliberação, ao menos quando comparada com o cenário das determinações.

Em todos os processos, o TCU dispensa o monitoramento de recomendações considerando as justificativas técnicas apresentadas pela Agência, aludindo expressamente à escolha discricionária do gestor por não implementar a deliberação. Considerando-se os 5 processos já encerrados, tem-se que, em média, 26,8% das recomendações têm seu descumprimento justificado pela Agência e admitido pelo TCU.

O fato de a maioria das recomendações seguirem sendo incorporadas aos projetos pode indicar, por um lado, que de fato o TCU tem apresentado contribuições pertinentes à modelagem das concessões. Por esse motivo, portanto, a ANTT estaria optando por incorporar a grande maioria das sugestões de aprimoramento da Corte, de modo deliberado.

Uma leitura alternativa e crítica desse dado, todavia, deve levar em consideração o cenário revelado pela supracitada pesquisa realizada pela Fundação Tide Setúbal¹⁰¹, que revelou uma tendência de cumprimento generalizado de recomendações dos órgãos de controle por parte de gestores públicos federais. Não se pode ignorar, para fins de análise do dado

¹⁰¹ Conforme a pesquisa, 85% dos gestores federais concordam com a seguinte afirmação: *“Tendo a seguir as recomendações dos órgãos de controle, **ainda que não sejam determinações e mesmo que eu não concorde com o seu teor**”* (Fundação Tide Setúbal. *O fenômeno do apagão das canetas: Efeitos da dinâmica do controle para servidores e para políticas públicas de áreas-fim*. São Paulo, 2024, p. 37).

obtido, o possível contexto de apagão das canetas¹⁰² na administração pública brasileira.

É possível, portanto, que a implementação da maioria das recomendações da Corte pela ANTT seja mero reflexo de um instinto de autopreservação, tendo em vista a possibilidade de posterior responsabilização pessoal dos gestores pelo TCU. Deve-se considerar, portanto, a possibilidade de haver um cenário de paralisia decisória ou temor na Agência, o que pode gerar um cumprimento acrítico e irrefletido das recomendações expedidas nos processos.

Considerando-se o atual cenário de expansão institucional e fortalecimento da Corte de Contas, é natural que suas opiniões, ainda que recomendativas, sejam encaradas pelos jurisdicionados como efetivos mandamentos¹⁰³. Os dados coletados e analisados na presente pesquisa, todavia, não permitem que se adote ou se descarte definitivamente nenhuma das hipóteses apresentadas.

¹⁰² O fenômeno é constatado por juristas como Rodrigo Valgas (2022), segundo o qual “o controle externo disfuncional, nos moldes aqui estudados, está a produzir um tipo inédito de disfunção burocrática com graves consequências para aplicação das normas do Direito Administrativo: o exercício medroso da função administrativa” (DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. *Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*. Revista dos Tribunais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, 2022, p. 40). A problemática é reconhecida até mesmo por Ministros do TCU. Bruno Dantas, por exemplo, em 06/01/2018, publicou, no Jornal O Globo, artigo em que alerta para o risco de que gestores públicos deixem de tomar decisões inovadoras por receio de terem seus atos questionados, ou pior, deixem de decidir à espera de aval prévio do TCU. Para o autor, o desequilíbrio entre controle e gestão gera uma infantilização de gestores públicos e agências reguladoras, criando no país “um ‘apagão decisório’, despertando nos gestores temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores”. (DANTAS, Bruno. *O risco de “infantilizar” a gestão pública*. O Globo, Rio de Janeiro, 6 jan. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniaio/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>. Acesso em: 20/11/2025)

¹⁰³ Nesse sentido, apontam Rosilho e Braga, corroborando com a segunda hipótese aqui proposta, que “o TCU é órgão de controle armado pela Constituição para mandar e punir, é natural que, no diálogo prévio com a administração, suas opiniões sejam assimiladas pelo gestor como argumento de autoridade, comandos a serem implementados.” (ROSILHO, André Janjácomo; BRAGA, André de Castro. *Diálogo prévio com o controle: Cavalo de Troia na gestão pública*. Centro de Debate de Políticas Públicas, 2022.)

5. CONCLUSÃO

Tendo em vista o exposto, conclui-se que a postura do TCU no contexto dos processos de desestatização é de alta interferência nos projetos submetidos a controle prévio, com a constante prática de atos de comando direcionados à ANTT. Não foi identificado nenhum caso de aprovação integral de projetos de concessão rodoviária fiscalizados sob o rito da IN 81. Em todos os casos, desde 2019, houve a expedição de determinações à Agência quanto à modelagem, sendo a publicação do edital condicionada ao cumprimento dessas deliberações. Confirma-se, assim, a hipótese de pesquisa nº 1.

Tem-se, portanto, que o controle incide, de modo mandamental, sobre todos os projetos estruturados pela Agência, o que confirma a posição central do TCU na modelagem das concessões rodoviárias. A própria quantidade de deliberações direcionadas à ANTT nos acórdãos principais indica que o controle não é pontual ou contido, tendo sido expedidas uma média de 17,3 deliberações por acórdão, das quais, em média, 10,6 são determinações.

O controle é, portanto, exercido pelo TCU, predominantemente, pela via mandamental, isto é, por meio da expedição de determinações. Constatou-se que 61,5% das deliberações expedidas são determinações, o que revela que o controle é, para além de abrangente e frequente, intenso. Tais dados confirmam, portanto, a hipótese de pesquisa nº 2.

Tais determinações, em muitos dos casos, veiculam ordens incisivas e consideravelmente interventivas na modelagem do projeto. Foram identificadas determinações no sentido de serem excluídas ou adicionadas disposições contratuais¹⁰⁴ e, até mesmo, de serem removidos do objeto da concessão determinados trechos da malha rodoviária¹⁰⁵.

¹⁰⁴ É o caso, por exemplo, do controle sobre os verificadores independentes, em que a Corte, em um primeiro momento determinou a exclusão das cláusulas que previam o mecanismo e, posteriormente, passou a ordenar a inserção de cláusulas no sentido de “aprimorar” a inovação contratual.

¹⁰⁵ Ver nota de rodapé nº 93.

A partir da análise das fases de monitoramento, todavia, observou-se que a natureza mandamental das determinações comporta flexibilização, sendo identificados quatro processos em que o TCU admite o descumprimento de alguma deliberação dessa espécie. A própria determinação de que fossem removidos trechos do escopo da concessão, por exemplo, foi descumprida pela ANTT, tendo o TCU, no acórdão de monitoramento 2204/2022-Pln, reconhecido a *“opção do gestor de não cumprir a determinação, não se reputando adequado, impor a alteração do contrato de concessão, pela falha observada”*¹⁰⁶.

Tendo em vista as próprias razões aduzidas nos acórdãos, uma explicação possível para o descumprimento pontual de determinações se dá devido ao fato de que a prolação do primeiro acórdão de monitoramento, como regra, ocorre posteriormente ao leilão do ativo, após a outorga da concessão e celebração do contrato. Assim, o severo ônus de se impor modificações à modelagem de um contrato já celebrado leva o TCU a admitir, pontualmente, esse tipo de comportamento por parte da ANTT. Futuras pesquisas podem corroborar ou refutar o achado em questão.

De todo modo, a própria sistemática processual da IN 81, ainda que por uma questão temporal, é permeável ao descumprimento eventual de determinações. Diferentemente das INs anteriores, que previam um controle diferido no tempo, o qual ocorria por estágios¹⁰⁷, a IN 81, ao concentrar a fiscalização no momento prévio, parece diminuir os mecanismos do TCU para garantir o cumprimento de seus comandos. É possível que, nos tempos em que o controle prévio ocorria em múltiplos estágios, houvesse um maior *enforcement* das deliberações do Tribunal.

O descumprimento de determinações, todavia, ainda que parcial, não se mostra relevante do ponto de vista quantitativo, tendo sido constatado pelo TCU apenas com relação a 5 das 171 determinações expedidas. A regra geral é, portanto, a implementação total das deliberações dessa natureza,

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2204/2022. Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 05/10/2022, p. 1.

¹⁰⁷ Ver nota de rodapé nº 50.

ainda que haja alguma margem por parte da ANTT para seu descumprimento pontual, tendo em vista os motivos acima expostos.

Com relação às recomendações, expedidas também com considerável frequência, a postura da ANTT é, em alguma medida, distinta. Identificou-se, a partir da análise da fase de monitoramento dos processos já encerrados que, em todos os casos, optou a ANTT também por implementar a maioria das recomendações. Há, contudo, maior flexibilidade para que a Agência deixe de implementá-las.

Em todos os processos em que já teve início a fase de monitoramento, a Agência apresentou justificativas para sustentar sua escolha discricionária no sentido de deixar de implementar ao menos uma das recomendações. As justificativas tendem a ser acolhidas pelo TCU, que passa a dispensar o monitoramento da recomendação, adotando discurso expressamente deferente.

Ainda que haja uma clara tendência de incorporação da maioria das recomendações aos projetos, o descumprimento discricionário desse tipo de deliberação não é insignificante do ponto de vista quantitativo. Foi identificado que, nos processos em que já foi encerrada a fase de monitoramento, há, em média, o descumprimento de 26,8% das recomendações.

São aventadas duas hipóteses quanto ao expressivo cumprimento das recomendações por parte da ANTT. Em primeiro lugar, as sugestões da Corte podem ser implementadas de modo genuinamente voluntário pela ANTT, que enxergaria, nas deliberações, efetivas oportunidades de melhoria do projeto, em consonância com o caráter colaborativo dessa espécie de deliberação. Não se descarta, em segundo lugar, a possibilidade alternativa de que esse cenário seja reflexo do já exposto contexto de apagão das canetas¹⁰⁸ e hipertrofia da Corte de Contas, os quais podem estar produzindo um cumprimento irrefletido e generalizado das deliberações da

¹⁰⁸ Ver nota de rodapé nº 102.

corde, ainda que estas não tenham natureza mandamental e que o gestor discorde de seu conteúdo.

Resta confirmada, portanto, a hipótese de pesquisa nº 5, na medida em que tanto determinações quanto recomendações são majoritariamente implementadas pela Agência. Todavia, ressalta-se que a possibilidade de descumprimento de determinações, bem como a expressiva taxa de descumprimento de recomendações, eram dados não esperados quando da elaboração da hipótese de pesquisa. Por esse motivo, considera-se parcialmente refutada a hipótese de pesquisa nº 6, visto que a taxa de implementação de recomendações distancia-se consideravelmente de 100%.

Para além de ter sido identificada uma tendência geral de implementação de ambas as espécies de deliberação, constatou-se que a dinâmica de controle prévio entre TCU e ANTT raramente envolve discussões de mérito quanto às decisões da Corte. Em apenas um caso foi interposto recurso pela ANTT em face de acórdão principal, o qual foi, por sua vez, provido. Tal achado refuta a hipótese de pesquisa nº 4.

Já com relação aos acórdãos de monitoramento, foram apresentados dois pedidos de reexame pela ANTT, ambos conhecidos, porém desprovidos pelo TCU. Ao recorrer de acórdãos de monitoramento, a ANTT se limita a discutir se houve a devida implementação de determinada deliberação, não sendo travada qualquer discussão quanto ao próprio conteúdo da deliberação expedida.

O fato de ser rara a interposição de recursos em face do acórdão principal indica que a via recursal não é utilizada pela ANTT para resistir ao controle prévio. O conteúdo das deliberações expedidas no acórdão principal é, portanto, admitido pela Agência, que não trava discussões de mérito quanto aos acórdãos.

Concluiu-se, nesse sentido, que o mecanismo central de enfrentamento ao controle prévio utilizado pela Agência é o

descumprimento das deliberações, posteriormente à prolação do acórdão principal. As características e tendências desse descumprimento de deliberações já se encontram acima delimitadas.

A postura geral da Agência, todavia, é de admissão do controle prévio e incorporação da grande maioria das decisões da Corte, sem grandes embates, até mesmo com relação às recomendações. A dinâmica existente entre controlador e regulador é, portanto, pouco litigiosa, tendendo a Agência a amplamente admitir a participação e interferência do Tribunal na estruturação de seus projetos concessórios.

Do ponto de vista qualitativo, a análise da postura do TCU no controle sobre inovações regulatórias da ANTT revelou que o controle do Tribunal sobre tais mecanismos é intenso e frequente, porém tende a sofrer atenuações com o passar do tempo. Foi identificado que, após o TCU se defrontar múltiplas vezes com a inovação, surge certo discurso de deferência no Plenário da Corte, que passa a rechaçar as propostas de encaminhamento da AudRodoviaAviação, atenuando a intensidade do controle.

Todavia, apesar de ser identificada uma curva de aprendizado do controle, em termos de deferência, não chega a Corte ao ponto de adotar uma postura e um discurso de absoluta deferência à Agência. Em todos os casos, ainda que o Plenário “freie” a intensidade do controle com o tempo, nota-se que a Corte segue expedindo deliberações à Agência no sentido de interferir na modelagem do mecanismo contratual, ainda que em caráter recomendativo¹⁰⁹. Considera-se, portanto, confirmada a hipótese de pesquisa nº 3, ressalvadas as nuances descritas.

¹⁰⁹ Tendo em vista o dado (revelado por esta pesquisa) de que a Agência incorpora a grande maioria das recomendações do TCU aos seus projetos, o fato de a Corte, com o tempo, passar a expedir recomendações referentes às inovações contratuais, não pode ser interpretado como uma postura de absoluta deferência ou não intervenção. Isso porque a postura da ANTT é de permitir que as concessões sejam consideravelmente permeáveis a ambas as espécies de deliberação do TCU.

A análise dos dois casos de controle sobre inovações contratuais revela que o controle prévio do TCU sobre tais mecanismos pode ser exercido em duas principais dimensões. Em uma primeira dimensão, o TCU exerce poder de veto com relação ao mecanismo contratual, barrando sua implementação. Trata-se de dimensão observada, de maneiras distintas, em ambos os casos analisados. Com relação ao verificador independente, de início, houve um veto absoluto por parte da Corte, enquanto que, no caso dos *dispute boards*, a utilização do mecanismo foi barrada até sua regulamentação pela Agência, em uma espécie de “veto condicional”.

Em uma segunda dimensão, a Corte atua como efetivo agente modelador do mecanismo, isto é, admitindo sua previsão, porém interferindo altamente em sua modelagem jurídica, impondo uma série de condicionantes para a sua adequada implementação. Trata-se de dimensão evidente no caso dos verificadores independentes, em que a Corte, apesar de admitir sua previsão, praticamente reescreve as cláusulas referentes ao mecanismo, ordenando a inserção de uma série de previsões contratuais para mitigar os perigos identificados.

Destaca-se, além do mais, que restou evidente a existência de uma dinâmica interna de enfrentamento entre Unidade Técnica e Plenário do Tribunal. Com relação ao controle sobre inovações, o Plenário não se limita a reproduzir as propostas da AudRodoviaAviação, atuando, na realidade, como temperador do controle, demonstrando ser mais deferente às escolhas regulatórias da Agência e mais sensível aos seus obstáculos e dificuldades reais. É possível que essa dinâmica seja reproduzida em uma série de outros contextos de atuação do TCU, o que pode ser melhor investigado por pesquisas futuras.

Ainda com relação ao controle de inovações, constatou-se que, em alguns casos, o TCU acaba por suplantar indevidamente escolhas regulatórias legítimas e discricionárias. Tanto no caso dos *dispute boards* quanto dos verificadores independentes, a fundamentação dos votos do Min. Relator indica que a expedição de determinações à Agência nem

sempre é balizada por critérios de legalidade, o que contraria o desenho constitucional das atribuições do TCU.

Em alguns casos, por discordâncias quanto à legitimidade, eficiência e economicidade dos mecanismos contratuais, foram praticados atos de comando pelo TCU, tendo sido impostas relevantes modificações na modelagem dos projetos. No acórdão 4036/2020-Pln., por exemplo, o Min. Relator, de maneira expressa, sustenta que a figura do verificador independente é problemática e deve ser completamente vetada, ainda que observados os requisitos legais.

Reputa-se disfuncional um controle prévio de projetos de concessão que sirva de instrumento para a expedição, à Agência, de ordens não balizadas por parâmetros de legalidade. Se, como exposto no capítulo teórico, o próprio exercício do controle prévio de editais já é controvertido do ponto de vista jurídico, o seu exercício em desconformidade com as previsões do art. 71 da CRFB é ainda mais problemático, acabando por confundir definitivamente as funções de regulador e controlador no contexto dos processos de desestatização.

6. REFERÊNCIAS

6.1. Bibliografia

BARBOSA, Bianca Rocha. **O controle do TCU sobre minutas de editais de licitação em concessões de serviço público federais: um estudo sobre a impossibilidade jurídica dessa atuação.** Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da UFMG, 2023. Belo Horizonte. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1843/54595>

BOGÉA, Daniel; ROSILHO, André Janjácomo; JORDÃO, Eduardo. **De onde vem o 'poder' do TCU para barrar desestatizações?** Jota, 02/02/2022. Disponível em: <https://www.jota.info/colunas/controle-publico/de-onde-vem-o-poder-do-tcu-para-barrar-desestatizacoes>. Acesso em: 21/11/2025.

BOGÉA, Daniel. **TCU como adversário ou amigo na governança pública: O tribunal de contas ocupa um lugar peculiar na governança ao construir seu próprio poder de veto.** Jota, 17/11/2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/tcu-amigo-adversario-governanca-publica>. Acesso em: 23/11/2025.

BRAGA, André de Castro O. P.. **O Tribunal de Contas da União inibe inovações em concessões públicas?** Dissertação de Mestrado. Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da FGV-RJ, 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/13470>

CABRAL, Flávio Garcia. **Como o Tribunal de Contas da União tem se comportado ao longo da Constituição de 1988?** A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 161-183, jul./set. 2021

DANTAS, Bruno. **O risco de “infantilizar” a gestão pública.** O Globo, Rio de Janeiro, 6 jan. 2018. Disponível em:

<https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>. Acesso em: 20/11/2025

DEPINÉ, Flávia Della Coletta. **Concessão de rodovias: modalidades e formas de remuneração do concessionário**. Mestrado em Direito Administrativo, PUC-SP. São Paulo, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 38 ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2025.

DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. Revista dos Tribunais, 2ª edição revista, atualizada e ampliada, 2022.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. **O Soberano da Regulação: O TCU e a Infraestrutura**. São Paulo: Editora Singular, 2020.

FONSECA, Isabella Félix. **A instrução Normativa 81/2018 do TCU: a consolidação das instruções relativas aos procedimentos de desestatização**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 136, junho de 2018, disponível em www.justen.com.br/informativo. Acesso em 17/05/2025.

JORDÃO, Eduardo. **A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador?** - Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 12, nº 47, p. 209-230, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: (concessões, parcerias, permissões e autorizações)**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia; ROSILHO, André Janjácomo. **A institucionalidade do consenso no TCU**. Jota, 16/10/2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/a-institucionalidade-do-consenso-no-tcu>. Acesso em 06/09/2025.

ROSILHO, André Janjácomo. **Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União**. 2016. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. doi:10.11606/T.2.2017.tde-08022017-165131. Acesso em: 30/04/2025.

ROSILHO, André Janjácomo; BRAGA, André de Castro O. P. **Diálogo prévio com o controle: Cavalo de Troia na gestão pública**. Centro de Debate de Políticas Públicas, 2022. Disponível em: <https://cdpp.org.br/2022/08/08/dialogo-previo-com-o-controle-cavalo-de-troia-na-gestao-publica/>. Acesso em 18/05/2025.

SUNDFELD, Carlos Ari e ARRUDA, Jacintho Câmara. **Competências de controle dos Tribunais de Contas - possibilidades e limites**. RDA - Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 257, p. 111-144, maio/ago. 2011.

RAMALHO, Dimas Eduardo. **Controle Externo Preventivo: Exame Prévio de Edital permite que Tribunal de Contas atue antes de falhas e fraudes em licitações**. Artigo - Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), 2021.

VILELLA, Mariana; DIAS, Marcelo Baretto Corrêa. **STF e a jurisdição do TCU sobre particulares**. Jota, 21/02/2024. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/stf-e-a-jurisdiacao-do-tcu-sobre-particulares>. Acesso em 06/09/2025.

FUNDAÇÃO TIDE SETÚBAL. **O fenômeno do apagão das canetas: Efeitos da dinâmica do controle para servidores e para políticas públicas de áreas-fim**. São Paulo, 2024.

6.2. Acórdãos

6.2.1. Acórdãos referenciados

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 547.063/RJ. Primeira Turma, Relator Ministro Menezes Direito. Brasília, DF, 07/10/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 597/2004. Plenário, Relator Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, DF, 09/04/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2466/2013. Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes. Brasília, DF, 11/09/2013.

6.2.1. Acórdãos objeto da análise empírica

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2195/2019. Plenário, Relatora Ministra Ana Arraes. Brasília, DF, 11/09/2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2472/2020. Plenário, Relator Ministro Walton Rodrigues. Brasília, DF, 16/09/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 4036. Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo. Brasília, DF, 08/12/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 4037. Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 08/12/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1766. Plenário, Relator Ministro Walton Rodrigues. Brasília, DF, 28/07/2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1769/2021. Plenário, Relator Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, DF, 28/07/2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2021/2021. Plenário, Relator Ministro Jorge Oliveira. Brasília, DF, 25/08/2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3136/2021. Plenário, Relator Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, DF, 15/12/2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 571/2022. Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo. Brasília, DF, 23/03/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1115/2022. Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 25/05/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1574/2022. Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo. Brasília, DF, 06/07/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2204/2022. Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 05/10/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2379/2022. Plenário, Relator Ministro Walton Rodrigues. Brasília, DF, 26/10/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1142/2023. Plenário, Relator Ministro Antônio Anastasia. Brasília, DF, 07/06/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1281/2023. Plenário, Relator Ministro Walton Alencar. Brasília, DF, 28/06/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1387/2023. Plenário, Relator Ministro Antonio Anastasia. Brasília, DF, 05/07/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2031/2023. Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo. Brasília, DF, 04/10/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2208/2023. Plenário, Relator Ministro Jorge Oliveira. Brasília, DF, 01/11/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2434/2023. Plenário, Relator Ministro Antonio Anastasia. Brasília, DF, 29/11/2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 71/2024. Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF, 24/01/2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 762/2024. Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz. Brasília, DF, 17/04/2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 768/2024. Plenário, Relator Ministro Antonio Anastasia. Brasília, DF, 17/04/2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1373/2024. Plenário, Relator Ministro Jhonatan de Jesus. Brasília, DF, 10/07/2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1592/2024. Plenário, Relator Ministro Walton Rodrigues. Brasília, DF, 07/08/2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2464/2024. Plenário, Relator Ministro Walton Rodrigues. Brasília, DF, 27/11/2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 228/2025. Plenário, Relator Ministro Jhonatan de Jesus. Brasília, DF, 05/02/2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 686/2025. Plenário, Relator Ministro Walton Rodrigues. Brasília, DF, 02/04/2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1177/2025. Plenário, Relator Ministro Walton Rodrigues. Brasília, DF, 28/05/2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1711/2025. Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes. Brasília, DF, 30/07/2025.