

# **V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

## **PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I**

**CELSO HIROSHI IOCOHAMA**

**SÍLZIA ALVES CARVALHO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Celso Hiroshi Iocohama; Sílzia Alves Carvalho – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-462-4

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Efetividade da justiça. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

---

### **Apresentação**

O Grupo de Trabalhos apresentados tem dezesseis artigos que tratam a respeito de temáticas atuais e instigantes, cuja a abordagem perpassa desde problemas relacionados ao direito do consumidor até as questões da prestação jurisdicional no âmbito da internet. A sistemática da apresentação consistiu em realizar discussões com os autores, considerando a apresentação de cada grupo de 4 trabalhos.

Os conflitos decorrentes das relações de consumo foram tratados especificamente em três trabalhos, com enfoques peculiares. Inicialmente as características da hipervulnerabilidade do consumidor foi apresentada sob o prisma econômico e da expansão da judicialização, considerando a atuação dos Juizados Especiais Cíveis. A reparação do consumidor por desvio de bagagem em viagem internacional e sua regulação por meio de Convenção internacional é estudada a partir da não incidência do CDC, observando-se, entretanto, que o STF entendeu que no caso de seguradora que aciona a companhia aérea por dano, fundada no CC/02, deve ser aplicada a lei brasileira. Entendendo-se a eficiência da jurisdição como a diminuição da taxa de congestionamento, é proposta a criação de critério de definição para um frame work baseado na jurimetria como o meio de identificação de métricas que possibilitem a racionalização das ações consumeristas. Desse modo, é proposta uma possível solução para o problema das lides temerárias, e dos super endividados. Nesse contexto, a efetividade da justiça nas relações de consumo é tratada como a necessidade do Poder Judiciário assegurar o acesso à justiça, por meio da resolução adequada, equânime e célere dos conflitos jurídicos consumeristas.

As questões de processo foram abordadas de forma mais direta em sete artigos, desde a questão da estabilização da tutela antecipada antecedente, até o problema dos precedentes judiciais quanto ao dever de coerência e integridade à luz da teoria dworkiniana. A mudança na ratio decidendi nos julgamentos quanto a recuperação judicial do produtor rural foi tratada, tendo em vista a evolução jurisprudencial ao aplicar o princípio da preservação da empresa, não sendo a constituição da pessoa jurídica uma condição.

O problema do regime da coisa julgada na nova lei de improbidade administrativa é objeto de estudo, observando a questão da insuficiência de provas, da extinção do processo sem julgamento de mérito e da autoriza para que a ação seja proposta novamente, considerando a coisa julgada secundum eventum litis ou secundum eventum probationis. Sobre as provas,

apresenta-se a discussão a respeito do suporte teórico para a validade da prova produzida no ambiente virtual, considerados que os critérios de segurança são totalmente controlados pelo Estado na sistemática atual.

Quanto ao sistema processual, também foi apresentada a questão da tríplice proteção processual do meio ambiente, desenvolvida a partir da análise exploratória, com enfoque no art. 225, par. 3º CF88, na Lei 9.605 – Lei dos crimes ambientais e no art. 927 do CC/02. Conclui-se pelo cabimento responsabilidade subjetiva, considerando-se, portanto, a culpa. CC /02, art. 927. Conclui-se pelo cabimento da Ação Civil Pública, da Ação Popular (preventiva) e do Mandado de Segurança Coletivo. O estudo dos processos estruturais e sua evolução no controle de políticas públicas sob a perspectiva crítica da intervenção do Poder Judiciário nesse campo é interessante, observando que referido instrumento processual está em desuso em outros países, como nos EUA desde 2004..

O enfoque da jurisdição administrativa é realizado por meio de investigação empírica da análise de acórdão do TCU, concluindo-se a priori que o mesmo foi deferente ao texto do STF em relação à definição de sua competência. Os casos da Eletrobras e Petrobras, sob o ponto de vista do problema do controle das SPEs no âmbito da administração pública, é estudado a partir da necessidade de coibir as deficiências no controle. Neste sentido, entende-se como essenciais a previsão e aplicação do controle preventivo e do TCU. Ainda quanto à jurisdição, estuda-se os conflitos transnacionais decorrentes do uso da internet, Tal pesquisa é desenvolvida considerando três partes: 1 – princípio da soberania (jurisdição estatal), 2 – ordenamento jurídico brasileiro e regulação nacional da internet. 3 – as dificuldades detectadas para a efetividade da prestação judiciária.

A avaliação da PGE/PR quanto a arguição preliminar de ausência de interesse processual em cobranças judiciais de honorários de dativos, levou a proposta de uma análise jurídica acerca dessa possibilidade, sendo entendido que o interesse processual no caso, e, o direito ao acesso à justiça não são soberanos, podendo ser restringidos em casos de abuso. A questão da tutela jurisdicional diferenciada é objeto de estudo sob o prisma do problema do acesso a justiça, a partir dos seguintes aspectos: 1 – insuficiência do modelo processual (conflitos individuais); 2 – principiologia do mecanismo diferenciado; 3 – premissas consensuais diferenciadas; situações jurídicas; 4 – litigância repetitiva, litigância de massa.

Considerando-se a efetividade da justiça, é tratada a viabilidade jurídica de delegação de atos processuais a notários e registradores. São destacadas as características do serviço extrajudicial e sua aptidão como substituto jurisdicional. neste sentido a Lei 11.441/2007 indica a tendência ao aumento da extrajudicialização, concluindo-se que não há função

jurisdicional específica para os cartorários, neste sentido há o controle do poder judiciário sobre seus atos.

Estes trabalhos apresentam uma amostragem da consistência das pesquisas a respeito da prestação jurisdicional, do acesso e da efetividade da justiça no Brasil atualmente. Seus referenciais metodológicos e teóricos demonstram o grau de complexidade e cientificidade com que os problemas objeto de estudo foram estudados. Desse modo, são estudos que contribuem significativamente para o desenvolvimento do sistema de justiça no Brasil.

Por derradeiro, prestam-se os agradecimentos a todos que contribuíram para esta importante realização do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), da UFMS – Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul e da Universidade Presbiteriana Mackenzie e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea, compartilhando suas pesquisas e reflexões.

24 de junho de 2022.

Professora Dra. Sílzia Alves Carvalho

Docente do PPGD da Universidade Federal de Goiás

[silzia.ac@gmail.com](mailto:silzia.ac@gmail.com)

Professor Dr. Celso Hiroshi Iocohama

Docente da Graduação e do Mestrado em Direito Processual e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR

[celso@prof.unipar.br](mailto:celso@prof.unipar.br)

## **O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA DO TCU NO CONTROLE DAS ESTATAIS**

### **THE EXERCISE OF THE ADMINISTRATIVE JURISDICTION OF THE TCU IN THE CONTROL OF STATE-OWNED COMPANIES**

**Pedro Burdman da Fontoura**

#### **Resumo**

O artigo busca discutir o exercício da jurisdição administrativa do TCU no controle das estatais, em especial das sociedades de propósito específico. O tema é abordado através de análise doutrinária, jurisprudencial e empírica, sendo também realizada uma análise da jurisdição administrativa do TCU, em especial suas competências constitucionais, legais e infralegais, tendo em vista o papel fundamental desempenhado pela Corte de Contas no exercício do controle.

**Palavras-chave:** Jurisdição, Administrativa, Tcu, Estatais, Controle

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The article seeks to discuss the exercise of the administrative jurisdiction of the TCU in the control of state-owned companies, especially special purpose companies. The subject is approached through doctrinal, jurisprudential and empirical analysis, and an analysis of the administrative jurisdiction of the TCU is also carried out, in particular its constitutional, legal and infralegal competences, in view of the fundamental role played by the Court of Auditors in the exercise of control.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Jurisdiction, Administrative, Tcu, State-owned, Control

## 1 INTRODUÇÃO

Os muitos esquemas de corrupção encontrados no âmbito das estatais federais nas últimas décadas foram e são objeto de muita preocupação, tanto pelo cidadão comum quanto pelas autoridades envolvidas em sua prevenção e repressão.

Muitas dessas atividades delitivas foram realizadas no âmbito de sociedades de propósito específico (SPE) de estatais federais, tendo sua prática sido facilitada, em grande parte, por ineficiências nos mecanismos de controle.

Neste trabalho, pretende-se responder a seguinte pergunta: tem o Poder Executivo Federal submetido as SPE, entidades utilizadas para a maior intervenção estatal na economia, a mecanismos de controle adequados?

Parte-se da hipótese de que o Poder Executivo está fazendo uso da criação de SPE por estatais já existentes para expandir a intervenção estatal na economia, sem que haja a sua posterior submissão a mecanismos eficazes de controle.

O tema será abordado através de análise doutrinária, jurisprudencial e empírica, de modo a se responder o problema de pesquisa adequadamente. Além disso, será apresentada uma proposta de solução para o problema apontado. Antes, contudo, será realizada análise da jurisdição administrativa do TCU, em especial suas competências constitucionais, legais e infralegais, tendo em vista o papel fundamental desempenhado pela Corte de Contas no exercício do controle.

## 2 A JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA DO TCU: COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E INFRALEGAIS

O Tribunal de Contas da União, de acordo com o texto da Constituição Federal de 1988, foi criado para ostentar o *status* de auxiliar do Poder Legislativo, quando da execução de suas atribuições na qualidade de órgão de controle externo. Dessa forma, através do exercício de suas competências constitucionais próprias, a Corte de Contas tem um papel instrumental essencial para o desempenho do papel fiscalizador empreendido pelo Congresso Nacional. Para concretizar esse propósito, os artigos 33, §2<sup>o</sup>, 70, 71<sup>2</sup>, 72, §1<sup>o</sup>, 74, §2<sup>o</sup> e 161, parágrafo único<sup>5</sup> da CRFB/88, elencam as competências da Corte de Contas<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> “Art. 33. §2º As contas do Governo do Território serão submetidas ao Congresso Nacional, com parecer prévio do Tribunal de Contas da União”.

<sup>2</sup> “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

Essas prerrogativas, titularizadas pelo TCU e, com base no princípio do paralelismo, pelos tribunais de contas estaduais e municipais, são taxativas e, nas palavras de Mourão, Ferreira e Piancastelli (2017, p. 109) “não podem ser reduzidas ou ampliadas pelo legislador infraconstitucional, sob pena de inconstitucionalidade”. No entanto, mesmo diante dessa aparente limitação, o Tribunal buscou ampliar sua esfera de atuação<sup>7</sup> através da edição de sua Lei Orgânica.

Esse movimento pode ser facilmente identificado a partir da análise do extenso rol de competências previsto no artigo 1º da Lei nº 8.443/1992, do qual destaca-se, nos termos do inciso XVII, sua jurisdição para:

[...] decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares

---

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

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

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”.

<sup>3</sup> “Art. 72. §1º Não prestados os esclarecimentos, ou considerados estes insuficientes, a Comissão solicitará ao Tribunal pronunciamento conclusivo sobre a matéria, no prazo de trinta dias”.

<sup>4</sup> “Art. 74. §2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”.

<sup>5</sup> “Art. 161. Parágrafo único. O Tribunal de Contas da União efetuará o cálculo das quotas referentes aos fundos de participação a que alude o inciso II”.

<sup>6</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Conheça o TCU**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

<sup>7</sup> “[A]quilo que não lograra inserir no texto constitucional durante a Assembleia Nacional Constituinte, o Tribunal buscou por meio de sua Lei Orgânica”. (DUTRA; REIS, 2020).



concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno.

Tal dispositivo, complementado pelo §2º do mesmo artigo, indica que a resposta à consulta “tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto”. Assim, segundo Fernandes (2016): “o que se espera de uma consulta, ao ser respondida, é que solucione a dúvida ocorrente e sirva de orientação para o consulente e para todos aqueles que enfrentem caso similar”.

O artigo, no entanto, não estabeleceu: (i) quais são os agentes legitimados para a apresentação dos referidos questionamentos; (ii) quais competências titularizadas por esses agentes devem ser aferidas, quando da instauração do processo; e, ainda, (iii) o procedimento que deverá ser observado pelas autoridades competentes para que a consulta seja conhecida pelo Tribunal.

Dessa forma, coube à própria Corte de Contas, à qual foi delegada a atribuição de regulamentar o aludido dispositivo legal, a previsão, em seu Regimento Interno, do procedimento desse tipo de processo, em seus artigos 264 e 265. Enquanto o primeiro artigo indica quais são os agentes legitimados para a apresentação de consultas, bem como os requisitos formais que devem ser observados por tais autoridades para que o processo seja conhecido<sup>8</sup>, o segundo prescreve sob que condições o processo não será conhecido e a consulta será arquivada.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Regimento Interno do TCU: “Art. 264. O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades:

I – presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal;

II – Procurador-Geral da República;

III – Advogado-Geral da União;

IV – presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas;

V – presidentes de tribunais superiores;

VI – ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente;

VII – comandantes das Forças Armadas.

§ 1º As consultas devem conter a indicação precisa do seu objeto, ser formuladas articuladamente e instruídas, sempre que possível, com parecer do órgão de assistência técnica ou jurídica da autoridade consulente.

§ 2º Cumulativamente com os requisitos do parágrafo anterior, as autoridades referidas nos incisos IV, V, VI e VII deverão demonstrar a pertinência temática da consulta às respectivas áreas de atribuição das instituições que representam.

§ 3º A resposta à consulta a que se refere este artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

§ 4º A decisão sobre processo de consulta somente será tomada se presentes na sessão pelo menos sete ministros, incluindo ministros-substitutos convocados, além do Presidente”.

<sup>9</sup> Regimento Interno do TCU: “Art. 265. O relator ou o Tribunal não conhecerá de consulta que não atenda aos requisitos do artigo anterior ou verse apenas sobre caso concreto, devendo o processo ser arquivado após comunicação ao consulente”.

Portanto, é possível extrair a partir do cotejo do texto constitucional com a Lei Orgânica do TCU, complementada pelo seu Regimento Interno, que a CRFB/88 não conferiu ao Tribunal de Contas da União o poder para editar atos normativos, consubstanciados nos acórdãos proferidos quando do julgamento das Consultas. Segundo Rosilho (2016, p. 121):

A Constituição de 1988 nada disse sobre a competência em comento, que, em síntese, se refere à possibilidade de o Tribunal editar atos normativos federais (não singulares ou individualizados e que atingem a uma comunidade de sujeitos) e abstratos (não concretos, que descrevem situações hipotéticas e passíveis de se repetirem não futuro). Foi a LOTCU a responsável por expressamente dotar o Tribunal de competência normativa, viabilizando que ela fosse concretamente desempenhada por meio de dois instrumentos distintos: edição de regulamentos (art. 3º) e respostas a consultas (arts. 1º, XVII).

Desse modo, a partir da Lei nº 8.443/1992 e do Regimento Interno do TCU, é possível concluir que esse tipo de processo consiste em um prejudgamento da tese<sup>10</sup>, que objetiva sanar uma dúvida, de uma das autoridades legitimadas, quanto à aplicabilidade de um determinado dispositivo legal, sobre o qual o Tribunal de Contas da União possui competência em razão da matéria e sobre o qual o entendimento da Corte servirá de diretriz para a atuação de toda a Administração Pública.<sup>11</sup>

Quanto a esse ponto, destaca-se que a previsão dessa competência – que, ressalta-se, não foi conferida pelo texto constitucional –, por meio de uma lei federal, complementada por uma norma infralegal, é muito criticável.

De início, é possível observar que, mesmo após a edição do Regimento Interno do Tribunal, que teria a finalidade de densificar o texto de sua Lei Orgânica, alguns aspectos essenciais, para o desempenho dessa atividade “*judgadora*” e “*normativa*” não foram estabelecidos. Nesse sentido, novamente, segundo Rosilho (2016, p. 133):

A despeito de o RITCU ter suprido a vagueza da LOTCU acerca dos sujeitos que poderiam consultar a Corte de Contas (lembre-se que a lei se limita a usar a expressão “autoridade competente”, sem defini-la), ele **não criou limites materiais claros às respostas a consultas, não instituiu um procedimento a ser seguido pelo TCU para a elaboração ou revisão de respostas a consultas** (como fez em

<sup>10</sup> “É dizer, as respostas do TCU a consultas têm força normativa, à semelhança das leis. Vinculam os jurisdicionados sob pena de multa ou julgamento pela irregularidade de suas contas, além de outras sanções previstas na Lei 8.443/92”. (ARAÚJO, 2013, p. 137).

<sup>11</sup> Do mesmo modo, o próprio TCU, através de seu portal assim conceitua as Consultas: “O TCU pode ser questionado, por exemplo, sobre o entendimento que possui em relação a um determinado normativo. A consulta deverá ser realizada sempre em tese e nunca poderá versar sobre o caso concreto e a resposta do TCU valerá para toda a Administração Pública”. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Você sabe como o TCU atua e que impactos podem resultar de seus processos? **Secom TCU**, 21 jul. 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-sabe-como-o-tcu-atua-e-que-impactos-podem-resultar-de-seus-processos.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2021).

relação à edição de atos regulamentares), **tampouco disciplinou os efeitos que respostas a consultas** (ou a revisão de respostas a consultas) poderiam ter sobre os jurisdicionados. (grifos nossos)

Essa omissão legislativa e regulamentar é capaz de gerar, portanto, o efeito reverso daquele esperado quando da criação desse instrumento: diante da ausência da definição dos limites para as respostas às consultas, e, ainda, da inexistência de um procedimento prévio que discipline o processo de elaboração desses acórdãos, cria-se um ambiente de grande insegurança jurídica para os administrados. Constata-se a ausência de qualquer garantia de estabilidade das referidas decisões e a transferência, para o Tribunal, de competências originalmente conferidas à Administração Pública.<sup>12</sup>

Para além disso, a partir da leitura dos dispositivos indicados, é possível extrair que a Corte de Contas, por meio desse instrumento, é capaz de exercer, cumulativamente, os papéis desempenhados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário. Isso porque, enquanto a decisão proferida pelo Tribunal, em sede de consulta, é capaz de resolver, pontualmente, uma controvérsia relativa à aplicabilidade de uma norma – competência detida pelo Poder Judiciário –, esta decisão, por ter caráter normativo, também passa a representar um verdadeiro comando legal, ao qual as demais entidades da Administração Pública devem ser deferentes – evidente competência típica do Poder Legislativo.

No entanto, essa competência, de caráter *sui generis*, foi atribuída ao TCU a partir de atos editados pelo próprio Tribunal, em um verdadeiro exercício de auto atribuição de competências. Esse comportamento traz consigo evidentes riscos, uma vez que a densificação de tais atribuições, empreendida pelo próprio Tribunal, facilita e incentiva a extrapolação de seus poderes regulamentares e, conseqüentemente, a expansão de suas competências.

Assim, diante da particularidade do instrumento, que representa, por si só, uma ampliação dos poderes conferidos ao Tribunal para aferir a legalidade, legitimidade e economicidade da gestão dos recursos públicos, resta evidente o grande poder e relevância da atuação da Corte de Contas no exercício do controle.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> “O instrumento, tal como imaginado pela LOTCU, contém em si o potencial de gerar efeitos exatamente opostos ao desejado pelo legislador (dar mais conforto e segurança aos jurisdicionados ao viabilizar a consolidação de entendimentos gerais sobre a aplicação de normas legais e regulamentares conectadas à sua esfera de atuação). Afirma-se isso por conta da combinação legal de amplo estímulo à formulação de consultas e da ausência de procedimentos, critérios e parâmetros para a formulação de respostas ao Tribunal. A lei, assim como em relação ao poder regulamentar, deixou obscura a necessidade de o TCU, ao responder a consultas (agindo, portanto, na condição de “regulador”), ter de arcar com os ônus correspondentes (ônus do regulador)”. (ROSILHO, 2016, p. 131).

<sup>13</sup> De acordo com Rosilho (2016), Carlos Maurício Lociks de Araújo, em artigo no qual se propôs a verificar a existência de uma espécie de ativismo judicial do TCU em respostas a consultas, elencou um caso relativo a

Assentada a ideia da ampla competência do Tribunal de Contas no exercício do controle, fato que vem acompanhado de grandes poderes e instrumentos adequados ao seu exercício, passa-se a avaliar a intervenção estatal na economia e a necessidade de que esse processo seja devidamente controlado.

### 3 A FORTE INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

O Estado brasileiro já contou com mais de seiscentas empresas estatais apenas no âmbito federal. Mais recentemente, esse número foi reduzido a pouco mais de cento e cinquenta (IGLESIAS; MARINI, 2017). Apesar desse sensível decréscimo, a exploração de atividade econômica pelo Estado não parece ter sido reduzida na mesma proporção, sendo certo que o orçamento anual das remanescentes gira em torno de 1,2 trilhão de reais (IGLESIAS; MARINI, 2017).

A forte presença do Estado brasileiro na economia remonta há mais de dois séculos atrás, com a criação do Banco do Brasil em 1808, a primeira sociedade de economia mista do país. Após as duas grandes guerras, a atuação empresarial do Estado experimentou grande desenvolvimento (MENDONÇA, 2014, p. 186).

Sérgio Guerra (2017, p. 144) pontua que a “[o] quadro de forte centralização do poder nas mãos do Chefe do Poder Executivo só foi modestamente mitigado no Brasil com a implantação, parcial, do modelo de agências reguladoras”. Como bem ressalta o autor, houve mera mitigação, e não superação, da já tradicional concentração de poder pelo Executivo.

Nessa linha, a Constituição restringe as situações em que é lícito ao Estado atuar como empresário. Essas hipóteses (segurança nacional e relevante interesse coletivo) são materializadas via conceitos jurídicos indeterminados, cujo conteúdo precisa ser bem definido e trabalhado em prévia lei autorizativa, em respeito ao próprio texto constitucional.

Ressalta-se aqui a posição de Marcos Juruena, que reputa constitucional a delegação de lei para que decreto do Poder Executivo determine discricionariamente o melhor momento

---

aferição da correta interpretação do art. 27, IV, e do art. 55, XIII, ambos da lei 8.666/93 (Lei de Licitações). Esses dispositivos dizem, em síntese, que “que o licitante deve demonstrar a sua regularidade fiscal e trabalhista na fase de habilitação do certame e, se contratado, deve manter, durante toda a execução do contrato, todas as condições de habilitação exigidas no edital”. Com base nessas normas, o TCU firmou o entendimento de que *todos os pagamentos aos contratados* deveriam ser precedidos da conferência de regularidade fiscal e trabalhista do contratado (Decisão 705/1994-TCU-Plenário e Acórdão 837/2008-TCU-Plenário). Como corretamente aponta Carlos de Araújo, “não há disposição legal que imponha a forma como esse controle deve ser exercido nem quanto à possibilidade de retenção de pagamentos após a prestação do serviço, caso não se comprove a regularidade fiscal do contratado”. Com base nesse diagnóstico, argumentou que o TCU, nesse caso em específico, teria extrapolado os limites legais definidos para a matéria, “impondo

para a privatização de determinada estatal, desde que haja a prévia autorização legal para a alienação, já que exigência idêntica existe para a criação (SOUTO, 2004, p. 51).

Quando atua diretamente na economia, o Estado presta a atividade econômica sem excluir a iniciativa privada e sem titularizar a atividade. Em outros termos, essas atividades também podem ser exploradas pela iniciativa privada por direito próprio. O interesse perseguido pelo Estado quando explora atividade econômica é de cunho fiscal ou estratégico (ARAGÃO, 2007, p. 178-179).

O Poder Executivo Federal vem se utilizando da criação de subsidiárias, de SPE e da participação acionária em empresas privadas para incrementar sua intervenção no setor econômico. Os casos paradigmáticos da Eletrobras e da Petrobras, que evidenciam esse processo, serão abordados mais adiante.

A empresa subsidiária é aquela que “pode ser constituída, mediante escritura pública, tendo como única acionista sociedade brasileira”.<sup>14</sup> A subsidiária integral constitui uma sociedade unipessoal e tem como único acionista uma sociedade brasileira. Além disso, a sociedade controladora deve deter todas as ações de emissão da controlada para que ela possa ser definida como subsidiária integral (EIZIRIK, 2011, p. 387).

Já a SPE não é um novo tipo societário, mas sim uma sociedade empresária com um único objeto social. Pode ser instituída sob qualquer roupagem societária (CARVALHO FILHO, 2015, p. 444-445), mas sempre com um objeto social único, de implantar e gerir determinado projeto (OLIVEIRA, 2013, p. 180).

O objeto da SPE deve ser necessariamente específico e determinado. Além disso, é vedada a participação de SPE em outra sociedade. Seu prazo de duração deve ser determinado, tendo por limite o término da consecução de seu objeto social específico (PEREIRA, 2016).

As parcerias entre o público e o privado surgiram com a intenção de remediar a crise das finanças públicas e o empobrecimento do Estado, sendo necessários recursos privados para financiar a produção de equipamentos públicos (CHEVALLIER, 2009, p. 113). No entanto, há fortes indícios no sentido de que as regras para a boa utilização dessas necessárias parcerias como ferramenta de intervenção na economia têm sido ignoradas.

Ressalta-se, contudo, que não se questiona aqui a possibilidade de intervenção estatal no setor econômico. No entanto, sua atuação indiscriminada e sem controle como forma de

---

obrigações não previstas pelo legislador” – afinal, indaga o autor, “Não seria admissível que o gestor público conferisse a regularidade fiscal periodicamente, porém sem fazê-lo necessariamente a cada pagamento?”.

<sup>14</sup> Artigo 251, *caput*, Lei nº 6.404/1976.

expansão da participação estatal na economia denota um claro descumprimento aos requisitos constitucionais que regem a atuação do Estado neste campo.

É preciso ter em mente que o próprio modelo constitucional de intervenção vem sendo questionado pela doutrina, que determina que a intervenção do Estado na economia deve ser subsidiária e a mais reduzida possível, com a conseqüente condenação de qualquer interferência injustificada (TORRES, 2001, p. 156).

No mesmo sentido, pode-se assentar que no sistema capitalista a atividade econômica é desenvolvida no regime de livre iniciativa, que estabelece um limite em função do qual a ação do Estado será excepcional, inibidora ou concorrente das empresas privadas, de modo a atribuir esse papel ao planejamento econômico, elaborado de forma democrática (SOUTO, 2002, p. 100).

Assim, não se defende o retorno do primado da lei, um dos principais aspectos do constitucionalismo do século XVIII na França. Nesse período, de proeminência absoluta do Poder Legislativo, a lei era considerada intocável (GUERRA, 2015, p. 39-40). No entanto, exige-se o respeito às normas constitucionais, que determinam que o trato do dinheiro público deve ser submetido a mecanismos adequados de fiscalização.

#### **4 OS SÉRIOS PROBLEMAS DE GOVERNANÇA DAS SPE ESTATAIS**

Visto o contexto em que se discute uma maior ou menor intervenção do Estado na economia, passa-se à análise dos mecanismos de controle a que são submetidas as SPE após sua criação.

Aqui, aborda-se a hipótese supracitada de que as SPE não são submetidas a mecanismos prévios eficazes de controle. Para análise do tema, utiliza-se primordialmente estudos elaborados pelo TCU, assim como pela CGU, no âmbito de duas das principais estatais federais, a Eletrobras e a Petrobras.

##### **4.1 CASO ELETROBRAS**

O artigo 74, II, da Constituição Federal, prevê que cabe ao sistema de controle interno “comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal [...]”.

Em decorrência dessa atribuição constitucional, a CGU realizou trabalho de avaliação dos resultados da gestão no Grupo Eletrobras.<sup>15</sup> Com base nele, pode-se apontar os sérios problemas de governança nas SPE do Sistema Eletrobras.

O objetivo do trabalho da CGU foi de avaliar o papel da Eletrobras como holding, na seleção, condução, acompanhamento e controle dos negócios das empresas do Grupo realizados em parceria com empresas privadas e como parceira pública, na gestão dos empreendimentos de geração e transmissão no exterior já implantados por meio de SPE.

O estudo deixa claro que a expansão do setor elétrico nacional tem se realizado primordialmente por intermédio de investimentos feitos em parcerias entre empresas controladas pelo Poder Público e companhias privadas, que, a partir do conceito de projetos estruturados de financiamento (“*project finance*”), constituem SPE, geralmente sob a forma de sociedades anônimas, para construir e operar novos ativos de geração e transmissão de energia elétrica.

No caso específico das empresas do Grupo Eletrobras, que desempenham um expressivo papel na expansão do setor elétrico nacional, tem-se observado uma atuação predominantemente pautada em participações por intermédio de SPE, cuja quantidade vem crescendo de forma intensa nos últimos anos. Atualmente, o grupo possui 154 SPE, sendo que no período de quatro anos (2011 a 2014) houve um crescimento de 69,71% no volume total investido nesse tipo de empreendimento em parceria com a iniciativa privada.

Por outro lado, o modelo de gestão e governança desse tipo de parceria é novo e abrange certas peculiaridades, pouco conhecidas e avaliadas no setor público. Nesse sentido, os mecanismos de planejamento, gestão e controle utilizados pela estatal em relação aos empreendimentos estruturados sob a forma de SPE precisam ser capazes de contribuir para o alcance dos objetivos desse novo modelo de expansão, garantindo sua eficácia, eficiência e efetividade.

Nessa linha, o Plano Diretor de Negócios e Gestão 2015-2019 (“Plano”) definiu, no que se refere à gestão das parcerias público privadas, o estabelecimento de diretrizes de governança para as SPE e outras participações acionárias e a definição e implantação de um modelo de gestão unificada para as SPE.

---

<sup>15</sup> CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU). **Relatório CGU nº 201505919**. Antes disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/>>, porém fora do sítio eletrônico da CGU desde, pelo menos, o mês de dezembro de 2018. Acesso em: 12 set. 2018.

Segundo o Plano, as estratégias definidas objetivam aperfeiçoar as práticas de governança corporativa na gestão das SPE e outras participações acionárias, bem como proporcionar maior rentabilidade e competitividade nos negócios.

A preocupação do Grupo com as estratégias de associação com o setor privado tem origem em dois fatores: o primeiro, a baixa rentabilidade dos empreendimentos, inferior à taxa de rentabilidade mínima para leilões de geração e transmissão; e o segundo, o resultado de fiscalizações pretéritas do Tribunal de Contas da União, da Controladoria Geral da União e da Auditoria Interna da Eletrobras, nas quais foi apontada, em uníssono, a falta de diretriz centralizada sobre os negócios envolvendo SPE e os consequentes riscos de tal deficiência.

Ante a falta de uniformidade quanto aos padrões mínimos a serem perseguidos nos negócios, a holding instituiu um grupo de trabalho para o aprimoramento dos modelos de governança e gestão para as empresas Eletrobras que possuem SPE, denominado GT de SPE.

Criado em 28.06.2013, por meio da resolução RES-DEE-447/2013, o Grupo de Trabalho constatou que o processo de acompanhamento não estruturado e a indefinição do papel da holding e das empresas Eletrobras dificultam o acesso, o compartilhamento e o monitoramento das informações.

Após diagnóstico da situação, o trabalho culminou com a elaboração do “Manual das SPE”, publicado em 22.04.2015, que traz o mapeamento dos processos de gestão das parcerias, desde a concepção dos empreendimentos até sua operação. O documento contém ainda diretrizes, normas gerais e modelos padrão de instrumentos vinculativos.

O TCU também enfrentou a questão e analisou em tomada de contas o supracitado Manual das SPE elaborado pela Eletrobras<sup>16</sup>, que “contém as principais atividades e práticas para o desenvolvimento de parcerias em SPE que agreguem valor para as empresas Eletrobras e aperfeiçoem o seu modelo de gestão”.

O julgado foi o resultado da apreciação de auditoria operacional conduzida pela Secretaria de Controle Externo da Administração Indireta no Rio de Janeiro (SecexEstataisRJ) em Furnas Centrais Elétricas S.A., subsidiária da Eletrobras, com o objetivo de avaliar os instrumentos e mecanismos de planejamento, gestão e controle utilizados pela estatal para garantir o alcance dos objetivos e dos resultados dos empreendimentos estruturados sob a forma de SPE.

---

<sup>16</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). TC 033.696/2015-2. Relator: Min. Vital do Rêgo. Julgamento: 10/08/2016. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/data/files/0A/53/2A/8C/C0A765105F3FD1652A2818A8/033.696%20Eletrobras.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2018.



Os achados de auditoria consignados pela equipe de fiscalização constataram a inexistência de orientação geral com diretrizes e normas formalizadas sobre gestão de SPE emanada pela controladora (Eletrobras); a ausência de política ou norma formalmente instituída sobre o processo de seleção de parceiros para as SPE; a insuficiência de regras sobre os processos de seleção e avaliação de desempenho dos representantes de Furnas nas SPE (conselheiros de administração e fiscais); a fragilidade das estruturas internas de governança corporativa no âmbito das SPE; a falta de regulamentação e controle para os casos de SPE em que os sócios de Furnas atuam também como fornecedores; e, por fim, a acentuada perda de rentabilidade em projetos associados a SPE.

O relator registrou que, após a conclusão da auditoria, a Eletrobras publicou seu Manual de SPE. Com isso, considerou que parte das necessidades identificadas pela equipe de fiscalização havia sido suprida mediante a edição do manual, restando, contudo, aprofundar sua análise em confronto com os achados da auditoria, a fim de verificar se ainda há matérias que não foram contempladas. Também determinou que o acompanhamento pela unidade técnica da implementação das medidas constantes naquele normativo, para verificar se as regras nele estabelecidas serão realmente colocadas em prática.

No relatório da auditoria realizada em Furnas, o TCU havia registrado a necessidade de que a estatal desenvolvesse sistemas informatizados relacionados ao processo de acompanhamento e controle do desempenho das SPE de que participa. Outro ponto registrado pela unidade técnica quando da auditoria operacional foi a ausência de política ou norma formalmente instituída sobre o processo de seleção de parceiros para a formação das SPE. Ficou consignado que o Manual não apresenta o nível de detalhamento adequado quanto a esse ponto, fazendo-se oportuno, então, recomendar à Eletrobras que oriente suas subsidiárias que participam em SPE a elaborarem e a implementarem normas próprias e detalhadas no que tange ao processo de seleção de parceiros. A auditoria operacional detectou, também, a inexistência de conselho fiscal e de comitê de auditoria nas SPE das quais Furnas participa, o que contraria princípios básicos de boa governança corporativa.

Quanto às parcerias constituídas anteriormente à vigência do Manual, o TCU recomendou à Eletrobras que, em conjunto com suas subsidiárias, elabore plano de ação e oriente seus representantes nas SPE a solicitarem aos presidentes dos respectivos conselhos de administração a convocação de assembleia geral para a instalação de conselho fiscal e de comitê de auditoria.

#### 4.2 CASO PETROBRAS

Em setembro de 2016, o TCU prolatou acórdão em que aborda o problema da ausência de políticas e orientações corporativas em relação à constituição de SPE pela Petrobras.<sup>17</sup> Foi constatado que a Petrobras desenvolvia projetos de parcerias operacionais com agentes financeiros nacionais e internacionais e com empresas do setor de petróleo e de energia com o objetivo de viabilizar os investimentos necessários nas áreas de negócio em que atuava.

Os projetos estruturados eram viabilizados por meio de SPE, cujas atividades eram, na essência, controladas pela Petrobras, em razão dos compromissos contratuais com transferência de benefícios, riscos e controles assumidos e, ao término de cada contrato, a Petrobras tinha o direito de exercer a opção de compra dos ativos ou a totalidade das ações ordinárias das SPE.

Desde o final da década de 90, a empresa utiliza o modelo de SPE para o desenvolvimento de seus projetos de E&P (exploração e produção), transporte de gás e refino, tais como: Marlim (1999), Cabiúnas (2000), Espadarte-Voador-Marimbá (2000), Barracuda/Caratinga (2000), Albacora Japão (2000), Albacora Petros (2001), Nova Marlim (2001), Pargo-Carapeba-Garoupa-CherneCongro (2002), Projeto Malhas (2002), Projeto Urucu-Manaus (2004), Marlim Leste (2004), Mexilhão (2005) e REVAP (2006). A Petrobras chegou a controlar dezenove SPE.

Quando questionada pelo TCU acerca da existência de políticas ou orientações internas em relação à constituição e extinção de SPE, a Petrobras ressaltou que não havia qualquer regulamento interno que dite ou discipline diretrizes para tanto.

O Tribunal, então, concluiu pela necessidade de a Petrobras possuir políticas e orientações corporativas em relação à constituição e extinção de SPE, de modo a evitar conflitos de interesse, bem como para que tais normas contribuam com a melhoria e a transparência da gestão. A decisão da Corte, portanto, está alinhada com aquela prolatada em relação à Eletrobras, e evidencia que o problema não é restrito apenas a uma estatal federal.

Em atendimento à determinação do Tribunal de Contas, a Petrobras divulgou, em 29.10.2018, as novas medidas de controle interno que foram tomadas para aprimorar a prevenção e o combate à corrupção, quais sejam: colaborar ativamente com as investigações; responsáveis por irregularidades foram punidos e estão respondendo na Justiça; recuperaram mais de R\$ 3 bilhões do dinheiro desviado; criaram um canal de denúncias independente;

---

<sup>17</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). TC 009.044/2016-7. Relator: Min. José Múcio Monteiro. Julgamento: 28/09/2016. Disponível em:

contrataram especialistas reconhecidos pelo combate à corrupção; tornaram mais rigorosos o controle e a prevenção; nenhum executivo contrata mais nada sozinho; todo fornecedor passa por uma análise de integridade para fazer negócios com a empresa; e contam com alta liderança mais técnica e respeitada pelo mercado.<sup>18</sup>

Ainda é cedo para avaliar com exatidão os resultados da nova política de controle interno da Petrobras. No entanto, o mero fato de haver uma política interna de controle, respaldada por instituições externas especializadas, já demonstra uma grande evolução em comparação ao passado recente da empresa.

## 5 AS CONSEQUÊNCIAS DE UM CONTROLE INSUFICIENTE E UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO

A expansão das estatais fora das regras constitucionais e os fracos mecanismos de controle da intervenção estatal na economia trouxeram sérios reflexos na seara criminal. Veja-se o caso paradigmático do Grupo Eletrobras.

O conjunto de empresas do Grupo, com patrimônio superior a R\$ 60 bilhões, está sob investigação por iniciativa coordenada entre o Ministério Público Federal, o Tribunal de Contas da União e a Polícia Federal (CASADO, 2015).

Antes dessa iniciativa, as SPE da estatal não haviam sido alvo de qualquer tipo de fiscalização criminal por parte de órgãos federais de controle, a despeito de concentrarem uma fatia de 46% do investimento total do grupo Eletrobras e somarem R\$ 13,2 bilhões em negócios na órbita de quatro das subsidiárias da estatal – Eletronorte, Chesf, Eletrosul e Furnas (CASADO, 2015).

Em algumas delas, a maior parte do capital e dos investimentos teve origem nos cofres públicos – não apenas via grupo Eletrobras, mas também por empresas como Banco do Brasil, Cemig, Vale e BNDESPar e respectivos fundos de pensão. É o caso da SPE Norte Energia, responsável pela construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte e que tem dois terços do capital aportados por empresas estatais e seus fundos de pensão, além de R\$ 22,5 bilhões em créditos do BNDES, 68% do total de financiamentos (CASADO, 2015).

---

<<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2577C651101577CB62AD078B0&inline=1>>. Acesso em: 12 set. 2018.

<sup>18</sup> PETROBRAS. Conheça nossas 10 principais ações anticorrupção. **Fatos e Dados**, 29 out. 2018. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados/conheca-nossas-10-principais-aco-es-anticorruptcao.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

Instado a se manifestar sobre o caso, o TCU considerou muito expressivo o aumento de custos dessa usina, que passou da previsão inicial de R\$ 19 bilhões para R\$ 33 bilhões, tudo isso com apenas 64% de suas obras executadas (CASADO, 2015).

Conforme já exposto neste trabalho, os auditores observaram que as subsidiárias da Eletrobras e respectivos fundos de pensão não possuíam regras de controle sobre suas SPE. Na auditoria, foi comprovada a existência de esquemas de corrupção, com propinas e sobrepreços de várias empresas envolvidas na Operação Lava-Jato e contratadas por essas SPE (CASADO, 2015).

Já a Petrobras criou “empresas de papel” para construir e operar a rede de gasodutos Gasene, conforme constatação da Agência Nacional de Petróleo (ANP) reproduzida numa auditoria sigilosa do TCU. O trecho do empreendimento fica na Bahia e, de acordo com técnicos do tribunal, teve os custos superfaturados em mais de 1.800% (SASSINE, 2015).

Além disso, um suposto laranja figuraria à frente da empresa, responsável por investimentos de R\$ 6,3 bilhões, o que apenas corrobora o aspecto de fachada do empreendimento - uma SPE com capital privado, administrada por uma empresa chinesa contratada sem licitação e com comprovados gastos públicos, conforme a auditoria (SASSINE, 2015).

A auditoria do TCU foi feita no trecho mais longo do projeto. Além de superfaturamento, os técnicos apontaram dispensa ilegal de licitação, inexistência de projeto básico e pagamento sem a prestação do serviço (SASSINE, 2015).

Outro ponto facilitador de corrupção a ser destacado é a ausência de competição para a escolha dos parceiros privados com quem as estatais vão constituir as SPE. Se não há a exigência de licitação para a constituição da sociedade, interesses escusos podem sobressair ao interesse público quando da escolha do parceiro privado.

A despeito de não serem os únicos, os casos da Eletrobras e Petrobras podem ser utilizados como paradigmas para evidenciar a gravidade das consequências da ausência de controle efetivo sobre as SPE, tanto em sua constituição quanto em sua atuação prática.

Os graves crimes cometidos no âmbito das SPE dessas estatais foram facilitados pela não aplicação de mecanismos de controle. A atuação institucional dos órgãos policiais e do Ministério Público não é desenhada para a prevenção de crimes, mas sim para sua repressão. Além disso, a despeito de ser essencial, a efetiva implementação de mecanismos internos de controle não pode ser o único instrumento existente para evitar a prática de crimes.

A solução para a questão já está na Constituição. O artigo 70, parágrafo único, do texto constitucional, prevê que “[p]restará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública

ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda [...]”.

As SPE estatais são pessoas jurídicas de direito privado que fazem ou podem fazer uso, gerenciar e administrar dinheiros, bens e valores públicos pelos quais a União, na condição de controladora das estatais principais, responda.

Tendo em vista o caráter dinâmico dos investimentos praticados pela SPE, a mera possibilidade de enquadramento no permissivo constitucional já é suficiente para gerar o poder-dever do TCU de controlar as contas das SPE estatais federais. Nesses termos, a mera possibilidade de aportes do Tesouro Nacional nessas sociedades, como muitas vezes faz a União via BNDES, atrai a necessidade de controle prévio pela Corte de Contas.

O somatório de mecanismos internos de controle com o poder-dever de atuação do TCU sobre as SPE representa o binômio necessário para, com total respeito às instituições e à Constituição, prevenir adequadamente a prática de crimes no âmbito das SPE. Essas sociedades terão a oportunidade de elaborar e implementar mecanismos internos adequados para seu controle e também serão submetidas à fiscalização do Tribunal de Contas.

## **6 CONCLUSÃO**

Os graves crimes cometidos no âmbito das SPE da Eletrobras e Petrobras foram facilitados pela não aplicação de mecanismos adequados de controle. A atuação institucional do Ministério Público e dos órgãos policiais não é desenhada para a prevenção de crimes, mas sim para sua repressão.

Nesse sentido, são essenciais a previsão e efetiva implementação de mecanismos internos de controle que evitem a prática de atos criminosos. Assim, devem as SPE ser submetidas a mecanismos internos de controle preventivo, o que, em conjunto com o controle de contas a ser realizado pelo Tribunal de Contas da União, torna a fiscalização muito mais efetiva.

Conclui-se, portanto, que o Poder Executivo Federal tem utilizado as SPE para uma maior intervenção estatal na economia, sem, contudo, submetê-las a mecanismos de controle adequados. É somente com a criação e implementação de mecanismos internos de controle, em conjunto com a atuação preventiva do TCU, que as SPE poderão atingir um nível de governança adequado, de modo a prevenir a prática de quaisquer malfeitos.

## **7 REFERÊNCIAS**

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAÚJO, Carlos Maurício Lociks de. **A (in) segurança jurídica no Tribunal de Contas da União**. 188f. Dissertação (Mestrado) – Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASADO, José. Lava-Jato investiga Eletrobras e 15 empresas do setor elétrico. **O Globo**, 29 jul. 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/lava-jato-investiga-eletobras-15-empresas-do-setor-eletrico-17001095>>. Acesso em: 12 set. 2018.

CHEVALLIER, Jacques. **O estado pós-moderno**. Tradução de Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU). **Relatório CGU nº 201505919**. Antes disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/>>, porém fora do sítio eletrônico da CGU desde, pelo menos, o mês de dezembro de 2018. Acesso em: 12 set. 2018.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A comentada**: art. 189 a 300. São Paulo: Quartier, 2011. v. 3.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

GUERRA, Sérgio. Separação de poderes, executivo unitário e estado administrativo no Brasil. **Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 123-152, ago. 2017.

IGLESIAS, Simone Preissler; MARINI, Luisa. The End Is Near for Brazil's Bureaucratic Utopia. **Bloomberg**, 26 set. 2017. Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-09-26/fat-cat-bureaucrats-in-brasilia-see-betrayal-as-austerity-looms>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

MENDONÇA, José Vicente. **Direito constitucional econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MOURÃO, Licurgo; FERREIRA, Diogo Ribeiro; PIANCASTELLI, Sílvia Motta. **Controle democrático da administração pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Método, 2013.

PEREIRA, Anna Christina Jimenez. As regras para a sociedade de propósito específico. **Consultor Jurídico**, 26 nov. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-nov-26/anna-pereira-regras-proposito-especifico-sao-retrocesso>>. Acesso em: 28 mar. 2022.

PETROBRAS. Conheça nossas 10 principais ações anticorrupção. **Fatos e Dados**, 29 out. 2018. Disponível em: <<http://www.petrobras.com.br/fatos-e-dados/conheca-nossas-10-principais-acoes-anticorruptao.htm>>. Acesso em: 11 dez. 2018.

ROSILHO, Andre Janjacom. Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União. 2016. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

SASSINE, Vinicius. Petrobras criou empresa de fachada para construir gasoduto bilionário. **O Globo**, 04 jan. 2015. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/petrobras-criou-empresa-de-fachada-para-construir-gasoduto-bilionario-14961447>>. Acesso em: 12 set. 2018.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TORRES, Silvia Faber. **Princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). **Conheça o TCU**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/>>. Acesso em: 20 abr. 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Regimento Interno do TCU. **Boletim do Tribunal de Contas da União**, Brasília, v. 37, n. 24, 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). TC 033.696/2015-2. Relator: Min. Vital do Rêgo. Julgamento: 10/08/2016. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/data/files/0A/53/2A/8C/C0A765105F3FD1652A2818A8/033.696%20Eletrobras.pdf>>. Acesso em: 12 set. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). TC 009.044/2016-7. Relator: Min. José Múcio Monteiro. Julgamento: 28/09/2016. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A2577C651101577CB62AD078B0&inline=1>>. Acesso em: 12 set. 2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). Você sabe como o TCU atua e que impactos podem resultar de seus processos? **Secom TCU**, 21 jul. 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-sabe-como-o-tcu-atua-e-que-impactos-podem-resultar-de-seus-processos.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2021.