

GRUPO PÚBLICO

Observatório do TCU

Julgamentos de março e abril de 2018

Sumário

2. TCU E A GESTÃO PÚBLICA	3
A - Muitas decisões, menos segurança jurídica?	3
B - Custos e benefícios do controle: o caso da desoneração da folha de pagamentos .	6
C - Racionalismo e incrementalismo no TCU: o caso dos cartões de combustível ...	17
3. TCU E REGULADORES EM PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO	21
A - No setor petrolífero, blocos devem ser licitados em separado ou em conjunto? .	21
B - O TCU como <i>meta-regulador</i>	26
4. TCU E SUA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA	27
A - A atividade sancionatória deve levar em conta a realidade da gestão pública? ...	27
B - Acordo de leniência e a aplicação de sanções pelo TCU	30
5. TCU E OS LIMITES DE SUAS COMPETÊNCIAS	36
A - Auditorias, em sentido estrito, podem contribuir para a boa gestão pública.....	36
B - Qual é o critério do TCU para decretar a indisponibilidade de bens de contratados pela administração?	40

1. INTRODUÇÃO¹

O presente artigo reúne análises de relevantes decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União – TCU ao longo dos meses de março e abril de 2018.

A primeira parte contém três tópicos e enfoca a relação entre TCU e gestão pública. O primeiro tópico aborda as dificuldades enfrentadas pelo Tribunal em face do acúmulo de suas próprias decisões, analisando caso em que o TCU, apesar dos indícios de que mudaria o sentido de sua jurisprudência, resolveu manter o sentido geral de suas decisões anteriores. O segundo analisa custos, nem sempre aparentes, criados por decisões de órgãos de controle para a administração. O debate é feito a partir de caso sobre a desoneração da folha de pagamentos. O terceiro analisa decisão da Corte de Contas a partir das perspectivas do racionalismo e incrementalismo, buscando apontar potenciais influências do Tribunal no comportamento de gestores públicos.

A segunda parte do artigo, composta por dois tópicos, trata da atuação do TCU em processos de desestatização, destacando a relação da Corte de Contas com reguladores. O primeiro tópico aprecia caso no qual o Tribunal parece ter usado seu poder cautelar para vetar decisão da administração da qual discordava, no âmbito de desestatização no setor petrolífero. O segundo tópico sugere, a partir de caso específico, a assunção, pelo TCU, de um papel de “meta-regulador”.

A terceira parte do artigo, que, por sua vez, se subdivide em dois tópicos, trata da atividade sancionadora do TCU. O primeiro tópico demonstra que os novos dispositivos acrescentados à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB pela Lei 13.655/2018 reflete boas práticas já adotadas pelo Tribunal. O caso que conduz a esse entendimento envolve decisão do TCU de não penalizar administradores por descumprimento de ordens do Tribunal em razão do seu caráter genérico e abrangente e das limitações concretamente enfrentadas pelo gestor. O segundo tópico analisa acórdão que versou sobre acordos de leniência, destacando os principais entendimentos da Corte de Contas acerca do instituto.

¹ Participaram da elaboração do artigo: André Braga; André Rosilho; Arthur Guedes; Conrado Tristão; Daniel Bogéa; Gilberto Gomes; Gustavo Maia Pereira; Julia Lillo; Matheus de Paula; e Yasser Gabriel.

A quarta parte do artigo compreende dois tópicos voltados a analisar possibilidades e limites de controle do TCU. O primeiro trata da competência da Corte de Contas para levantar dados e produzir informações, analisando caso no qual o Tribunal fez uso de tal poder para reunir dados relativos à governança pública. O segundo procura extrair da jurisprudência do TCU critérios para a decretação da indisponibilidade de bens de particulares contratados pela administração.

2. TCU E A GESTÃO PÚBLICA

A - Muitas decisões, menos segurança jurídica?

É possível conhecer todas as decisões do TCU sobre licitações e contratos administrativos? A pergunta é retórica, pois a grande quantidade de decisões afasta qualquer chance de resposta positiva.

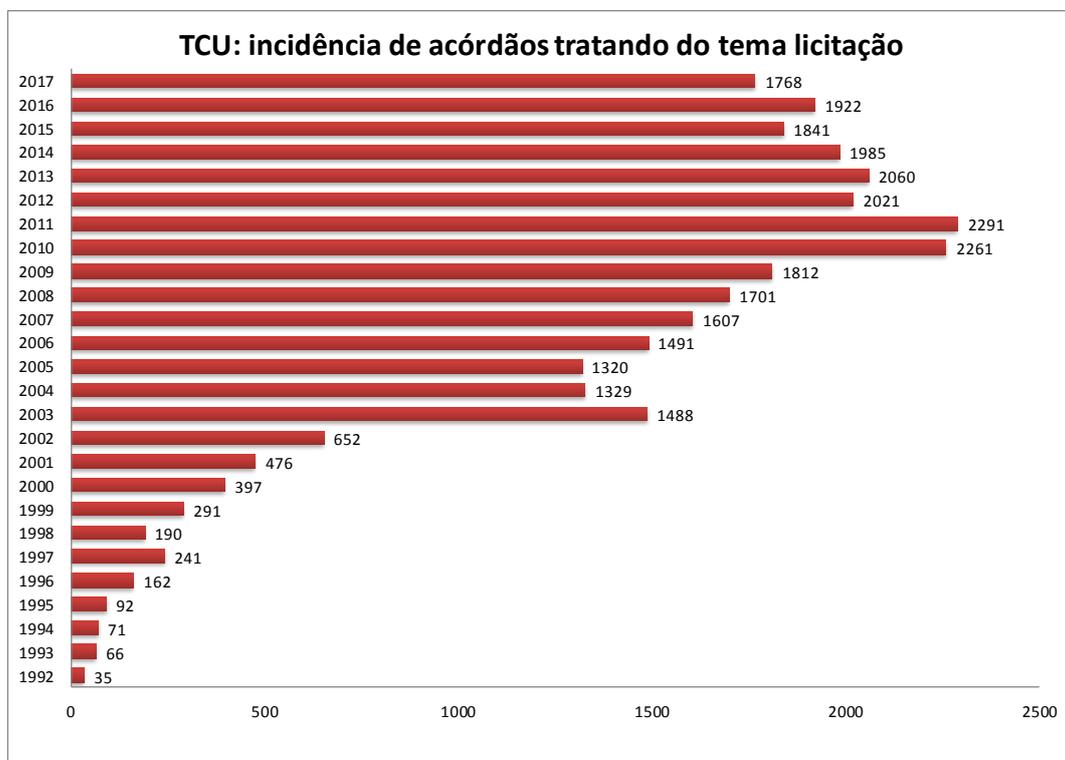
Entre 2008 e 2017, o Plenário e as duas Câmaras do TCU prolataram 204.286 acórdãos.² Embora o Tribunal não classifique, em seus relatórios anuais de atividades, a natureza dos assuntos tratados em cada um deles, algumas evidências indicam que a quantidade de decisões específicas sobre licitações e contratos administrativos cresceu de maneira significativa em tempos recentes.

De 1992 até 2017, os colegiados do TCU emitiram 29.570 acórdãos em que apareciam as palavras “licitação” ou “licitações” – média de 1.134 acórdãos por ano.³ O gráfico abaixo mostra a evolução dos números.⁴

² Dados obtidos a partir dos Relatórios Anuais de Atividades do TCU. Disponíveis em: <<http://portal.tcu.gov.br/transparencia/relatorios/relatorios-de-atividades/>>.

³ A título de comparação, utilizando os mesmos critérios de pesquisa, vê-se que o Superior Tribunal de Justiça tratou bem menos do assunto: 3.366 acórdãos prolatados no mesmo período — o que representa 11,4% do volume do TCU.

⁴ Dados obtidos no sistema de busca de jurisprudência na página eletrônica do TCU. Na pesquisa, foram utilizados os termos de busca “licitação ou licitações”, filtrando-se os resultados obtidos a fim de identificar somente as decisões do tipo “acórdão”.



Fonte: Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp.

Obviamente, decidir grande quantidade de casos envolvendo licitações e contratos administrativos não é, em si, um problema. Pode inclusive ser sinônimo de produtividade e zelo com a coisa pública. O desafio está na necessidade de organizar tais decisões num todo coerente, que seja capaz de gerar previsibilidade e pautar a conduta futura dos gestores públicos. Parece razoável dizer que a maximização dos efeitos preventivos e prospectivos da atuação do controle tem o potencial de contribuir para transmudar o TCU em um Tribunal que ajude a administração pública a implementar uma cultura de novas e boas práticas.

De maneira louvável, há tempos o TCU adota medidas para dar publicidade a seus julgados e entendimentos. Além de disponibilizá-los na internet, por meio de um sistema de buscas bastante eficiente, o TCU publica periodicamente Boletins de Jurisprudência⁵ e Informativos de Licitações e Contratos,⁶ que reúnem as orientações

⁵ Disponíveis em: <<http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/>>.

mais importantes e recentes sobre o tema. Também merece menção o Manual de Licitações e Contratos⁷, editado pelo TCU em 2010. Apesar de ser um guia para o gestor público que precisa praticar atos em processos de licitação ou contratação direta, está defasado e é de difícil consulta por conta da sua forma e volume.

Apesar desses esforços, o grande volume de informações e orientações geradas pelo TCU sobre licitações e contratos administrativos ainda detém, aparentemente, o potencial de gerar dificuldades — inclusive para os próprios auditores e ministros do Tribunal.

É a conclusão a que se chega por meio da leitura do Acórdão 433/2018 – Plenário, julgado em 7 de março de 2018. O que ocorreu?

A empresa Trivale Administração Ltda. requereu ao TCU, em novembro de 2017, a suspensão cautelar de pregão realizado pelo Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 3ª Região (Crefito-3), que tinha por objetivo a contratação de empresa para o fornecimento de vale refeição, num valor estimado de R\$ 1,6 milhão. De acordo com a Trivale, o Crefito-3 havia adotado, no edital, regra de qualificação técnica que restringia indevidamente a competição entre os licitantes, ao prever que empresas com atuação exclusiva no setor de vale alimentação não poderiam participar da disputa.

O TCU deu razão à empresa e suspendeu o andamento do pregão (Acórdão 56/2018 – Plenário, julgado em 17 de janeiro de 2018). Motivo: os serviços de fornecimento de vale refeição e vale alimentação seriam similares. Logo, o Crefito-3 também deveria ter considerado tecnicamente aptas, para participar da licitação, as empresas com experiência anterior no ramo de vale alimentação.

O Tribunal mudou seu entendimento cerca de dois meses depois, revogando a medida cautelar e, no mérito, decidindo pela regularidade da licitação (Acórdão 433/2018 – Plenário). Na nova decisão, a unidade técnica e o ministro relator defenderam que, na verdade, existiriam justificativas razoáveis para diferenciar o fornecimento de vale refeição e vale alimentação, em especial o fato de que os dois serviços dependeriam de redes credenciadas distintas para atendimento aos usuários.

⁶ Disponíveis em: <<http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos.htm>>.

⁷ Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/licitacoes-e-contratos-4-edicao.htm>>.

O interessante é notar que o fundamento que levou à revogação da medida cautelar — o de que é juridicamente possível restringir a participação de fornecedores de vale alimentação em licitações para a contratação do serviço de vale refeição — já havia sido utilizado em pelo menos três julgados anteriores do TCU,⁸ fato que foi apontado pelo Crefito-3 em oitava promovida somente após a suspensão do pregão.

Há duas maneiras de interpretar o que ocorreu no momento do deferimento da medida cautelar: ou o TCU resolveu desconsiderar sua própria jurisprudência, sem uma justificativa expressa; ou o Tribunal não notou que a concessão da medida cautelar feria precedentes consolidados sobre o assunto.

Tendo em vista que o fundamento principal da segunda decisão (serviços de vale refeição e vale alimentação não são similares) é mera negação do fundamento da primeira decisão (serviços são similares), não trazendo novas questões de fato ou de direito relevantes, fica-se com a impressão de que o Tribunal simplesmente negligenciou a existência dos julgados anteriores.

De qualquer forma, nas duas hipóteses, o resultado é insegurança jurídica. Mas não só: em razão da suspensão do pregão pelo TCU, o Crefito-3 promoveu a prorrogação excepcional de seu contrato de fornecimento de vale refeição, em condições aparentemente menos vantajosas se comparadas com as oferecidas na proposta vencedora do pregão.

Tudo o que vai acima parece ser fruto de um complexo emaranhado de precedentes sobre licitações e contratos administrativos, que pode resultar em incertezas, obstáculos burocráticos e prejuízos para controladores e controlados.⁹

B - Custos e benefícios do controle: o caso da desoneração da folha de pagamentos

O TCU se preocupa em calcular os benefícios de suas ações.¹⁰ O tema é recorrentemente mencionado em seus relatórios anuais de atividades. Em 2017, o TCU

⁸ Acórdão de Relação 2.356/2013 – Plenário, julgado em 4 de setembro de 2013; Acórdão 6.082/2016 – Primeira Câmara, julgado em 20 de setembro de 2016; e Acórdão de Relação 8.291/2017 – Segunda Câmara, julgado em 5 de setembro de 2017.

⁹ Para uma análise das dificuldades impostas aos administrados em decorrência da proliferação de regras, v. RUHL, J.B.; SALZMAN, James. Mozart and The Red Queen: The Problem of Regulatory Accretion in the Administrative State. *The Georgetown Law Journal*, v. 91, p. 757-850, 2003.

teria propiciado uma economia aos cofres públicos da ordem de R\$ 10,9 bilhões.¹¹ Como esse cálculo é feito?

A Portaria TCU 82/2012 traça balizas para a identificação, avaliação e registro dos benefícios das ações de controle externo do TCU. Trata-se, contudo, de norma com regramentos vagos, que não fixam metodologias específicas. Na verdade, tal mensuração é feita caso a caso pelo Tribunal, conforme a natureza da irregularidade identificada e o tipo de ação de controle executada.

Recentemente, por exemplo, o TCU entendeu haver irregularidades na revisão da tarifa básica do pedágio da rodovia BR 101.¹² Em razão disso, determinou à ANTT que realizasse novos estudos e retificasse a decisão tomada no processo de revisão tarifária. Segundo as estimativas feitas pela unidade técnica do TCU, a ANTT teria adotado metodologia financeira equivocada, superestimando o novo valor da tarifa, o que levaria, ao longo do contrato de concessão, a um prejuízo de cerca de R\$ 351 milhões ao conjunto de usuários da rodovia. Como o TCU supostamente impediu que o prejuízo se concretizasse, esse valor de R\$ 351 milhões foi considerado, pelo Tribunal, como indicador dos benefícios gerados por ele ao país.¹³

Embora necessária, a tentativa de quantificar os ganhos advindos das ações de controle do TCU está cercada de dificuldades. Isso porque as decisões do Tribunal podem trazer consequências indesejadas, inicialmente não previstas, capazes de transformar ações de controle aparentemente benéficas em fontes de custos e ineficiência para a administração pública.

Por exemplo, ao expedir determinações bem abertas, desprovidas de conteúdo claro *a priori* — como no caso da tarifa básica do pedágio da rodovia BR 101 (determinação para que fossem realizados “novos estudos”) — é possível que o TCU, ao invés de gerar benefícios, acabe apenas tornando o processo decisório mais complexo e moroso — e, por isso, mais custoso. Por que, antes de emitir uma

¹⁰ Talvez seja a própria Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) que dê ensejo a esse tipo de preocupação. O art. 93, por exemplo, parece sugerir que o custo do controle deva ser inferior ao “valor do ressarcimento”.

¹¹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório anual de atividades do TCU – 2017. Brasília, 2018, p. 8.

¹² Acórdão 290/2018 – Plenário, julgado em 21 de fevereiro de 2018.

¹³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório anual de atividades do TCU – 1º Trimestre de 2018. Brasília, p. 10.

determinação como essa, o TCU não optou por realizar uma discussão ampla e geral para analisar as variáveis envolvidas e conceber fórmulas adequadas? Esse outro modo de agir (preocupado com as consequências práticas da decisão) poderia conduzido a determinações mais concretas e de cumprimento mais simples e menos custoso.

É possível enxergar algumas dessas dificuldades e consequências indesejadas no processo que culminou, em 28 de março deste ano, no Acórdão 671/2018 – Plenário do TCU.¹⁴

Em agosto de 2011, o governo federal lançou o Plano Brasil Maior, política que tinha por objetivo incentivar a indústria e as exportações brasileiras, bem como incrementar a quantidade de empregos formais no país.

Uma das principais iniciativas do Plano Brasil Maior envolveu a criação — por meio da Medida Provisória 540/2011, posteriormente convertida na Lei 12.546/2011 — de novo regime tributário, que permitia às empresas de alguns setores optar pela incidência da contribuição previdenciária patronal sobre a receita bruta, e não mais sobre a folha de salários. Esse regime ficou conhecido como “desoneração da folha de pagamentos”. De início, apenas alguns setores foram beneficiados, como o de software e o de confecções. Mais tarde, outros setores foram contemplados, como alguns segmentos da construção civil. As empresas que optassem pela desoneração passariam a pagar uma alíquota de 1,5% a 2,5% da receita bruta, dependendo da atividade econômica desempenhada, em substituição ao pagamento de 20% sobre a folha de salários.

À época da instituição da desoneração, estudos do governo federal sugeriam que a nova política representaria uma perda de receita de R\$ 214 milhões em 2011 e de R\$ 1,4 bilhão em 2012.¹⁵ Ou seja: algumas empresas passariam a pagar menos tributos.

Diante desses fatos, em 2013 a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas do TCU (Selog) propôs uma representação¹⁶ ao Plenário do Tribunal, apontando para a possível existência de irregularidades em contratos administrativos firmados com empresas beneficiadas pela desoneração. Nesse amplo grupo de contratos,

¹⁴ O Acórdão 671/2018 foi emitido no Processo TC 013.515/2013-6.

¹⁵ Essas estimativas foram mencionadas na exposição de motivos da Medida Provisória 540, de 2 de agosto de 2011.

¹⁶ A legitimidade das unidades técnicas do próprio TCU para propor representações ao Plenário está prevista no art. 237, IV, do Regimento Interno do Tribunal.

estariam presentes, por exemplo, contratos de prestação de serviços de informática, *call center* e engenharia.

A Selog fundamentou a representação em dois argumentos principais.

Em primeiro lugar, invocou a obrigação legal de a administração pública revisar, para mais ou para menos, os preços de seus contratos sempre que estes fossem comprovadamente impactados pela criação, alteração ou extinção de um tributo ou encargo legal (art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993).

Como a desoneração da folha de pagamentos resulta numa carga tributária menor para certos prestadores de serviços ao poder público, a equação econômico-financeira dos respectivos contratos administrativos deveria ser reequilibrada, mediante a diminuição dos preços pagos pelos contratantes estatais.

Em segundo lugar, a Selog entendeu que uma atuação proativa do TCU se mostrava necessária porque existiriam indícios de que diversos entes públicos não estariam tomando providências para a revisão dos contratos impactados. A Selog chegou a essa conclusão após pesquisa com 11 unidades jurisdicionadas. Apenas uma delas informou ter tomado medidas para a revisão de contratos celebrados com empresas beneficiadas pela desoneração. As outras dez ou nada fizeram ou ainda estavam estudando a ação mais adequada.

O TCU, no Acórdão 2.859/2013 – Plenário, julgado em 23 de outubro de 2013, julgou procedente a representação da Selog, determinando em especial que órgãos e entidades públicas federais adotassem medidas para (i) a revisão dos contratos de prestação de serviços ainda vigentes, celebrados com empresas beneficiadas pelo novo regime, inclusive mediante a aplicação de efeitos retroativos desde a data de início da desoneração; e (ii) a obtenção, pela via administrativa, dos valores pagos a mais em relação a contratos de prestação de serviços já encerrados, também firmados com empresas beneficiadas pela desoneração.

Uma peculiaridade: o TCU não endereçou essas determinações diretamente a todos os órgãos e entidades públicas federais. Ele o fez por meio dos chamados “órgãos

governantes superiores”,¹⁷ cada um deles responsável por normatizar e fiscalizar a gestão dos recursos logísticos de um conjunto específico de organizações públicas.

Assim, em vez de expedir ordens sobre o assunto a cada empresa estatal federal, o TCU determinou ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Ministério do Planejamento (DEST) que o fizesse.

Na mesma linha, o TCU determinou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI) que encaminhassem orientações aos respectivos órgãos e entidades sob sua fiscalização.

O contexto demonstra que, embora não possua poderes normativos amplos, o TCU pode se valer, inclusive de ofício, de mecanismos que conferem considerável alcance a suas decisões, de modo a influenciar substancialmente a forma como o poder público federal faz a gestão de seus contratos.

No mesmo Acórdão 2.859/2013 – Plenário, o TCU tratou dos potenciais benefícios decorrentes de sua ação de controle. Conforme suas estimativas, o ressarcimento de “pagamentos indevidos” em virtude da não redução dos preços dos serviços desonerados poderia resultar em “benefícios impossíveis de serem financeiramente quantificados [naquele] momento, mas certamente na ordem de *centenas de milhões de reais*”.

A realidade, contudo, demonstrou ser mais complexa.

Após a decisão do TCU, surgiram dúvidas sobre a forma de mensurar corretamente a diminuição do montante de contribuições pagas pelas empresas beneficiadas pela desoneração. Particularmente espinhosa se mostrou a seguinte questão: se uma empresa exerce, ao mesmo tempo, atividades sujeitas e não sujeitas ao novo regime, como ela deve calcular o impacto da desoneração sobre o preço do serviço prestado? Como ela deve preencher a planilha de custos a ser apresentada ao poder público em processos licitatórios ou em processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro?

¹⁷ O conceito de “órgãos governantes superiores” aparece em outras decisões do TCU, como no Acórdão 2.308/2010 – Plenário, julgado em 08 de setembro de 2010, que trata de levantamento feito pela Corte de Contas sobre a governança de tecnologia da informação da administração pública federal.

Na tentativa de responder a essas perguntas, vários órgãos públicos emitiram pareceres jurídicos ou notas técnicas, como a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, a Coordenação-Geral Jurídica de Licitações, Contratos e Convênios da Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento e a Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Consultado a respeito, o Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União entendeu não ser competente para se manifestar.

As dúvidas chegaram à Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal da Advocacia-Geral da União, que em 2016 emitiu parecer a fim de uniformizar os entendimentos jurídicos espalhados pelo Poder Executivo Federal.¹⁸

Definir a metodologia e o procedimento mais adequados para a revisão dos contratos tornava-se ainda mais tortuoso em virtude das constantes alterações feitas no regime jurídico aplicável à desoneração. Originalmente, previu-se que ela duraria até dia 31 de dezembro de 2014; mais tarde, tornou-se válida por tempo indeterminado.¹⁹ Em relação a alguns setores econômicos, houve alteração das alíquotas incidentes sobre a receita bruta, o que significou, em alguns casos, o aumento do valor a ser pago por certas empresas.²⁰ De 2011 até hoje, a Lei 12.546/2011 foi modificada por nove medidas provisórias.²¹

Nesse cenário de instabilidade, caso o ente público quisesse cumprir à risca as determinações do TCU, provavelmente precisaria instaurar sucessivos processos administrativos para a revisão dos preços de um mesmo contrato.

¹⁸ Para uma descrição dos pareceres e notas técnicas mencionadas, ver: Parecer nº 011/2016 CPLC/DEPCONSU/PGF, elaborado pela Advocacia-Geral da União. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/38034130>>.

¹⁹ O prazo de 31 de dezembro de 2014 estava previsto na redação original dos artigos 7º e 8º da Lei 12.546/2011. O regime da desoneração passou a valer por prazo indeterminado após a edição da Medida Provisória 651, de 9 de julho de 2014, posteriormente convertida na Lei 13.043/2014, que alterou a Lei 12.546/2011.

²⁰ Inicialmente, em 2011, fixou-se uma alíquota de 2,5% sobre a receita bruta das empresas do setor de tecnologia da informação (art. 7º da Lei 12.546/2011, em sua redação original). Em 2015, por força da Lei 13.161/2015, tal alíquota subiu para 4,5%.

²¹ Medidas Provisórias 556/2011, 563/2012, 582/2012, 601/2012, 612/2013, 634/2013, 651/2014, 774/2017 e 794/2017.

Para o TCU, as diversas modificações no regime da desoneração não impediam a revisão dos contratos, que deveria ser feita mediante a “escorreita modulação temporal dos efeitos produzidos pela Lei 12.546/2011 e alterações posteriores sobre o assunto”.²²

Ao que tudo indica, os próprios particulares beneficiados pela desoneração tinham dificuldades em interpretar os detalhes da legislação. Prova disso é que a Receita Federal emitiu diversos pareceres sobre o assunto para responder a consultas formuladas por empresas.²³ Alguns entes públicos também relataram ao TCU que certas empresas não estavam seguras quanto à forma adequada de mensurar os ganhos com a desoneração.²⁴

Apesar de toda essa aparente complexidade, os destinatários das determinações previstas no Acórdão 2.859/2013 – Plenário buscaram cumpri-las, conforme constatado pelo TCU.²⁵

Os “órgãos governantes superiores” (CNJ, CNMP, DEST e SLTI) de fato expediram orientações às organizações públicas sob sua fiscalização, incentivando-as a adotar medidas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos afetados pela desoneração e para o ressarcimento de valores pagos a mais em contratos encerrados. A SLTI, por exemplo, publicou guia com orientações para a revisão dos contratos de prestação de serviços de tecnologia da informação.²⁶

Alguns entes criaram grupos de trabalho para estudar os impactos da desoneração em seus contratos. Foi o que fez o Senado Federal,²⁷ a Caixa Econômica

²² Acórdão 1.212/2014 – Plenário, julgado em 14 de maio de 2014.

²³ Ver, por exemplo: Solução de Consulta COSIT 20/2013 (publicada no DOU em 22/11/2013); Solução de Consulta COSIT 38/2013 (publicada no DOU em 06/12/2013); Solução de Consulta COSIT 78/2014 (publicada no DOU em 09/04/2014); Solução de Consulta COSIT 154/2015 (publicada no DOU em 01/07/2015).

²⁴ A Universidade Federal do Paraná informou ao TCU, em seu Relatório de Gestão de 2014, que “os servidores técnicos não tinham segurança e o conhecimento suficientes para os trabalhos, em função da complexidade dessas medidas legais, pois as próprias contratadas também tinham muitas dúvidas de como fazer as planilhas de cálculos demonstrativos”. O citado relatório está disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=52850945>>.

²⁵ Acórdão 1.212/2014 – Plenário, que teve por objeto o monitoramento das determinações do Acórdão 2.859/2013 – Plenário.

²⁶ O documento com orientações foi divulgado no portal eletrônico sobre compras públicas do governo federal. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/ROTEIRO-DAS-ORIENTACOES-A-SEREM-EXPEDIDAS-PELA-SLTI---Desoneracao-da-folha-de-pagamento.pdf>>.

²⁷ Informação mencionada no Acórdão 1.212/2014 – Plenário.

Federal,²⁸ a VALEC,²⁹ o CNJ,³⁰ a Companhia Docas do Estado de São Paulo,³¹ o Banco do Brasil,³² o Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos da Fundação Oswaldo Cruz,³³ o Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe,³⁴ o Banco do Nordeste,³⁵ entre outros.

O CNJ³⁶ e a Universidade Federal do Paraná³⁷ informaram ao TCU que a revisão dos contratos demandaria treinamento de servidores.

Litígios surgiram.

No âmbito administrativo, empresas manifestaram discordância em relação aos cálculos realizados pelo poder público nos processos de revisão.³⁸ Outras dificultaram a coleta de documentos e informações³⁹ ou se recusaram a assinar os respectivos termos aditivos.⁴⁰

²⁸ Informação mencionada no Acórdão 1.212/2014 – Plenário.

²⁹ Relatório de Gestão de 2014 elaborado pela VALEC, p. 155. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=53109992>>.

³⁰ Relatório de Gestão de 2014 elaborado pelo CNJ, p. 118. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=53209424>>.

³¹ Relatório de Gestão 2014 elaborado pela Companhia Docas do Estado de São Paulo, p. 179. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=53808960>>.

³² Relatório de Gestão de 2015 elaborado pelo Banco do Brasil, p. 143. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=55677098>>.

³³ Relatório de Gestão de 2014 elaborado pela Fundação Oswaldo Cruz, p. 338. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=52949558>>.

³⁴ Relatório de Gestão de 2014 elaborado pelo Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, p. 147. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=52980493>>.

³⁵ Relatório de Gestão de 2014 elaborado pelo Banco do Nordeste, p. 113. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=53045528>>.

³⁶ Informação mencionada no Acórdão 1.212/2014 – Plenário.

³⁷ Relatório de Gestão de 2014 elaborado pela UFPR, p. 217. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=52850945>>.

³⁸ Ver, por exemplo, Relatório de Gestão de 2014 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, p. 280: “A Seccional [da Bahia] possui apenas um único contrato de serviços de TI (Contrato 77/2011), cuja desoneração anual média é de R\$ 5.139,96. Contudo, a repactuação continua pendente, visto que a empresa contratada não concorda com as alterações”. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=53010006>>.

³⁹ Ver, por exemplo, Relatório de Gestão de 2014 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, p. 149: “Até o momento, as tentativas de contato para solicitação da documentação necessária foram infrutíferas, no entanto, o CADE permanece em busca de solução”. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=52854470>>. Ver também o já citado Relatório de Gestão de 2014 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, p. 280: “Não atendida a solicitação, foi reiterada outras vezes e tais planilhas ainda não foram apresentadas. A [Seção Judiciária de Goiás] envidará esforços visando implementar a referida repactuação, o mais breve possível. Caso a Contratada não apresente os aludidos documentos, serão aplicadas as sanções previstas no contrato”.

⁴⁰ Ver, por exemplo, Relatório de Gestão de 2014 do BNDES, p. 122. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=53013297>>.

Certas empresas acionaram o Poder Judiciário, obtendo, em alguns casos, decisões que suspenderam o processo administrativo de revisão contratual⁴¹ ou tornaram as condições do ressarcimento menos desfavoráveis ao particular.⁴²

No TCU, o Acórdão 2.859/2013 – Plenário foi desafiado por pedido de reexame proposto em setembro de 2014 por três associações de empresas de tecnologia, que alegaram dois pontos principais.

Primeiro: o regime de desoneração da folha de pagamentos teria objetivos extrafiscais, como fomentar investimentos e desenvolver o setor de tecnologia da informação. Logo, a diminuição da carga tributária não se refletiria necessariamente na diminuição dos preços dos serviços ofertados pelas empresas beneficiadas. Os valores antes destinados ao pagamento de contribuições poderiam ser utilizados, por exemplo, na compra de novos equipamentos ou na contratação de nova mão-de-obra. Exigir a revisão dos contratos públicos envolvendo os setores desonerados equivaleria a esvaziar os objetivos estipulados pela política industrial do governo federal. Seria “dar com uma mão e retirar com a outra”.

Segundo: ao exigir que os processos de revisão contratual retroagissem até a data do início da vigência do regime de desoneração e, ainda, ao determinar o ressarcimento de valores pagos a mais em contratos já encerrados, o TCU estaria produzindo “clara e ilegal insegurança jurídica”.

O Ministro Relator proferiu despacho por meio do qual conheceu do pedido de reexame e lhe atribuiu efeito suspensivo.⁴³ A partir desse momento, diversos órgãos

⁴¹ Ver, por exemplo, Relatório de Gestão de 2015 da ANATEL, p. 194: “No curso do Processo Administrativo de Cobrança acima mencionado, a Empresa Contratada ajuizou a Ação Ordinária nº 57252-13.2014.4.01.3800, perante a Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais – 7ª Vara Federal, requerendo a suspensão do Processo Administrativo de Cobrança nº 53524.009735/2013, para fins de análise da cobrança efetuada pela Anatel. Analisando o pedido apresentado pela Empresa TSI, o Poder Judiciário concedeu a antecipação de tutela (suspensão do processo administrativo), estando a decisão liminar em vigor, sendo que o feito ainda não foi sentenciado”. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=55193727>>.

⁴² Ver, por exemplo, Relatório de Gestão de 2014 do CNJ, p. 119: “A empresa impetrou ação judicial contra a decisão da administração do CNJ, tendo como resultado o deferimento do parcelamento - Processo TRF1/SJDF 88466-96.2014.4.01.3400”. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=53209424>>.

⁴³ O despacho que concedeu efeito suspensivo ao pedido de reexame é citado no Acórdão 671/2018 – Plenário e em diversos relatórios de prestação de contas das unidades jurisdicionadas do TCU. No entanto, não foi possível acessar, na página eletrônica do Tribunal, seu conteúdo.

suspenderam as providências que estavam sendo tomadas para a revisão dos contratos vigentes e o ressarcimento dos contratos encerrados.

A decisão final de mérito veio mais de três anos depois, em março de 2018, com a prolação, pelo TCU, do Acórdão 671/2018 – Plenário, que negou provimento ao pedido de reexame.

Para o Tribunal, uma vez que as normas da desoneração não haviam estabelecido regra específica sobre a desnecessidade da revisão de contratos públicos, dever-se-ia cumprir o que está escrito no art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993: “Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso”.

Quanto à pretensa violação ao princípio da segurança jurídica, a unidade técnica do TCU entendeu que “não é razoável, nem moral e nem justo manter-se pagamentos contratuais ilegais, quando isso implica, como é o caso, a realização de despesa paga por toda a sociedade”. Logo, deveria “prevalecer o princípio da legalidade em detrimento do da segurança jurídica, porque o interesse público, norte de todo o regime jurídico-administrativo, assim o exige”.

Como avaliar essa decisão do TCU? No mínimo duas perspectivas são possíveis — e razoáveis.

Pela primeira perspectiva, pode-se defender a decisão com base no argumento de que um dos papéis do TCU é fiscalizar a legalidade das ações da administração pública. De fato, na Constituição, está escrito que cabe ao TCU fiscalizar a “legalidade” de atos (art. 70) — e não que o Tribunal possui algum papel na proteção das expectativas de empresas privadas que prestam serviços ao poder público.

Ainda nessa linha, é possível considerar que, se houve insegurança jurídica, o responsável teria sido o Congresso Nacional, que criou uma regra sobre a obrigatoriedade de revisão de contratos administrativos de difícil aplicação prática (art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993). Ou o responsável teria sido o governo federal, que idealizou o regime da desoneração sem prever, na medida provisória que lhe deu origem, um dispositivo específico que expressamente afastasse a necessidade de revisão

dos contratos públicos celebrados com as empresas beneficiadas. As sucessivas alterações do regime da desoneração e a sua complexidade tampouco poderiam ser atribuídas ao TCU.

No entanto, convém questionar, sob uma segunda perspectiva, se o TCU adotou a estratégia mais eficiente para a defesa da legalidade.

Vale lembrar que o Tribunal demandou a todos os órgãos públicos, ainda que indiretamente,⁴⁴ a adoção de providências para a revisão generalizada de todos os contratos de serviços desonerados vigentes e o ressarcimento de eventuais pagamentos indevidos dos contratos encerrados. Trata-se de abordagem atípica, que foi inclusive criticada pelo Ministério Público junto ao TCU.⁴⁵

Como ficou claro nos parágrafos anteriores, essa escolha teve um custo, que aparentemente não foi desprezível. Após a decisão do TCU em 2013, vários órgãos criaram grupos de trabalho. Estudos foram realizados e processos administrativos foram instaurados, em alguns casos para se chegar à conclusão de que o particular nada deveria ressarcir aos cofres públicos. Servidores públicos precisaram ser treinados. Conflitos surgiram na esfera judicial e administrativa. Produziram-se diversos pareceres jurídicos. É provável que, em certas situações, a questão tenha afetado a continuidade ou a qualidade dos serviços prestados.

Em tese, a prevalecer o rigor do TCU na aplicação do art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993, o poder público federal precisará em breve reiniciar esse ciclo de revisão de contratos, pois a recente Lei 13.670/2018 pôs fim aos benefícios da desoneração da folha para diversos setores da economia, que a partir de 1º de setembro de 2018 pagarão um valor mais alto em tributos. Na esteira dessas mudanças, já se debate a possibilidade de algumas empresas ingressarem no Judiciário para obter a extensão da vigência da

⁴⁴ Por força da Decisão Normativa TCU 139/2014, editada após o Acórdão 2.859/2013 – Plenário, todas as unidades jurisdicionadas do TCU ficaram obrigadas a incluir, em seus relatórios anuais de gestão, tópico específico sobre as providências adotadas para o reequilíbrio dos contratos de serviços desonerados e para o eventual ressarcimento de valores pagos a mais em contratos encerrados.

⁴⁵ Ver Acórdão 671/2018 – Plenário, que resume a posição do Ministério Público junto ao TCU sobre o mérito do pedido de reexame.

desoneração.⁴⁶ Tudo indica que a complexidade e a instabilidade de regras continuarão rondando o tema.

Retornando aos fundamentos do Acórdão 671/2018 – Plenário. Para o TCU, em razão da desoneração da folha de pagamentos, deve-se aplicar o art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993 porque “o interesse público, norte de todo o regime jurídico-administrativo, assim o exige”. Do contrário, teríamos “pagamentos contratuais ilegais”, a serem suportados “por toda sociedade”.

O que parece ausente na decisão é a compreensão de que a aplicação do art. 65, § 5º, da Lei 8.666/1993 nos termos determinados pelo Tribunal também gera custos que serão pagos “por toda a sociedade”. No futuro, ao calcular os benefícios de sua atuação nesse caso da desoneração, o TCU não deveria ignorá-los — em linha, aliás, com o art. 20 do Decreto-lei 4.657, de 1942, inserido pela Lei 13.655, de 2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação).

C - Racionalismo e incrementalismo no TCU: o caso dos cartões de combustível

Em conhecido artigo acadêmico de 1981, Colin Diver, professor de Direito Administrativo da Universidade de Boston, afirmava que os gestores públicos costumam oscilar entre dois modelos teóricos ao desenhar políticas públicas.⁴⁷

De um lado estaria o modelo de *racionalismo abrangente*. Com base nele, o gestor público identifica determinado problema a ser enfrentado pelo Estado e, em seguida, tenta mapear todos os métodos conhecidos que possam solucioná-lo. Depois, após uma detalhada análise de custos e benefícios, escolhe o método considerado mais efetivo e o implementa. No outro lado, tem-se o *incrementalismo*, que privilegia um processo mais modesto de formulação de políticas públicas, no qual poucas variáveis são levadas em conta. Aqui, não há exame prévio minucioso de custos e benefícios. O

⁴⁶ Sobre o ponto, ver: RAYES, Ronaldo; AGUIAR, Bruno. A Lei Federal 13.670/18 e seus impactos na desoneração da folha. Consultor Jurídico, 4 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/opiniao-lei-1367018-impactos-desoneracao-folha>>.

⁴⁷ DIVER, Colin. *Policymaking paradigms in Administrative Law*. *Harvard Law Review*, v. 95, n. 95, p. 393-434, 1981.

importante é concentrar esforços na correção rotineira e pontual dos problemas que forem surgindo ao longo da execução da política.⁴⁸

Esses modelos teóricos, ainda que simplificadores da realidade, nos ajudam a interpretar duas decisões recentes do TCU (Acórdão 441/2018 – Plenário, julgado em 7 de março de 2018 e Acórdão 891/2018 – Plenário, julgado em 25 de abril de 2018), que evidenciam certas dificuldades na aplicação da legislação sobre contratações administrativas. Do que tratam essas decisões?

Em fevereiro de 2018, o Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TER/ES) publicou edital de pregão para a contratação do serviço de fornecimento de cartões de combustível, que seriam utilizados no abastecimento de veículos nas eleições deste ano. O valor estimado do serviço era de R\$ 87 mil.

No edital, o TRE/ES não exigiu, dos possíveis fornecedores, comprovação de qualificação técnica (por exemplo, um atestado de capacidade técnica assinado por cliente anterior). Uma empresa viu nesse fato uma irregularidade e encaminhou representação ao TCU, com pedido de medida cautelar, alegando que existiria o risco de o TRE/ES contratar fornecedor incapaz de prestar o serviço de forma adequada.

Ao analisar a questão, os auditores do TCU notaram que o edital tampouco exigia documentação sobre a situação financeira das empresas participantes do pregão.

O ministro relator concordou com a empresa representante e, cautelarmente, sem oitiva dos responsáveis no TRE/ES, suspendeu o processo licitatório, em despacho que foi referendado pelo Plenário do TCU (Acórdão 441/2018 – Plenário).

De acordo com o voto do relator, a ausência de regras editalícias sobre comprovação da qualificação técnica e financeira dos licitantes seria ilegal, pois violaria o art. 27 da Lei 8.666/1993, que fixa o rol de documentos de habilitação em licitações.

Após a suspensão do pregão, o TRE/ES trouxe, em sua defesa, diversos argumentos de fato. Alguns deles merecem destaque.

Por exemplo, nas quatro licitações anteriores para a contratação do mesmo serviço, o TRE/ES não exigiu documentos de qualificação técnica e financeira. E,

⁴⁸ Para uma análise dos perfis de gestores públicos no Brasil, ver REIS, Tarcila; MONTEIRO, Vera. Os Tipos de Gestores Públicos Brasileiros. *Jota*, 12 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-tipos-de-gestores-publicos-brasileiros-12092018>>.

mesmo assim, as empresas contratadas prestaram adequadamente o serviço, que seria de baixa complexidade.

O TRE/ES ponderou também que, nessas licitações anteriores, poucas empresas participaram da disputa. Em 2016, duas empresas apresentaram proposta. Em 2014, apenas uma. Portanto, dado esse histórico, exigir mais qualificações aumentaria o risco de baixa competitividade na licitação e, conseqüentemente, de insucesso da contratação.

Pela perspectiva incrementalista, esses argumentos do TRE/ES possuem inegável força. Se as licitações eram bem-sucedidas e os serviços eram prestados adequadamente, não haveria, em termos práticos, razão para o TRE/ES passar a exigir documentos novos dos licitantes. Pelo contrário: a pouca competição nas licitações anteriores – um problema identificado pelo TRE/ES na sua experiência concreta com esse tipo de contratação – indicava que o recomendável seria não os exigir.

Julgando o mérito da representação, o Plenário do TCU manteve o entendimento de que o TRE/ES não poderia ter dispensado a comprovação de qualificação técnica e financeira (Acórdão 891/2018 – Plenário).

A análise feita pelos auditores do TCU e pelo ministro relator girou predominantemente em torno da interpretação de normas jurídicas.

Para o TRE/ES, o art. 37, XXI, da Constituição Federal permitiria a dispensa, ao prescrever que as licitações públicas conterão apenas aquelas “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Visto que, nas contratações anteriores, o serviço havia sido bem prestado mesmo sem comprovação de qualificação técnica e financeira das empresas contratadas, essas exigências seriam dispensáveis.⁴⁹

O TCU discordou. Entendeu que a Constituição precisaria ser interpretada em conjunto com a Lei 8.666/1993, que autoriza a dispensa de documentos de habilitação somente na hipótese de fornecimento de bens para pronta entrega ou em licitações nas modalidades de convite, concurso e leilão (art. 32, § 1º). Não era o caso, então a dispensa teria sido ilícita.

⁴⁹ Defendendo a possibilidade de o ente público não exigir, em certos contextos, documentos de qualificação técnica e financeira, ver: MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*. 9. ed. Curitiba: Zênite, 2013. p. 530-533.

O viés racionalista do TCU revela-se na seguinte passagem da análise empreendida por seus auditores: “em que pese a alegada simplicidade do objeto do pregão (...), não vemos por que motivo não foram incluídos naquele edital exigências mínimas a respeito da habilitação técnica e econômico-financeira, que poderiam garantir, ao menos em tese, a qualificação dos participantes daquele certame”.

Por sua vez, o ministro relator afirmou em seu voto que “não se trata, à primeira vista, de um serviço que possa ser fornecido por qualquer empresa de forma imediata”.

Ou seja: o TCU, ao que parece, não deu grande importância aos anos de experiência (aparentemente exitosa) do TRE/ES na contratação e gestão do serviço. Preferiu abraçar a intuição de que, “em tese” e “à primeira vista”, a exigência de qualificação técnica e financeira poderia se refletir, em algum momento no futuro, em serviços de melhor qualidade. O TRE/ES possuía um problema concreto (necessidade de contratar um serviço num contexto local de pouca competição) e experiência para solucioná-lo. O TCU aparentemente possuía uma ideia.

A crítica à decisão do TCU não pode, contudo, ser radical.

A verdade é que – numa interpretação mais literal, que foi a adotada pelo TCU – o art. 32, § 1º, da Lei 8.666/1993 não autoriza a dispensa de qualificação técnica e financeira para casos como o da licitação promovida pelo TRE/ES. O TCU parece ter escolhido o caminho mais seguro pelo prisma jurídico.

O outro lado da moeda é que, em muitos casos, exigências de habilitação técnica e financeira serão inúteis ou até mesmo contraproducentes. Mera burocracia. É o que os fatos aqui narrados sugerem. No embate entre legalidade e eficiência, o TCU optou pela primeira.⁵⁰

O TCU poderia ter agido de maneira diferente? Talvez.

Em outras ocasiões, o Tribunal já adotou interpretações mais elásticas da lei a fim de autorizar determinados comportamentos de gestores públicos. Encaixa-se aí a famosa Decisão 215/1999 – Plenário, de 12 de maio de 1999, que permite, em situações

⁵⁰ Para uma análise do conflito entre legalidade e eficiência no âmbito dos julgamentos do TCU, ver PEIXOTO, Maria Andrade de Godoy. *A Análise Econômica do Direito no Tribunal de Contas da União: Um estudo a partir da fiscalização da Petrobras*. 2014. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/11187>>.

excepcionais e preenchidos certos requisitos, a alteração quantitativa de contratos administrativos em valor acima de 25%, hipótese inexistente na legislação.

Assim, não soaria juridicamente esdrúxula decisão que, em contexto específico e bem delimitado e respeitados certos critérios, autorizasse a dispensa da comprovação de qualificação técnica e financeira.

3. TCU E REGULADORES EM PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO

A - No setor petrolífero, blocos devem ser licitados em separado ou em conjunto?

É tarefa das agências reguladoras, além da função normativa, estruturar, implementar e fiscalizar as relações contratuais entre o Estado e a iniciativa privada destinadas a viabilizar empreendimentos públicos. A regulação administrativa, portanto, dá-se tanto por meio da produção de normas, como da elaboração de editais de licitação e de contratos.⁵¹

Os processos de desestatização conduzidos pelas agências reguladoras são intensamente fiscalizados pelo TCU. A pergunta é: ao fazê-lo, estaria o Tribunal interferindo em função própria do Executivo (função administrativa)?

Decisão emitida pelo TCU em março de 2018 parece indicar que a Corte de Contas estaria utilizando seu poder cautelar para influenciar na modelagem de licitações em processo de desestatização. Nesse sentido, estaria se valendo de instrumentos de controle impositivos não para determinar a correção de ilegalidades, nos termos da legislação, mas para pressionar a administração a incorporar a suas decisões escolhas que, na visão do TCU, seriam mais adequadas à persecução do interesse público.

Cuida-se do Acórdão 672/2018 – Plenário, julgado em 28 de março de 2018, no qual o Tribunal apreciou análise de resposta à oitiva prévia, em face de proposta de medida cautelar, elaborada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Petróleo e Gás Natural (SeinfraPetróleo).

⁵¹ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio. (Org.). *Regulação no Brasil: Uma visão interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

No caso, a SeinfraPetróleo emitiu relatório relativo à 15ª Rodada de Licitações para blocos terrestres e marítimos, com vistas à outorga de contratos de concessão para atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, realizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). A Unidade Técnica apontou diversas irregularidades no processo de desestatização, consistindo o problema central na ausência de fundamentação pelo Ministério de Minas e Energia (MME), pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e pela ANP para a decisão de licitar em separado os Blocos S-M-645, S-M-534 e Saturno, sendo os dois primeiros oferecidos sob o regime de concessão (Lei 9.478/1997) e o último sob o regime de partilha de produção (Lei 12.351/2010).

Segundo a SeinfraPetróleo, as informações técnicas disponíveis indicariam que os Blocos S-M-534, S-M-645 e Saturno comporiam um mesmo reservatório de petróleo, de modo que a sua licitação em separado traria o risco de futura unitização (celebração de Acordos de Individualização da Produção).⁵² Dessa forma, a decisão de ofertar os blocos em separado contrariaria as melhores práticas da indústria do petróleo, e poderia depreciar economicamente as respectivas áreas para os processos licitatórios.

Por ocasião da oitiva das partes, ANP e CNPE sustentaram, fundamentalmente, que uma possível unitização não seria um problema, pois a subdivisão de áreas propiciaria maior competitividade e atratividade nas licitações. As partes alegaram ainda que, com os dados até então obtidos, não se poderia inferir, com razoável certeza, os limites dos blocos em questão — sendo incerto o risco de unitização.

Não obstante, a SeinfraPetróleo entendeu que, após as oitivas prévias à adoção de medida cautelar, permaneceria inalterada a irregularidade relativa à falta de fundamentação para a modelagem das licitações conforme estabelecida pela administração. Em vista do posicionamento da Unidade Técnica, e da proximidade dos certames, o Plenário do TCU determinou, cautelarmente, a suspensão dos procedimentos de oferta pública dos Blocos S-M-645 e S-M-534.

⁵² Segundo José Alberto Bucheb, discussões sobre a individualização da produção (unitização) “surge quando uma jazida de petróleo ou gás natural se estende por dois ou mais blocos contíguos, cujos direitos de exploração e produção pertencem a concessionários diferentes” (*Direito do Petróleo – a regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 183).

O caso do Acórdão 672/2018 – Plenário é relevante porque permite fazer inferências acerca da atuação do TCU no âmbito das desestatizações.

Inicialmente, cabe apontar que o Tribunal parece aceitar, em abstrato, que o controle que exerce em licitações, inclusive no âmbito das concessões, estaria circunscrito à verificação de conformidade das práticas administrativas à lei (controle de legalidade). A conclusão decorre do fato de que a principal irregularidade apontada pela Corte de Contas consistiu na suposta falta de fundamentos da decisão, tomada por autoridades administrativas, de realizar a licitação dos blocos em separado. Ou seja, no entendimento do TCU, teria faltado à decisão um dos elementos de validade dos atos administrativos: a motivação.

As palavras do Ministro Relator Aroldo Cedraz são esclarecedoras nesse sentido: “verifico que em momento algum se questionou a opção adotada pelo CNPE, mas tão somente se apontou a ausência de justificativas para a decisão tomada (...). Não é demais lembrar que, a despeito de a decisão de se outorgar determinado bloco de petróleo se encontrar na esfera de discricionariedade do Poder Concedente, isso não o exime da observância ao princípio da motivação dos atos administrativos”.

A análise do caso, contudo, traz indicativos de que, na prática, o Tribunal decidiu sustar as licitações porque considerou que a administração teria tomado decisões “antieconômicas”.⁵³ Parte substancial da decisão foi dedicada a explicar a razão pela qual a opção da administração por licitar os blocos em separado seria menos vantajosa à União, em termos econômicos, do que a opção vislumbrada pela Unidade Técnica de licitar os blocos em conjunto.⁵⁴

⁵³ É interessante notar que essa diferença entre discurso e prática do TCU também é apontada pela literatura, no caso com relação à interferência em atividades-fim das agências reguladoras. Cf. MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. (Coord.). *Direito da Infraestrutura – Volume 2*. São Paulo: SaraivaJur, 2017. Cf. também PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes executivo, legislativo e judiciário: Uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁵⁴ É importante destacar que, nesse caso, o CNPE precisaria propor ao Presidente da República a expedição de decreto para declarar a área dos Blocos S-M-645 e S-M-534 (externas ao polígono do pré-sal) como estratégica, para que, assim, tais blocos pudessem ser oferecidos conjuntamente com o Bloco de Saturno (interno ao polígono do pré-sal), sob o regime de partilha de produção.

Nesse sentido, tem-se a impressão de que a falta de fundamentação só foi vista como um problema porque a modelagem escolhida pela administração teria sido inadequada aos olhos do Tribunal. É o que se depreende do posicionamento da Unidade Técnica, acolhido pelo Ministro Relator em suas razões de decidir: “ante a ausência de justificativas para decisão que envolve possibilidades de perdas de arrecadação para o Estado, a curto e a longo prazos, a exemplo inicial da diferença de R\$ 2,377 bilhões, estimada para os valores de Bônus de Assinatura, considerada a equivalência de carga fiscal entre as alternativas colocadas, a adoção de cautelar é medida que se impõe”.

O caso parece indicar uma propensão do Tribunal a influenciar mais ativamente a modelagem de futuros processos de desestatização. Isso porque está expressa no acórdão a expectativa de que o julgamento seja considerado pela administração nas futuras decisões sobre as definições dos blocos para outorgas de exploração e produção de petróleo e gás natural a serem ofertados nas rodadas programadas para ocorrer até 2019, e também de outras a ocorrer futuramente.

A Constituição Federal conferiu ao TCU a atribuição de verificar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos (art. 70, *caput*, c/c art. 71). Mas isso não significa que a Corte de Contas possa utilizar esses parâmetros de controle de modo indiscriminado, irrestrito. O exercício de competências impositivas (para praticar atos de comando ou para impor sanções), por exemplo, foi condicionado pelo ordenamento à constatação de ilegalidades pelo Tribunal (isto é, de infrações à lei em sentido amplo).⁵⁵

Com relação ao acompanhamento de licitações, inclusive em processos de desestatização, a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações) previu que a administração é responsável por demonstrar aos tribunais de contas a *legalidade* da despesa e regularidade da execução provenientes de instrumentos regidos pelo diploma (art. 113).⁵⁶ De modo que o ordenamento jurídico não conferiu ao TCU competência para

⁵⁵ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 182-183 e JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: Controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, p. 209-230, 2014. p. 212-213.

⁵⁶ “Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, (...), ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da *legalidade* e regularidade da despesa e execução (...).”

controlar as licitações de modo interventivo a partir de análises de custo-benefício. Ao TCU só cabe interferir em licitações com atos de comando quando houver a identificação de potenciais afrontas à lei (ilegalidades).⁵⁷

Tal delimitação da forma de atuação do TCU tem como um de seus objetivos impedir que o Tribunal substitua à administração na modelagem das desestatizações (função administrativa). O risco de uma atuação tão larga do TCU é o de o órgão de controle se transformar em revisor geral da atividade administrativa⁵⁸, em “meta-regulador”⁵⁹, violando, assim, a separação de Poderes.⁶⁰

⁵⁷ Cf. ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. *op. cit.* p. 236-237.

⁵⁸ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 180 e ss. e ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. *op. cit.* p. 238 e ss.

⁵⁹ Em relatório de pesquisa sobre a regulação da infraestrutura brasileira, desenvolvido no âmbito da Centre of Analysis of Risk and Regulation (carr) da London School of Economics and Political Science e da RAND Europe, Martin Lodge, Christian van Stolk, Julia Batistella-Machado, Marco Hafner, Daniel Schweppenstedde e Martin Stepanek apontam que: “o TCU tornou-se, cada vez mais, um ‘meta-regulador’ na contestação das decisões regulatórias. Este papel é, por vezes, considerado problemático, pois as opiniões do TCU não refletiam o ambiente de decisão regulatória e se concentravam especificamente no ‘custo-benefício’. Em paralelo, o TCU também se transformou em um ‘amigo’ ao apoiar (ou ‘proteger’) as decisões técnicas contra as demandas politicamente orientadas. Considera-se que o TCU possui mais capacidade do que as agências reguladoras. No entanto, embora o papel de ‘meta-regulador’ (voluntário ou involuntário) do TCU ofereça conhecimento técnico adicional e consistência no processo de decisão, esse papel não se encaixa adequadamente na jurisdição geral do TCU” (Regulação da infraestrutura logística no Brasil – Versão preliminar do relatório. Disponível em: <<http://www.lse.ac.uk/accounting/assets/CARR/documents/Impact/Regulation-of-Logistics-Infrastructures-in-Brazil/Brazil-infrastructure-logistics-translated-FINAL.pdf>>). Nesse sentido, a decisão do TCU aqui analisada parece exemplificar o diagnóstico feito pelos pesquisadores.

⁶⁰ As interfaces entre órgãos de controle e Executivo geram debates acalorados na doutrina. Luis Roberto Barroso, por exemplo, defende que o Tribunal de Contas não poderia interferir na atividade-fim das agências, por não implicar dispêndio direto de recursos (BARROSO, Luís Roberto. Parecer LRB nº 5/98, transcrito em MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos tribunais de contas sobre as agências reguladoras: Em busca de alguns standards possíveis. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 10, n. 38, p. 147-164, 2012. p. 148-149).

Benjamin Zymler, por outro lado, sustenta ser o TCU o órgão que detém melhores condições para desenvolver uma visão sistêmica do modelo regulatório brasileiro e, portanto, competente para fazer o controle externo da regulação (ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e controle*. 4. Ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015. p. 203).

Já Eduardo Jordão defende a moderação do controle, a fim de evitar que “as prognoses incertas do administrador sejam substituídas pelas prognoses igualmente incertas do controlador” (JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, p. 209-230, 2014. p. 211). É uma versão contemporânea do clássico pensamento de Victor Nunes Leal, manifestado em relação aos limites do controle judicial da administração pública, segundo o qual “no estudo do controle do poder discricionário, a doutrina tem de utilizar instrumentos de precisão, para não vestir um santo com a roupa do outro, substituindo o arbítrio administrativo pelo arbítrio judiciário” (LEAL, Victor Nunes. Poder

B - O TCU como *meta-regulador*

Em fevereiro de 2018, o TCU havia determinado a suspensão dos efeitos, em sede de cautelar, de resolução da ANTAQ que disciplina requisitos para o afretamento de embarcação estrangeira.⁶¹ Em abril, o plenário do TCU retomou a controvérsia a partir de julgamento de agravo interposto pela agência.⁶² O Tribunal manteve, por 6 votos a 2, a medida cautelar, reafirmando que a regulação extrapolou seus limites e violou reserva legal prevista na Constituição.

Cuida-se de mais um episódio da participação cada vez mais precoce do órgão de controle no âmbito da regulação estatal.⁶³ Não obstante o controle ser realizado, como regra, *a posteriori*, o TCU vem adotando crescentemente um papel de *veto player*, até mesmo na revisão em abstrato de normas regulatórias, tangenciando os limites de sua competência. Dá mostras, assim, de que compreende seu papel no controle da regulação estatal de forma abrangente, reforçando sua imagem de “meta-regulador” dos setores de infraestrutura.⁶⁴

Também teve destaque, no mês de abril, a análise do TCU sobre o primeiro estágio de acompanhamento da Quarta Rodada de Licitações no Regime de Partilha de Produção, referente à outorga de bloco para exploração e produção de petróleo e gás natural em áreas do Pré-Sal. Nesta oportunidade, o Tribunal não impediu a realização do leilão, como fez na 15ª Rodada de Concessão em relação aos dois principais blocos, mas expediu determinação ao Conselho Nacional de Política Energética – CNPE para que, nas próximas rodadas de licitação do regime de partilha, aperfeiçoe a motivação das escolhas administrativas, “demonstrando as análises de impactos e fundamentando a

discricionário da administração – abuso dêse poder – mandado de segurança – direito líquido e certo. Revista de Direito Administrativo, v. 14, p. 52-82, 1948. p. 53).

⁶¹ Acórdão 308/2018 – Plenário, julgado em 21 de fevereiro de 2018.

⁶² Em uma aparente deferência à postura mais interventiva do órgão de controle, a ANTAQ não problematizou a competência do TCU para suspender os efeitos de norma em abstrato, tendo se limitado a defender seu próprio poder normativo e a validade da norma que editou.

Vale dizer, no entanto, que nem os ministros nem a unidade técnica do TCU expuseram, de forma clara e contundente, o fundamento normativo da competência do Tribunal para determinar a suspensão dos efeitos de norma. Para o TCU, nas palavras do Ministro Benjamin Zymler, “a natureza jurídica de serviço público de transporte aquaviário” atrairia “a incidência do Direito Administrativo e a competência do TCU”.

⁶³ Acórdão 775/2018 – Plenário, julgado em 11 de abril de 2018.

⁶⁴ Essa é a expressão utilizada no relatório de pesquisa “Regulação de infraestrutura logística no Brasil”, já mencionado.

escolha da carga fiscal, dos valores de bônus de assinatura e das alíquotas mínimas de partilha”.

Percebe-se, por conseguinte, que o Tribunal – ora bloqueando de modo prévio medidas regulatórias que entende ilegais, ora determinando medidas para o aperfeiçoamento regulatório futuro – tem se consolidado, no plano fático, como uma espécie de “meta-regulador” da infraestrutura nacional.

4. TCU E SUA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA

A - A atividade sancionatória deve levar em conta a realidade da gestão pública?

O TCU demonstrou que já utilizava preceitos normatizados pela Lei de Segurança para Inovação Pública (Lei 13.655/2018), que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942), para formar posicionamento e tomar decisão antes mesmo de sua promulgação. O destaque, no caso, vai para os artigos da lei que versaram sobre responsabilização de agente público por controladores.

A constatação tem base no acórdão 178/2018 – Plenário, julgado em 31 de janeiro de 2018 (decisão tomada no âmbito de monitoramento do Estado do Rio de Janeiro). A secretaria instrutora do TCU entendeu ter havido descumprimento, por parte de gestores públicos responsáveis, de *determinações e recomendações* feitas pelo Tribunal, em 2002, numa auditoria operacional para avaliar o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) na região metropolitana do Rio de Janeiro.⁶⁵ Por isso, eles deveriam ser apenados com multa.

Apesar de comumente o Tribunal seguir as orientações de suas secretarias,⁶⁶ nesse caso decidiu noutro sentido. O voto do relator, Ministro Bruno Dantas, é interessante por trazer contrapontos à maneira como a secretaria instrutora avaliou o descumprimento de algumas determinações.

⁶⁵ A resolução do TCU 265/2014 traz parâmetros para a expedição de recomendações e determinações pelo Tribunal.

⁶⁶ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara; GABRIEL, Yasser. *Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <www.edisciplinas.usp.br>.

Destaca-se dois pontos importantes trazidos pelo Ministro: (i) determinações genéricas e abrangentes por parte do TCU tornam muito subjetiva a aferição de seu cumprimento; (ii) as limitações reais do gestor são fatores que devem compor a análise da reprovabilidade de sua conduta.

Segundo o Ministro, algumas determinações feitas na auditoria operacional, como para que gestores “envidem esforços” para desenvolver uma Central de Regulação, ou “atuem proativamente” para formar Consórcio Intermunicipal de Saúde, seriam de difícil avaliação objetiva a ponto de ser justificável a não aplicação de multa por seu descumprimento. A vagueza ainda traria dificuldade para os gestores entenderem o que o Tribunal esperava que fizessem;

É o que se observa no seguinte excerto do voto do Ministro Relator: “em certos momentos, as respostas apresentadas em cotejo com a análise da secretaria instrutora causam ainda a impressão de que não houve uma adequada compreensão, pelo jurisdicionado, do que efetivamente se pretendia com as determinações e recomendações exaradas”.

Além disso, o Ministro demonstrou sensibilidade quanto às dificuldades de implementação das determinações e recomendações num cenário de escassez de recursos: “Especialmente num contexto em que foram feitas diversas determinações e recomendações por este Tribunal, as quais demandam o emprego de recursos humanos e materiais, que, sabidamente, são limitados, questiono em que medida seria razoável apenas os gestores por não terem implementado integralmente o que foi determinado.”⁶⁷

As considerações do Ministro são relevantes e estão refletidas na Lei de Segurança para Inovação Pública.

De modo geral, a tônica da lei é aprimorar a atividade decisória pública, inclusive das esferas controladoras.⁶⁸ Para gestores, isso significa dar mais segurança jurídica para adotarem soluções inovadoras e legais que melhor atendam à demanda de

⁶⁷ Acórdão 178/2018 - Plenário, p. 36.

⁶⁸ Sobre o tema, v. SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O projeto de lei que altera atribuições dos órgãos de controle será benéfico para a administração pública? FOLHA. 21 abr. 2018. <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/04/o-projeto-de-lei-que-altera-atribuicoes-dos-orgaos-de-controle-sera-benefico-para-a-administracao-publica-sim.shtml>>, e PEREIRA, Flávio Henrique Unes. (Org.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: Desafios de uma sociedade democrática. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://antonioaugustostasia.com.br/seguranca-juridica-e-qualidade-das-decisoes-publicas/>>.

interesse público, sem que sejam sancionados por suas escolhas. É para isso que servem os arts. 28 e 22, § 2º.

Os artigos dizem que o agente público responderá por seus atos em caso de dolo ou erro grosseiro (art. 28) e, na aplicação de sanções, serão consideradas, entre outras coisas, as dificuldades reais do agente na implementação de normas sobre gestão pública (art. 22, *caput* e § 2º). Noutras palavras, a lei procura reservar a punição para o gestor que atua com má-fé ou notória irresponsabilidade. Fica resguardado o gestor probo, que procura atuar nos termos da lei, ainda que o controlador não concorde com suas decisões. Na lógica do diploma, a não observância de *preferências* dos órgãos de controle não é suficiente para gerar punição.

O voto do Ministro Bruno Dantas está em sintonia com essa ideia. Os argumentos aqui destacados, e que deram fundamento à decisão do TCU, são no sentido de que o Tribunal não pode sancionar o gestor sem adotar referenciais claros para mensurar a ilegalidade da conduta. Tampouco deve fazê-lo apenas porque entendeu que as medidas tomadas pelo gestor para cumprir determinações vagas não foram as melhores possíveis. Além disso, o posicionamento do Ministro sugere que o TCU precisa considerar o mundo real e as complicações que este impõe à gestão pública. Ou seja: a responsabilização do gestor, por parte do TCU, deve ser realista.⁶⁹

Verificar que o TCU já pratica o que está em alguns dos preceitos da nova lei é relevante. Isso demonstra que ela reflete bons comportamentos do controlador, tornando-os padrão para que incidam nos demais casos.

⁶⁹ Nesse sentido, vale destacar que o TCU vem adotando essa visão mais realista na análise da responsabilidade de gestores há algum tempo. A título de exemplo, pode-se citar o Acórdão 839/2011 – Plenário, julgado em 06 de abril de 2011, em que, ao analisar recurso de reconsideração interposto contra condenação da executora técnica de um contrato pela suposta falta de fiscalização adequada, o Tribunal afastou a sanção anteriormente aplicada por entender que as suas funções eram inexequíveis – já que seria perceptível a impossibilidade de uma única pessoa cumprir todas as funções que lhe foram atribuídas. Já no Acórdão 101/2012 – Plenário, julgado em 25 de janeiro de 2012, o Tribunal, mesmo considerando irregular o fracionamento de licitação, entendeu que, no caso, as dificuldades logísticas enfrentadas pelo planejamento de compras justificariam a adoção de medidas alternativas para a contratação, razão pela qual não haveria que se falar em ilicitude no fracionamento.

B - Acordo de leniência e a aplicação de sanções pelo TCU

O sucesso dos acordos de leniência depende de muitos fatores. Um deles é conseguir dar eficácia aos termos pactuados (entre agentes privados e um órgão de controle em específico) em um cenário em que diversas autoridades públicas detêm competência para aplicar sanções autônomas em face de ilicitudes originárias dos acordos. O TCU é uma dessas autoridades. No âmbito das contratações públicas, a lei conferiu ao TCU um conjunto de poderes punitivos sobre agentes privados, podendo, por exemplo, aplicar multas e declarar inidoneidade.⁷⁰

No contexto dos acordos de leniência, a aplicação dessas sanções pelo TCU pode ser problemática. É que os principais pontos negociados nesses acordos costumam ser a possibilidade de empresas continuarem contratando com a administração e a dosimetria das multas (de modo que não sejam pesadas a ponto de levarem as empresas à bancarrota). Como o TCU não tem sido parte nos acordos de leniência, em tese ele possui autonomia para sancionar. Assim, para que o instrumento alcance sua finalidade é necessário certo comprometimento do Tribunal.

Em seus julgamentos, a Corte não tem desprezado os acordos celebrados. Surge então a pergunta: como o acordo de leniência impacta as decisões do TCU?

O Acórdão 874/2018 – Plenário, julgado em 25 de abril de 2018 e relatado pelo Ministro Bruno Dantas, é útil para trazer alguns pontos sobre a visão da Corte a respeito de sua interação com acordos de leniência já celebrados ou em vias de o serem. Tratava-se de relatório de auditoria, realizada no âmbito do Fiscobras 2015, acerca do contrato de obras civis da usina termonuclear de Angra 3 (contrato NCO-223/83). Segundo o relatório, teria sido constatado sobrepreço e superfaturamento nas obras civis, gestão fraudulenta do contrato e gestão temerária do empreendimento. A tríade ensejaria a penalização da Andrade Gutierrez, empresa contratada no caso.

Referente ao mesmo contrato, no âmbito das operações Lava Jato e Radioatividade, a Andrade Gutierrez celebrou acordo de leniência com o Ministério Público Federal (MPF) e também iniciou tratativas para viabilizar acordo junto à Controladoria Geral da União (CGU). O fato foi levado ao TCU pela empresa como

⁷⁰ Lei 8.443/1992, arts. 58 e 46.

justificativa para não fornecer ao Tribunal informações abarcadas pelo sigilo dos acordos e de suas negociações, bem como para evitar aplicação de sanções.

Na análise do caso, o órgão emitiu alguns entendimentos a respeito do impacto do instrumento de colaboração sobre suas decisões. Em suma: (i) a celebração do acordo pode confirmar as práticas ilícitas investigadas no âmbito do TCU; (ii) o acordo não compromete a autonomia decisória do TCU, mas a disposição dos responsáveis em colaborar com suas investigações pode justificar a abstenção do Tribunal de aplicar sanções ou medida constrictiva de bens; e (iii) é necessário estabelecer parâmetros objetivos prevendo como o acordo de leniência pode ser considerado nas investigações do TCU, inclusive quanto à aplicação de sanções.

Apresenta-se, a seguir, a argumentação do TCU sobre cada um desses entendimentos. Antes, porém, destaca-se que a Corte não ignora sua jurisprudência no tema e recorre a argumentações utilizadas em acórdãos anteriores. Parece se preocupar em ter coerência com suas decisões que versam sobre acordo de leniência e delação premiada.

Entendimento (i) — a celebração do acordo pode confirmar as práticas ilícitas investigadas no âmbito do TCU

“240. Cumpre observar, de plano, que o fato de a Construtora Andrade Gutierrez ter declarado que (i) está em conversas visando Acordo de Leniência junto com a CGU, que (ii) tenha firmado acordo de leniência com o MPF e que (iii) seus ex-executivos tenham firmado acordos de colaboração premiada com a Justiça, **só confirma as práticas das condutas ilícitas efetuadas pela Construtora e por seus ex-dirigentes contra a Administração Pública**”.⁷¹ (grifamos)

O entendimento é da unidade técnica do Tribunal, incorporado ao voto do relator. É utilizado pelo TCU como reforço à conclusão pela irregularidade da conduta da empresa, cujo desfecho pode ser a aplicação de sanção. Embora soe óbvio que

⁷¹ Acórdão TCU 874/2018.

empresa que recorre à leniência participou de ilícito — sendo essa confissão, inclusive, requisito de celebração do instrumento⁷² — parece contraditório que um acordo cuja finalidade é atenuar sanção seja utilizado como um dos fundamentos de decisão que pode ensejar punição.

Do ponto de vista de coerência do sistema de controle, o fato pode ser problemático. O acordo de leniência utiliza sistema de incentivo, por meio do qual a colaboração da empresa vem em troca de amenização da sanção, sobretudo para que a empresa continue apta a contratar com a administração. Se outra esfera controladora utiliza o acordo como elemento para confirmar culpa e sancionar, perde-se a lógica do incentivo.

Entendimento (ii) — o acordo não compromete a autonomia decisória do TCU, mas a colaboração do investigado na apuração do ilícito pode justificar a abstenção do Tribunal de aplicar-lhe sanção ou medida constritiva de bens

“92. É importante notar que, tão bem caracterizada a fraude à licitação, em situação de tamanha gravidade, o caminho natural daquele processo seria a declaração de inidoneidade das empresas, conforme determina o art. 46 da Lei 8.443/1992. Em atenção a pedido formulado pela Força Tarefa da Operação Lava Jato e no intuito de alavancar as investigações, **este Tribunal vislumbrou a possibilidade de conceder sanções premiais àquelas responsáveis que se dispusessem a, consensualmente, colaborar com as apurações em curso, em especial no que se refere ao cálculo dos valores desviados. Observo que não haveria qualquer vinculação ao Tribunal ou às empresas quanto a essa liberalidade, visto que os acordos firmados pelo Ministério Público Federal (MPF) não pretendiam – nem poderiam – afastar a atuação desta Corte. A meu ver seria no mínimo descabida qualquer expectativa nesse sentido por qualquer das partes.**

⁷² Lei 12.846/2013, art. 16, III.

93. Ocorre que, nesta oportunidade, surgem indícios, revelados pela SeinfraOperações, de que a empresa não tem colaborado satisfatoriamente com a apuração das irregularidades a ela imputadas neste processo. A meu ver, essa postura acabou sendo reforçada pela escolha da via judicial para combater a atuação do Tribunal, em substituição à via consensual inaugurada no âmbito do Acórdão 483/2017-TCU-Plenário e à qual aderiram as demais empresas favorecidas por aquela decisão”.⁷³ (grifamos)

Não sendo parte no acordo de leniência, o TCU afirma estarem preservados seus poderes de investigar e sancionar, independentemente do que tenha sido transacionado no instrumento. Contudo, mostra disposição em relativizar a aplicação de sanções caso a empresa colabore com a investigação, especialmente na apuração dos valores desviados.

Da decisão, entende-se que a colaboração pode ocorrer de dois modos: (i) *direto* — a empresa que firma acordo de leniência dá ao TCU informações úteis; (ii) *indireto* — o TCU utiliza informações obtidas no instrumento de colaboração para tomar decisão. É possível concluir pela possibilidade dessa colaboração indireta levar à relativização da sanção a partir de remissão que o ministro relator faz a decisão anterior do Tribunal:

“2. A propósito, é esclarecedora a declaração de voto apresentada pelo Ministro Benjamin Zymler naquela ocasião:

“2. Em regra, entendo que a assinatura de tais instrumentos pode ser levada em conta para fins de não concessão de medida cautelar de indisponibilidade de bens do colaborador, **caso os elementos trazidos em função desses acordos sejam úteis à instrução processual deste Tribunal.**

(...)

⁷³ Acórdão TCU 874/2018.

4. No presente caso, verifico que a apuração dos fatos e da culpabilidade dos responsáveis arrolados nas tomadas de contas especiais **se baseia em elementos de prova produzidos pelo próprio Tribunal, após detalhada instrução processual iniciada em 2013, por força de representação do Ministério Público junto ao TCU.**

5. Dessa forma, considerando que o juízo de convicção a respeito dos indícios de irregularidades noticiados na aquisição da Refinaria de Pasadena prescindiu das informações posteriormente apresentadas pelo Sr. Paulo Roberto Costa, em sua colaboração premiada, julgo correta a proposta de manter a medida cautelar de indisponibilidade de bens do aludido responsável, a despeito de ele ter firmado o aludido negócio jurídico-processual”⁷⁴.

Não obstante, o Acórdão 874/2018 – Plenário resultou na decretação da indisponibilidade de bens da Andrade Gutierrez, após ter sido argumentado que a empresa não estava colaborando de fato com as apurações do Tribunal. Isso porque informações solicitadas à empresa não foram apresentadas sob justificativa de serem objeto de acordo de leniência e, no entendimento da Andrade Gutierrez, sigilosas. O Tribunal ainda frisou que o recurso da empresa ao Judiciário reforçava sua conduta não colaborativa.⁷⁵⁻⁷⁶

⁷⁴ Acórdão 874/2018 – Plenário.

⁷⁵ Refere-se ao Mandado de Segurança 35.435 MC/DF, impetrado pela Andrade Gutierrez contra o TCU, em que decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes impediu que o TCU declarasse a empresa impedida de contratar com a administração no âmbito do processo TC 016.991/2015-0, referente aos contratos de eletromecânica de Angra 3.

⁷⁶ Destaque-se que houve voto divergente, do Ministro Revisor André Luis de Carvalho, no qual defendeu a não aplicação da medida constritiva de bens à Andrade Gutierrez: “[e] o próprio TCU ainda não teria definido o procedimento para a aludida colaboração e, também por isso, não se confirmaria a suposta conduta não colaboradora com o TCU, tendo no presente momento o Ministro-Substituto Augusto Sherman anotado, inclusive, que ele pretende apresentar, na próxima semana, alguma proposta de procedimento provisório tendente a regular a eventual colaboração das empresas lenientes no âmbito deste Tribunal; e (f) a própria unidade técnica teria reconhecido que, até o presente momento, não teria formulado nenhum pedido específico de colaboração à aludida empresa, não se mostrando razoável considerá-la, assim, como não colaboradora com o TCU. (...) Enfim, a atuação do TCU deve prestigiar os acordos celebrados pelo MPF, não apenas em respeito ao princípio da unidade estatal, já que o Estado é uno e indivisível, mas também em homenagem aos princípios administrativos da legítima confiança e da eficiência, já que a eventual interferência desfavorável do TCU pode prejudicar a celebração de novos acordos de colaboração com o MPF, obstando indevidamente a continuidade da necessária elucidação de todos (frise-se: todos) os responsáveis pelos absurdos ilícitos perpetrados contra a administração pública,

Entendimento (iii) — é necessário estabelecer parâmetros objetivos prevendo como o acordo de leniência pode ser considerado nas investigações do TCU, inclusive quanto à aplicação de sanções

“9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido este relatório de auditoria realizada na Eletrobras Termonuclear S.A. (Eletronuclear), com o objetivo de fiscalizar as obras civis da Usina Termonuclear de Angra 3, no Estado do Rio de Janeiro.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.10. recomendar ao comitê, criado consoante Comunicação da Presidência de 12/7/2017, com o objetivo de viabilizar os acordos de leniência firmados no âmbito da União, que avalie a conveniência de **elaborar uma norma interna específica para potencializar as formas de cooperação dos jurisdicionados para o deslinde efetivo e tempestivo dos processos relevantes em curso no Tribunal de Contas, estabelecendo normas e critérios minimamente objetivos, inclusive quanto às possíveis sanções premiaias, conjugando, sobretudo, a segurança jurídica e o interesse público**” (grifamos)

Em 2015, o TCU editou a Instrução Normativa nº 74 (IN), que dispõe sobre a fiscalização, pelo Tribunal, dos acordos de leniência. Basicamente, a IN instituiu: (i) que o TCU deveria acompanhar todas as etapas da celebração do acordo;⁷⁷ (ii) que a aprovação de todas as etapas pelo TCU era condição de eficácia dos atos subsequentes ao acordo;⁷⁸ (iii) que o acordo não afasta a aplicação de sanções pelo TCU.⁷⁹ A IN nada

aí incluídos todos os agentes políticos organizadores desse nefasto esquema de corrupção no País.” (Acórdão 874/2018 – Plenário).

⁷⁷ Instrução Normativa 74/2015, art. 1º, *caput* e incisos.

⁷⁸ Instrução Normativa 74/2015, art. 3º.

⁷⁹ Instrução Normativa 74/2015, art. 6º.

disse sobre como as decisões de próprio Tribunal deveriam considerar o pactuado nos acordos, nem mesmo no que toca as sanções.

O fato parece gerar insegurança jurídica para controlado e controlador: por um lado, a empresa que firma acordo de leniência não sabe se os efeitos práticos de seu acordo serão alcançados, em vista da possibilidade de sanção pelo TCU; por outro, o próprio TCU demonstra incômodo quanto à inexistência de qualquer critério objetivo para que possa considerar na hora de tomar decisão.

Vale dizer que o Tribunal, em 2017, constituiu grupo de trabalho para fins de atualizar a IN. Especificamente, determinou que o grupo se articulasse diretamente com órgãos da “Rede de Controle” visando harmonizar entendimentos técnicos acerca do procedimento para celebração do acordo de leniência.⁸⁰ Em fevereiro de 2018, houve prorrogação do prazo para que o grupo apresentasse proposta de atualização do normativo.⁸¹ Uma vez que as propostas do grupo de trabalho são submetidas ao “comitê” referido na recomendação do acórdão,⁸² parece boa oportunidade para também tratar do tema da harmonização da atividade sancionatória.

5. TCU E OS LIMITES DE SUAS COMPETÊNCIAS

A - Auditorias, em sentido estrito, podem contribuir para a boa gestão pública

Como aprimorar a governança pública? Como melhorar o modo de a administração se organizar, funcionar e decidir? Essas são questões que estão no centro do debate contemporâneo sobre gestão pública no Brasil.⁸³

Desde meados dos anos 2000, o TCU, órgão de controle externo da administração, tem procurado construir parâmetros referenciais para a boa governança

⁸⁰ Portaria TCU 547/2017, art. 2º, § 2º.

⁸¹ Portaria TCU 44/2018.

⁸² Criado consoante Comunicação da Presidência de 12/7/2017, sob a coordenação do Ministro Augusto Nardes.

⁸³ Tanto que, em 22 de novembro de 2017, o Presidente da República editou o decreto 9.203 para organizar a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

e, por meio de auditorias, levantamentos e outros instrumentos de coleta de dados, apontar problemas de coordenação e controle nas mais variadas estruturas do Estado⁸⁴

O Acórdão 588/2018 – Plenário, julgado em 21 de março de 2018, insere-se nesse contexto. Nele o TCU analisou o levantamento TC 017.245/2017-6, de relatoria do ministro Bruno Dantas, realizado em 581 órgãos e entes da administração pública federal.⁸⁵ Segundo o relator, o objetivo do levantamento foi “obter e sistematizar informações sobre a situação da governança pública e da gestão nas áreas de tecnologia da informação (TI), contratações, pessoas e resultados finalísticos” (§ 1º do voto). Na sua visão, ao realizar esse tipo de trabalho, o TCU identificaria “as causas primárias de inefetividade estatal” e incentivaria “a adoção das boas práticas de governança e gestão”, com o intuito de contribuir para que a administração pública federal, como um todo, se organizasse “de forma adequada para prestar bons serviços à sociedade” (§ 8º do voto).

Para elaborar o estudo, o TCU se valeu de questionários enviados às organizações federais (autarquias, bancos, conselhos profissionais, empresas estatais, fundações, fundos, instituições de ensino, ministérios, tribunais, entre outros). Apesar de 581 órgãos e entes terem sido consultados, apenas 488 forneceram respostas consideradas válidas pelo órgão de controle.

O questionário sobre governança foi dividido em temas (liderança, estratégia e *accountability*) e em operações (gestão de pessoas, de tecnologia da informação e de aquisições). Como esclareceu o relator, o estudo decorreu, “essencialmente, da autoavaliação dos integrantes das organizações participantes” (§ 16 do voto), concluindo que “58% das organizações estariam em estágio de capacidade inicial em

⁸⁴ Cf. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial Básico de Governança: Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública*. 2ª versão. Brasília: TCU, 2014. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24F0A728E014F0B34D331418D>>.

⁸⁵ De acordo com o Regimento Interno do TCU, o levantamento é instrumento utilizado pelo Tribunal para: (i) “conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, incluindo fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais no que se refere aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais”; (ii) “identificar objetos e instrumentos de fiscalização”; e (iii) “avaliar a viabilidade da realização de fiscalizações” (art. 238, incisos I a III).

governança e gestão, 39% em estágio intermediário e apenas 3% em estágio aprimorado” (§ 22 do voto).

À luz desse diagnóstico, o TCU decidiu, entre outras coisas, tornar seus achados públicos (item 9.1. do acórdão); encaminhar relatório individualizado para cada uma das organizações federais participantes do levantamento, “discriminando seus respectivos resultados e comparações com os resultados gerais e resultados médios das organizações dos seus segmentos de negócio, como forma de subsidiar o planejamento, incluindo no relatório a ser enviado sugestão para que as organizações, em atenção ao art. 6º da Lei 12.527/2011, promovam a divulgação, preferencialmente na internet, das informações constantes do seu relatório individualizado (...)” (item 9.5.1. do acórdão); entregar “a cada órgão governante superior federal cópia eletrônica dos dados das respostas das organizações da sua esfera de atuação” (item 9.5.2. do acórdão); e dar ciência do levantamento “ao Comitê Interministerial de Governança, constituído nos termos dos arts. 7º a 12 do Decreto 9.203/2017, para que estude a possibilidade de inserir, em suas próximas reuniões, avaliações sobre o diagnóstico realizado pelo TCU e suas implicações nas ações necessárias à implementação da Política de Governança Pública” (item 9.6. do acórdão).

O método e os resultados do levantamento podem ser alvo de críticas, claro. Mas para os fins do presente artigo, o que realmente importa destacar é que o acórdão põe em evidência um modo de agir bastante particular do TCU.

A decisão não teve por objeto apurar irregularidades, desvios ou danos. Dela também não decorreram punições ou comandos específicos a agentes públicos ou privados. Ela se limitou a veicular diagnóstico sobre a eficiência de estruturas da administração pública e de procedimentos administrativos e a torná-lo público (à sociedade em geral e a sujeitos relevantes, com especial interesse no tema).

Tratou-se de manifestação do TCU na condição de verdadeiro auditor externo, envolvendo o manejo de sua competência para *levantar dados e produzir informações* (art. 71, IV, da Constituição).

O ordenamento jurídico conferiu ao TCU, entre outras competências, a de atuar com a finalidade de levantar dados — isto é, reunir, por iniciativa própria ou de terceiros, fatos e fragmentos de informação no âmbito de sua jurisdição e nos limites de

suas atribuições — e de produzir informações — ou seja, sistematizar, dar organicidade, refletir e imprimir um sentido técnico aos dados que tiver coletado ou que lhe tiverem sido encaminhados por órgãos, entes ou pessoas (físicas ou jurídicas).⁸⁶

Os produtos do exercício dessa competência (relatórios, opiniões etc.) não tem efeito vinculante imediato para a administração. Em princípio, servem para dar ciência, para informar.

Ao prevê-la, o Direito deu amplas possibilidades de controle ao TCU — algo distinto do que se verifica em relação às competências mais interventivas do Tribunal. Para comprová-lo, basta comparar a redação dos incisos IV e IX do art. 71 da Constituição.

No primeiro caso (inciso IV do art. 71), o TCU pode agir de ofício ou por provocação, realizando investigações por instrumentos variados nas mais distintas matérias (contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial). Poucos freios e condições à atuação do Tribunal. No segundo caso, a Constituição foi muito mais cautelosa, prevendo competência bem delimitada. De acordo com o inciso IX do art. 71, ao TCU compete “assinar prazo” apenas para a adoção de “providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”, unicamente em relação a pessoas estatais (“o órgão ou a entidade”).

Faz sentido a decisão do ordenamento de conferir amplas possibilidades de controle ao TCU no exercício de sua competência para levantar dados e produzir informações, privilegiando-a.

É que, por conta de suas características estruturais, o TCU tem especial vocação produzir informações (isto é, juízos qualificados) sobre as finanças públicas e sobre a gestão pública em geral. Afinal, tem posição institucional privilegiada (observador externo, independente); possui corpo técnico qualificado (selecionado por concursos públicos) e proveniente de múltiplas áreas do conhecimento (Engenharia, Direito, Contabilidade, Economia, Administração Pública etc.); possui estrutura interna sofisticada e especializada nos mais variados nichos de atuação do Estado (infraestrutura, petróleo e gás, energia elétrica, agricultura, meio ambiente etc.); e é

⁸⁶ Cf. ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. *op. cit.* p. 275.

capaz de centralizar dados provenientes de toda administração, permitindo-lhe ter uma visão macro sobre seu funcionamento, identificar gargalos de gestão e refletir sobre melhores práticas no ambiente público.⁸⁷

No arranjo institucional brasileiro, o TCU é peça-chave, tendo como uma de suas missões mais relevantes a de se valer de sua independência e de sua expertise (especialmente em questões financeiras, orçamentárias, patrimoniais e contábeis) para levantar dados e produzir informações (como fez no acórdão 588/2018), elaborando subsídios fundamentais para que terceiros (Legislativo, Executivo, Judiciário, Ministério Público etc.) possam aprimorar suas atividades e desempenhar suas funções de modo mais adequado e eficiente.⁸⁸

B - Qual é o critério do TCU para decretar a indisponibilidade de bens de contratados pela administração?

A edição de medidas cautelares pelo TCU já foi objeto de análise pelo *Observatório do TCU*. É tema cada vez mais recorrente na jurisprudência do Tribunal.⁸⁹

O Acórdão 874/2018 – Plenário, julgado em 25 de abril, sob a relatoria do Ministro Bruno Dantas, versou sobre a fiscalização do contrato de obras civis da usina termonuclear de Angra 3 (contrato NCO-223/83). O relatório apontou sobrepreço e superfaturamento nas obras, gestão fraudulenta do contrato e gestão temerária do empreendimento. Os fatos, segundo a unidade técnica, ensejariam a responsabilização de gestores da Eletronuclear, da empreiteira contratada (Andrade Gutierrez) e de seus dirigentes.

No âmbito das operações Lava Jato e Radioatividade, a Andrade Gutierrez, em relação ao mesmo contrato, celebrou acordo de leniência com Ministério Público Federal (MPF) e iniciou tratativas para viabilizar outro acordo junto à Controladoria Geral da União (CGU). O fato foi levado ao TCU pela empresa como justificativa para

⁸⁷ Cf. ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. *op. cit.* p. 312.

⁸⁸ Cf. Idem, *ibidem*.

⁸⁹ Para uma análise das competências cautelares do TCU, ver ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. 358 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/pt-br.php>>. p. 246 e ss.

não fornecer informações abarcadas pelo sigilo dos acordos e de suas negociações, bem como para evitar aplicação de sanções. Para a unidade técnica, a postura da empresa denotaria indisposição em cooperar com as investigações conduzidas pelo TCU.

Em face de rumores de que poderia ser declarada inidônea pelo TCU mesmo tendo firmado acordo de leniência com o MPF, a empresa ingressou com mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal (STF).⁹⁰ O processo corre em segredo de justiça. Em decisão monocrática, o Ministro Gilmar Mendes concedeu a segurança, impedindo o TCU de decretar a inidoneidade da empresa no âmbito do processo TC 016.991/2015-0 (MS 35.435 MC/DF).

Por maioria, nos termos do voto do relator, o TCU decidiu, entre outras coisas: i) decretar, cautelarmente, com base no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU – LOTCU) c/c os arts. 273 e 274 do Regimento Interno do TCU (RITCU), pelo prazo de um ano, a indisponibilidade de bens da Andrade Gutierrez de modo a “garantir o integral ressarcimento do débito em apuração, no valor original de R\$ 290.613.598,39 (...), que resulta no montante atualizado de R\$ 508.341.306,30”; ii) converter o processo em tomada de contas especial, com fundamento no art. 47 da LOTCU c/c art. 252 do RITCU, visando analisar, “de forma conclusiva, o débito associado à irregularidade” e delimitar “a responsabilização dos agentes e o montante de dano causado ao erário”; e iii) recomendar a comitê interno do TCU que, com o objetivo de viabilizar os acordos de leniência firmados no âmbito da União, “avalie a conveniência de elaborar uma norma interna específica para potencializar as formas de cooperação dos jurisdicionados para o deslinde efetivo e tempestivo dos processos relevantes em curso no Tribunal de Contas, estabelecendo normas e critérios minimamente objetivos (...)”.

Segundo o relator, não era o caso de conferir sanção premial à empresa, pois ela não estaria colaborando “satisfatoriamente com a apuração das irregularidades a ela imputadas neste processo”. Isso porque não teria “admitido, até o momento, participação nas irregularidades ora tratadas”, nem apresentado “documentação fiscal e contábil que comprovasse, com segurança, os custos reais por ela incorridos”. A postura não colaborativa da empresa seria “reforçada pela escolha da via judicial para combater

⁹⁰ Sobre o tema, ver PIRES, Breno. TCU quer declarar inidoneidade da Andrade Gutierrez”, *O Estado de São Paulo*, 14 abr. 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/tcu-quer-declarar-inidoneidade-da-andrade,70002267799>>.

a atuação do Tribunal, em substituição à via consensual inaugurada no âmbito do Acórdão 483/2017-TCU -Plenário, julgado em 14 de março de 2018, e à qual aderiram as demais empresas favorecidas por aquela decisão”.

Nesse caso, como em vários outros, o TCU decidiu decretar a indisponibilidade de bens de pessoa jurídica contratada pela administração. A competência para fazê-lo, nas palavras do relator, estaria prevista no art. 44, § 2º, da LOTCU e teria sido reconhecida pelo STF nos mandados de segurança 30.593/DF, 33.092/DF, 33.996/DF e 34.446/DF.

Representante do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), em parecer, também concluiu pela viabilidade jurídica de o TCU decretar a indisponibilidade de bens de pessoas contratadas pela administração. O parecer sustentou que “considerado os dispositivos constitucionais e legais aplicáveis à jurisdição e à competência do TCU, em conjunto com o respaldo jurisprudencial que sobressai das decisões colegiadas do STF, assiste ao TCU – na qualidade de órgão incumbido do controle externo da administração pública federal – o direito de declarar a indisponibilidade de bens de pessoas físicas e jurídicas, nesse caso, inclusive as não integrantes da esfera pública, em sede de medida cautelar, resguardadas as condições impostas pela legislação em vigor”.

A jurisprudência do STF — invocada pelo relator e pelo MPTCU para embasar seus posicionamentos — não é uníssona, como o próprio parecer do MPTCU apontou. Há decisões monocráticas de ministros do STF que chegam a conclusões opostas.

O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, não admite a possibilidade jurídica de o TCU declarar a indisponibilidade de bens de contratados pela administração. Na sua avaliação, ainda que se reconheça poder geral de cautela ao Tribunal, ele não alcançaria particulares contratantes com a administração pública. Para o Ministro, a legislação não teria conferido ao TCU (um “órgão administrativo”, nas suas palavras) a possibilidade de bloquear, “por ato próprio, dotado de autoexecutoriedade, os bens de particulares contratantes com a Administração Pública”. É que o art. 44 da LOTCU estaria direcionado a servidores públicos, e não a particulares. Além do mais, medida gravosa como essa geraria perigo de mora reverso, pois poderia sujeitar as sociedades empresárias à “morte civil” (MS 34.357/DF).

A Ministra Rosa Weber, por outro lado, tem posição diversa. Ao decidir o MS 34.446/DF (mencionado pelo relator do TCU em seu voto), afirmou que a “interpretação restritiva” do § 2º do art. 44 da LOTCU — segundo a qual a indisponibilidade de bens se aplicaria apenas a agentes do estado — não mereceria guarida. Tal conclusão decorreria de duas “premissas”: i) o poder geral de cautela se destinaria a assegurar o resultado útil das decisões do TCU; e ii) as decisões do TCU poderiam contemplar a condenação de particulares contratantes com entes da administração pública federal. Para a Ministra, a Constituição, quando dá os fins, confere, “ainda que de modo não expresso, os meios necessários para o seu efetivo cumprimento”.

De fato, segundo se depreende da simples leitura dos arts. 70 e 71 da Constituição, pessoas privadas, externas ao aparelho do estado, a depender das circunstâncias, podem estar inseridas na jurisdição do TCU. De acordo com o parágrafo único do art. 70, “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada” — e, portanto, integrante ou não do aparelho do estado — “que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”, estão sujeitas ao controle do Tribunal. Por força desse dispositivo, não há dúvida, por exemplo, que organizações do Terceiro Setor que recebem repasses de recursos federais têm o dever de prestar contas a órgãos de controle (TCU incluso).

Mas o fato de pessoas não integrantes do estado, a depender das circunstâncias, estarem abarcadas pela jurisdição do TCU não quer dizer, necessariamente, que: i) pessoas contratadas pelo poder público estejam inseridas na jurisdição do Tribunal (eventual conclusão pela existência dessa competência teria de levar em conta o fato de que os recursos que particulares recebem a título de contraprestação não têm natureza pública); e ii) o TCU esteja, de modo automático, autorizado a desempenhar qualquer uma de suas competências em face de contratados pelo poder público.

Nem a Constituição nem a LOTCU estabeleceram que as competências do Tribunal (julgar contas, aplicar sanções, sustar atos etc.) incidem em bloco sobre jurisdicionados, de modo uniforme; as possibilidades de controle do TCU variam em função do sujeito, das circunstâncias e do tipo de instrumento de controle manejado pelo

Tribunal. Para aferir suas possibilidades de controle, portanto, é preciso atentar para o teor das normas e para as características dos casos concretos.

No que tange à competência do Tribunal para decretar a indisponibilidade de bens de responsáveis, a LOTCU, de modo expresso, circunscreveu a medida cautelar apenas a agentes públicos, pertencentes à máquina estatal. Por determinação do § 2º do art. 44, esse tipo de medida constritiva só pode ser aplicada pelo Tribunal “nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo”, ou seja, em relação a “responsável” que exerça “funções”, sob vigilância de “autoridade superior competente” (§ 1º do art. 44). Os dispositivos do RITCU repetem a redação da LOTCU. Nesse específico contexto, a expressão “responsável” assume sentido próprio.

Parece equivocado dizer que essa leitura da norma (segundo a qual a medida cautelar de indisponibilidade de bens só seria aplicável a agentes do estado) seja restritiva. Afinal, ela não limita algo que fora autorizado por lei (não se extrai do texto do art. 44 da LOTCU a autorização para que o Tribunal decrete a indisponibilidade de bens de contratados pela administração pública).

Também não parece correta a suposição do STF segundo a qual a LOTCU, ao restringir o manejo de cautelares de indisponibilidade de bens, teria inviabilizado o controle efetivo das contratações públicas pela Corte de Contas. O TCU tem amplo poder de investigação, podendo assinar prazo para a correção de ilegalidades, sustar atos, aplicar sanções, constituir débitos etc. E nos casos em que não está autorizado a praticar ele próprio atos de comando, tem a possibilidade de provocar outros agentes de controle (Ministério Público, Advocacia Geral da União, Judiciário etc.), inclusive para a adoção de medidas cautelares.

A impressão é que as decisões monocráticas do STF que sustentaram a viabilidade jurídica de o TCU adotar medidas desse tipo em face de contratados pela administração acabaram desconsiderando o texto da lei, presumindo que ela teria dito bem mais do que realmente disse, sob o argumento genérico de que “quem dá os fins, dá os meios”. O problema é que, fosse possível inferir competências contra a lei, não faria sentido que as normas, ao disporem sobre órgãos e entes, se preocupassem em detalhar as específicas circunstâncias em que as medidas tais e quais poderiam ser tomadas.

Regra desse tipo seria inócua, já que poderia ser ignorada pelo intérprete sempre que discordasse da lei.

A se admitir, contudo, que o TCU possa decretar a indisponibilidade de bens de contratados pela administração, é fundamental identificar os elementos que, presentes, dão ensejo à edição da medida constritiva de direitos. As ações do Tribunal têm de ser pautadas por critérios claros, pois arbitrariedades são vedadas pelo Direito brasileiro. Desse modo, a pergunta que precisa ser respondida é a seguinte: *o que o acórdão 874/2018 revela sobre os critérios do TCU para a decretação da indisponibilidade de bens de contratados?*

De acordo com o relator, “como qualquer medida cautelar, a indisponibilidade dos bens somente pode ser decretada se estiverem presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*”. Adicionalmente, sustentou ser necessário “que a prática [objeto de investigação] seja altamente reprovável, pois não seria plausível a aplicação de medida tão severa em qualquer tomada de contas especial que tramita nesta Corte”.

O curioso é que, para o TCU, o *periculum in mora* pode ser presumido, dispensando, inclusive, a demonstração de indícios concretos de dilapidação do patrimônio ou de qualquer outra ação tendente a inviabilizar o ressarcimento ao erário — esse entendimento encontraria respaldo em outros julgados do Tribunal (Acórdãos 1.601/2017 de 26 de julho de 2017, 2.428/2016 de 21 de setembro de 2016 e 224/2015 de 11 de fevereiro de 2015, todos do plenário). A presunção se daria a partir da “grandiosidade dos montantes estimados, ao lado da gravidade e da robustez dos indícios de comportamento ilícito dos possíveis responsáveis” — a ideia é ilustrada pelo relator por meio de excerto do voto da Ministra Rosa Weber, do STF, no MS 34.446/DF.

Para o TCU, seria impertinente, no caso, falar em *periculum in mora* reverso (risco de a adoção da medida de constrição de bens comprometer a saúde financeira da empresa e, conseqüentemente, prejudicar o ressarcimento de valores devidos no âmbito de investigações), pois a empresa, mesmo após a indisponibilidade de bens, continuaria apta a contratar com a administração — no ponto, o relator recordou a decisão do STF que impediu o TCU de decretar a inidoneidade de empresa no processo voltado à investigação do contrato de obras civis da usina termonuclear de Angra 3.

No que tange ao *fumus boni iuris*, este decorreria da gravidade das irregularidades e da reprovabilidade das condutas em apuração. O caráter preliminar dos achados da investigação foi reconhecido pelo próprio TCU, que determinou a instauração de tomada de contas especial para apurar o real valor do débito e individualizar condutas.

A partir dos fatos e dos argumentos utilizados pelo Tribunal para a tomada da medida cautelar no Acórdão 874/2018 – Plenário, seria possível extrair a seguinte *ratio decidendi* para a decretação da indisponibilidade de bens de contratados pela administração pública:

A suspeita de irregularidades graves relacionadas a contratos que envolvam montantes altos gera a indisponibilidade de bens da empresa contratada, salvo se o TCU a houver declarado inidônea. A existência de acordo de leniência só poderá levar à aplicação de sanções premiais se a companhia atender a todas as exigências do TCU. Eventual ingresso da empresa em juízo para obter proteção contra ações do TCU será interpretado em seu desfavor, como indício de resistência à cooperação.

A regra que emerge do caso concreto é problemática. Fosse ela utilizada para pautar o comportamento futuro do Tribunal, é possível que em quase toda contratação pública sob investigação houvesse a decretação de indisponibilidade de bens da empresa contratada (suspeitas de irregularidades em contratos administrativos quase sempre são graves e com frequência envolvem montantes elevados). Na hipótese de a empresa ter firmado acordo de leniência, a única chance que parece ter de não ver seus bens declarados indisponíveis é acatando passivamente todas as demandas do Tribunal (a despeito do ambiente de insegurança jurídica e do risco de, ao atender às exigências do TCU, vir a descumprir acordos de leniência já firmados, ou em negociação).

O mais adequado, talvez, teria sido o Tribunal ter seguido as recomendações do MPTCU para o caso.

No parecer que acostou aos autos, o MPTCU afirmou que o momento do processo investigativo não seria o mais adequado para a decretação de indisponibilidade de bens. Isso porque ainda não haveria maturidade suficiente quanto à “quantificação do dano e identificação dos responsáveis”, sendo difícil assegurar, “com máxima precisão, o valor devido e a cadeia de responsabilização dos diferentes agentes envolvidos”. Para

o MPTCU, “tais elementos encerram notável relevo para que se adote uma medida tão severa e impactante como a de indisponibilidade de bens que ultrapassa a cifra de meio bilhão de reais, em valores atualizados”.

Na visão do MPTCU, o mais recomendável teria sido a “conversão [do processo] em tomada de contas especial, oportunizando-se à contratada e à Unidade Técnica a que se promova um melhor detalhamento dos débitos imputados, sobretudo elucidando as ponderações apresentadas pela contratada acerca da potencial inadequação de algumas premissas metodológicas utilizadas para balizar o *quantum* devido, a teor da defesa apresentada nestes autos”. Isso “sem prejuízo de que preliminarmente ao deslinde do mérito do julgamento das contas especiais a Unidade Técnica venha a provocar a jurisdição do Tribunal quanto à adoção da medida cautelar ora impugnada”.

À luz de indicativos de que empresas que firmaram acordos de leniência com o MPF estariam enfrentando dificuldades para cooperar com o TCU (em função da ausência de norma interna do Tribunal que traçasse parâmetros mínimos para cooperações), o MPTCU sugeriu ao Tribunal que, nos limites de sua competência, adotasse “postura cooperativa e proativa”, estudando a conveniência e oportunidade de editar norma para criar “ambiente negocial favorável à cooperação dos potenciais interessados, preliminarmente à aplicação de eventuais penalidades”.

É possível que a decisão do TCU de seguir adiante com a decretação de indisponibilidade de bens, a despeito do parecer do MPTCU, tenha tido algo a ver com o fato de que, na sua visão, a empresa parte do acordo de leniência não estaria colaborando “satisfatoriamente” com o Tribunal. Se esse tiver sido o caso, o TCU estaria manejando medida constritiva de direitos para pressionar empresa sob investigação a acatar suas determinações.

Ações como essa são perigosas pois podem dar ensejo à responsabilização patrimonial do estado. É que, segundo o art. 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incluído pela Lei 13.655/2018, o acusado que, em processo sancionador (ou de responsabilidade), nas esferas administrativa ou controladora, vir a sofrer prejuízo anormal ou injusto em virtude de decisões processuais sem justa causa, ou de omissões processuais da autoridade, tem direito subjetivo à compensação.

Para citar esse artigo: GRUPO PÚBLICO DA FGV DIREITO SP/SBDP. **Observatório do TCU: julgamentos de março e abril de 2018**. São Paulo, SP, 2018.