JOTA

CONTROLE PÚBLICO

Indisponibilidade de bens de contratados pelo TCU: qual é o critério?

Manejo da medida pode suscitar aplicação do art. 27 da LINDB

ANDRÉ ROSILHO

05/09/2018 06:00

Tribunal de Contas da União (TCU) / Crédito: Flickr/@150778624@N04

As decisões do TCU, como as do Judiciário, têm de ser pautadas por critérios consistentes. Arbitrariedades são vedadas pelo Direito brasileiro. Logo, a se admitir que o TCU decrete a indisponibilidade de bens de contratados pela administração — a **Coluna Controle Público** já argumentou que a medida não tem base no ordenamento — é fundamental identificar os elementos que conduzem à edição da medida constritiva de direitos. O acórdão 874/2018 (rel. Min. Bruno Dantas) é bom ponto de partida para o debate.

O caso envolvia fiscalização do contrato de obras civis da usina termonuclear de Angra 3. Em face de indícios de sobrepreço e superfaturamento nas obras, gestão fraudulenta do contrato e gestão temerária, o TCU, por maioria, decidiu decretar, cautelarmente, pelo prazo de um ano, a indisponibilidade de bens da empresa. O fato de esta ter celebrado acordo de leniência não impediu a aplicação da medida, pois ela não estaria colaborando satisfatoriamente com as investigações do Tribunal. O mandado de segurança que ela havia impetrado no STF para evitar a declaração de inidoneidade pelo TCU revelaria indisposição para cooperar (MS 35.435).

+JOTA PRO: **Entenda o cenário institucional com o JOTA Poder. Seguimos de perto tribunais superiores, agências reguladoras, Congresso, Poder Executivo e legislativos estaduais e municipais para reportar informações públicas de impacto. Experimente o serviço que tem ajudado empresas e atores do mercado financeiro!**

De acordo com o relator, a indisponibilidade de bens de contratados exigiria, em essência, a presença de dois fatores: *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

O *periculum in mora* poderia ser presumido, dispensando a existência de indícios de dilapidação de patrimônio, a partir da "grandiosidade dos montantes estimados" e da "gravidade e da robustez dos indícios de comportamento ilícito dos possíveis responsáveis" — entendimento da Min. Rosa Weber, do STF (MS 34.446), citado pelo relator. No caso, não haveria *periculum in mora* reverso — risco de a constrição de bens comprometer a saúde financeira da empresa, prejudicando o ressarcimento de valores — pois a companhia continuaria apta a contratar com o estado. Quanto ao *fumus boni iuris*, este decorreria da gravidade das irregularidades e da reprovabilidade das condutas em apuração.

Do acórdão 874/2018 se extrai a seguinte *ratio decidendi*:

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.

Trata-se de critério problemático. Se utilizado como regra, haveria decretação de indisponibilidade de bens de empresa contratada em quase todas as investigações (as suspeitas de irregularidades em contratos públicos em geral são graves e envolvem montantes elevados).

Talvez a decisão resulte de resistências da empresa em cooperar "satisfatoriamente". Se esse for o caso, o TCU estaria manejando medida constritiva de direitos para induzi-la a acatar suas determinações. Ocorre que induções como essa são perigosas, pois podem gerar a responsabilização patrimonial do estado. É que, segundo o novo art. 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, 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.

ANDRÉ ROSILHO – Professor da FGV Direito SP. Pesquisador do Grupo Público da FGV Direito SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. Doutor em direito pela USP. Mestre em direito pela FGV Direito SP. Advogado.