JOTA

TCU

O Direito também tem de valer para o TCU

Está havendo uma inversão de papéis?

ANDRÉ ROSILHO

18/04/2017 23:26

TCU crédito Borowski/Domínio Público

O Tribunal de Contas da União (TCU) vem disputando espaço com o legislador. Ao tomar decisões, não raro procura transformar suas *preferências* em *deveres jurídicos gerais*. As estratégias para fazê-lo são muitas, mas normalmente têm raiz em leitura própria do art. 70 da Constituição, que lhe confere competência para fiscalizar não só quanto à legalidade e legitimidade, mas também quanto à economicidade.

A simples previsão do parâmetro de controle "economicidade" tornaria o TCU competente para impor comportamentos e para punir sempre que intuísse que recursos públicos poderiam ser mais bem empregados pela administração, mesmo que não identificada ilegalidade? Para o TCU, parece que sim. É o que sugere sua jurisprudência recente.

O Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE) foi caracterizado pela legislação como serviço social autônomo (Sistema S). É ente privado, não integra a

administração pública e, por isso, está sujeito a regime jurídico peculiar, distinto daquele aplicável a órgãos e entes estatais. Não é obrigado, por exemplo, a seguir as leis federais de licitação.

No entanto, por gerir recursos de origem pública, entende-se que está sujeito a controles estatais específicos (como o exercido pelo TCU) e que, ao agir, tem de tomar cautelas especiais (como instituir processo seletivo para a aquisição de bens e serviços). É por essa razão que o SEBRAE criou, por ato normativo interno, um "Regulamento de Licitações e Contratos". Dele consta a possibilidade de o ente contratar por pregão, sendo livre para optar pelas modalidades presencial (art. 20) ou eletrônica (art. 21).

O TCU não desconhece esses fatos. Mas não se constrangeu ao ignorar a opção do legislador (de conferir aos entes do Sistema S discricionariedade para fixar suas regras de contratação) e, sem que houvesse detectado ilegalidade propriamente dita, ao preferir a substituição dessa opção por outra, a seu ver capaz de gerar maior benefício a um menor custo.

[formulario_fulllist]

No acórdão 1.584/2016, o TCU, calcado no princípio da eficiência, afirmou que, apesar de o SEBRAE realmente não estar obrigado (por lei, decreto ou por seu Regulamento) a preferir o pregão eletrônico ao presencial, teria ele o dever de motivar a opção pelo segundo (pregão presencial), sob risco de incorrer "em contratações antieconômicas". Para o TCU, o pregão eletrônico deveria ser utilizado sempre que possível por supostamente permitir "maior competição entre os interessados em contratar e, consequentemente, a obtenção de menores preços".

Essa recomendação não foi fruto da consolidação de interpretações possíveis da legislação. Consubstanciou-se em criação de regra nova (com o dever geral de os entes do Sistema S realizarem pregão eletrônico por ele ser mais econômico), baseada em princípio vago (eficiência). A preferência do TCU pelo pregão se baseia em uma presunção, pois não há base empírica rigorosa que comprove sua maior capacidade de economizar recursos nas diversas situações.

Parece que o TCU está dizendo: "faça o que digo ou prove que estou errado". Mas será que não está havendo uma inversão de papéis? O TCU deve provar que suas regras têm base no Direito e que consistem no único caminho a seguir. Não é adequado atribuir ao gestor ônus argumentativo que é seu. Por mais que sua postura tenha motivação justa, fato é que a erosão de parâmetros jurídicos pela invenção *ad hoc* de regras novas pode causar enorme insegurança jurídica, prejudicando a própria gestão pública. É importante que as regras legais valham também para o TCU.

ANDRÉ ROSILHO – Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Doutor em direito pela USP. Mestre em direito pela FGV Direito SP.