JOTA

TCU

O TCU e a responsabilização pessoal de reguladores

Para punir, não basta a suposição de que o regulador poderia ter sido mais eficiente

GUSTAVO LEONARDO MAIA PEREIRA

14/08/2019 12:21

Pedro França/Agência Senado

No Acórdão 1.366/2019, o Tribunal de Contas da União (TCU) avaliou a atuação da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) na execução do contrato de concessão de rodovia federal e considerou que a agência falhou em realizar *"tempestiva, eficaz e efetiva fiscalização do contrato"*. Daí, mesmo enfatizando que a praxe do Tribunal em relação à regulação é o controle *objetivo*, aplicou sanção pessoal – multa – em face de servidores e dirigentes do órgão regulador.

Os problemas identificados pela Corte giraram em torno da postergação da execução de

obra, que teria causado prejuízo aos usuários, mas não ao erário — o atraso gerou reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em desfavor da concessionária.

+JOTA: **Assine o JOTA e não deixe de ler nenhum destaque!**

Ao decidir desse modo, o TCU, de um lado, se aproximou da ideia de *controle de segunda ordem*, pois avaliou a *eficiência* do regulador, e não o conteúdo da regulação em si. Mas de outro lado, ao punir gestores públicos por ineficiência (sem constatar dano aos cofres públicos), revelou concepção *expansiva* de suas próprias competências. O caso lembra o Acórdão 1.704/2018, em que o TCU, mesmo reconhecendo a inexistência de ilegalidade ou prejuízo ao erário, responsabilizou pessoalmente dirigentes da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ) por considerar que teriam "regulado mal".

Embora a Lei Orgânica do TCU cogite a aplicação de sanções por ato de gestão antieconômico, isto é, ineficiente (art. 58, III), o diploma, no ponto, parece transbordar a moldura constitucional. Por mais que sejam extensos e variados os objetos, parâmetros e produtos do controle pelo TCU, a Constituição só o autoriza a punir mediante a constatação de ilegalidade em matéria financeira (art. 71, VIII).

Chama atenção o fato de os agentes públicos da ANTT, em pelo menos quatro ações civis públicas que apuravam fatos similares, terem sido isentados de responsabilidade pelo Judiciário. Para justificar a aplicação das penalidades, o TCU invocou o *"princípio da independência das instâncias"*, aduzindo não haver *"litispendência entre processos em curso no TCU e procedimentos investigatórios ou processos em andamento no Poder Judiciário."*

O relator, contrariando a unidade técnica, isentou de responsabilidade o Diretor-Geral da agência, sob o fundamento de que, ao aprovar as propostas apresentadas pelos técnicos e outros dirigentes, não cometera *erro grosseiro*, nos termos do art. 28 da LINDB. Mas chancelou a punição dos outros servidores, diretamente envolvidos na elaboração e aprovação dos documentos que autorizaram a postergação das obras, rejeitando argumentos de defesa relacionados às deficiências estruturais da ANTT, deixando, assim, de aplicar o art. 22 da LINDB, que determina que, na interpretação das normas sobre gestão pública, sejam levadas em consideração as *dificuldades reais do gestor*.

Apesar de o TCU sustentar que não impõe, como regra, sanções pessoais a reguladores, o Tribunal, destoando dos parâmetros constitucionais, tem aplicado penalidades com base em achados de fiscalização relacionados a aspectos puramente regulatórios (sem conexão direta com a atividade financeira do Estado), a partir de análises de eficiência (e não de legalidade).

GUSTAVO LEONARDO MAIA PEREIRA – Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp.