JOTA

RESPONSABILIDADE

Responsabilidade solidária em consórcio para o TCU

Para TCU, 'diga-me com quem andas, que direi quem tu és' é insuficiente para punir

YASSER GABRIEL

21/08/2019 12:41
Atualizado em 21/08/2019 às 12:42

Crédito: DIvulgação TCU

A inidoneidade de empresa consorciada não se estende necessariamente às demais empresas do consórcio. Pelo menos não para fins do art. 46 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União – TCU (lei 8.443/1992), que deu ao órgão de controle competência para declarar inidônea empresa fraudadora de licitação. O entendimento veio no acórdão 1.083/2019-Plenário, de relatoria do Min. Benjamin Zymler.

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

A decisão tratou de representação para apurar a participação da Galvão Engenharia S/A – Galvão em supostas fraudes nas licitações para implantação da Refinaria Abreu e Lima. A empresa, juntamente com outras três, compunha consórcio vencedor do contrato para obras de terraplanagem. O tribunal concluiu que as provas respaldavam a aplicação da sanção de inidoneidade para outros membros do consórcio, mas não para a Galvão. Fundamentaram a decisão: (i) o caráter personalíssimo da pena, (art. 5º, XLV, da Constituição), e (ii) acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, também no sentido de afastar a presunção de culpa para todos os membros de um consórcio — o caso envolvia sanção da Lei de Improbidade Administrativa (lei 8.429/1992).

A decisão merece destaque por três motivos.

Primeiro: lógica punitiva que considere a individualização da pena, embora soe óbvia, encontra algumas relativizações no ordenamento jurídico brasileiro em caso de consórcio entre empresas. Exemplo disso é previsão da Lei Anticorrupção segundo a qual, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas serão solidariamente responsáveis pela prática de irregularidade (art. 4º, §2º, lei 12.846/2013). Embora a lei pareça ter tentado estimular a fiscalização entre empresas consorciadas, não parece razoável, nesse caso, a punição de alguém por conduta da qual não participou. E é contra essa ideia que se opõe a decisão do TCU. Para o tribunal, punição apenas com base num "*diga-me com quem andas, que direi quem tu és*" não deve ocorrer. E isso é bom.

Segundo: "independência de instâncias" é argumento recorrente para justificar a variação de critérios para aplicação de sanção por diferentes controladores. E, embora normalmente haja fundamento normativo respaldando tal argumento, ele muitas vezes vem a custo de previsibilidade e segurança jurídica. Ao buscar harmonização entre seu modo de atuação e o do Judiciário, o TCU acaba por diminuir esse efeito, sem, contudo, abrir mão de sua autonomia decisória. Não é absurda a ideia de critérios similares para aplicar sanções com efeitos práticos semelhantes, ainda que por controladores diferentes.

Terceiro: bons exemplos de controle devem ser evidenciados. Eles podem ser replicados pelo próprio controlador e inspirar outros no exercício de suas respectivas competências. É o caso do acórdão analisado. Afinal, controlar nem sempre é sinônimo de punir o controlado.

YASSER GABRIEL – Mestre em Direito pela FGV DIREITO SP. Doutorando em Direito Administrativo pela USP. Pesquisador do Grupo Público da FGV Direito SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp