JOTA

CONTROLE PÚBLICO

O TCU como fiador de reequilíbrios?

Fórmulas inovadoras de controle prévio reforçam tendências anteriores à pandemia

DANIEL BOGÉA

08/07/2020 13:10
Atualizado em 08/07/2020 às 14:56

Tribunal de Contas da União - TCU. Crédito: flickr/TCU

A crise decorrente da pandemia parece longe do fim. Se entes regulados seguem impactados, os efeitos são distribuídos de forma desigual, tanto em razão da lógica econômica de cada setor como em função das particularidades de cada contrato.

O alardeado "novo normal" será produto de movimentos anteriores à crise. Mais do que criar novidades, a pandemia acelera tendências, explicita problemas e radicaliza consequências.

A necessidade de reequilíbrio de contratos de infraestrutura de transportes é um exemplo. Como reconhecido pela própria AGU (Parecer nº 261/2020), não resta dúvidas sobre a configuração de força maior ou caso fortuito a justificar a renegociação de parcerias.

A legislação de regência e os contratos já estabelecem todo instrumental jurídico necessário para lidar com os desequilíbrios[1]. O desafio maior é reequilibrar as avenças rapidamente, promovendo a continuidade de serviços e evitando o risco de quebra generalizada. A questão não é apenas *como* reequilibrar, mas *quando* fazê-lo.

Nessa equação, qual é o papel do TCU?

Além do já anunciado **Programa Coopera**, que se propõe a remodelar o controle nesse período de crise com "orientação, parceria e diálogo", mais recentemente **foi aventada a criação, no âmbito do TCU, de câmara de mediação para análise de reequilíbrios**.

A solução comportaria um corpo de mediadores formado a partir de critérios definidos pelo Tribunal. Cada proposta firmada de maneira consensual na câmara

seria então distribuída a um ministro relator da Corte, responsável por levar o tema a plenário em trinta dias.

Para além dos óbices jurídicos ao controle prévio (desenvolvidos **aqui** e **aqui**), duas inclinações problemáticas ganhariam novos contornos na hipótese de concretização das câmaras mediadoras/controladoras:

1. A confusão entre controle e regulação poderia ser asseverada, com dificuldades ainda maiores de caracterização do papel de controle de segunda ordem do TCU (*problema de substituição do regulador*);

2. Com o propósito de resolver o problema da paralisia administrativa, a câmara de mediação poderia aumentar a dependência do gestor em relação ao controlador, fazendo com que aquele abdicasse de suas funções sempre que não contasse com a concordância prévia deste (*problema de acomodação do regulador*).

De forma mais elementar, um processo de mediação pressupõe relação de igualdade entre partes. Ocorre que a assimetria de poder decisório entre administração contratante, particular contratado e controlador estabeleceria um viés em favor da solução idealizada pelo órgão de auditoria.

Além disso, assumir o controle nessas bases atrairia ônus institucionais severos ao próprio Tribunal. A um, obrigaria o controlador a realizar análise célere, mesmo diante da provável enxurrada de casos com características próprias. A dois, demandaria validação controladora sem a possibilidade de revisão posterior, sob pena de se gerar insegurança jurídica.

O papel do TCU para a retomada do crescimento do país é, de fato, central. Talvez o melhor caminho seja o aperfeiçoamento institucional aderente ao marco jurídico posto, em lugar de fórmulas que impulsionem o controle prévio sem base constitucional evidente.

---

[1] Mesmo assim o legislador iniciou debates sobre um regime jurídico transitório (PLS n° 2139/2020).

DANIEL BOGÉA – Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Mestre em Direito do Estado (USP). Mestre em Ciência Política (UnB). Sócio de Piquet, Magaldi e Guedes Advogados. Diretor-Executivo do Instituto Desburocratizar.