

## **GRUPO PÚBLICO DA FGV DIREITO SP + SBDP**

### **Observatório do TCU**

### **Balanco crítico de 2018**

### **(versão preliminar)**

#### **Sumário**

1. INTRODUÇÃO .....	3
2. TCU E A GESTÃO PÚBLICA.....	5
A. Muitas decisões, menos segurança jurídica?.....	5
B. Custos e benefícios do controle: o caso da desoneração da folha de pagamentos.....	9
C. Impacto do controle na inovação: caso da “quarteirização” da manutenção de frota de veículos .....	19
D. Racionalismo e incrementalismo no TCU: o caso dos cartões de combustível .....	21
E. Paralisia e burocracia no controle de legalidade.....	24
F. O risco de ser punido e a mensagem do TCU .....	30
G. Regulando com base em presunções: o TCU e a adesão à ata de registro de preços .....	35
H. A interferência do TCU em contratos e parcerias de empresas estatais .....	45
3. TCU E REGULADORES EM PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO .....	55
A. No setor petrolífero, blocos devem ser licitados em separado ou em conjunto?.....	55
B. A quem cabe fixar critérios para a definição de tarifas de pedágios em rodovias? .....	59
C. O TCU como meta-regulador .....	60
D. TCU como regulador de segunda ordem.....	62
E. Regulação do setor portuário e a utilização da técnica de interpretação conforme pelo TCU .....	67

4. TCU E SUA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA.....	71
A. “Mais ou menos” licitante, mais ou menos inidôneo .....	71
B. A atividade sancionatória deve levar em conta a realidade da gestão pública?.....	74
C. Acordo de leniência e a aplicação de sanções pelo TCU .....	76
D. Novos posicionamentos do TCU sobre acordos de colaboração.....	82
E. Inidôneo, mas apenas a um limite.....	86
F. Considerando a multiplicidade de controladores, o que seria uma atividade sancionatória eficiente? .....	90
G. Acordo de colaboração: empréstimo de prova e sobrestamento de processo de aferição de culpabilidade .....	95
5. TCU E OS LIMITES DE SUAS COMPETÊNCIAS .....	102
A. Até onde vão os poderes cautelares do TCU?.....	102
B. Auditorias, em sentido estrito, podem contribuir para a boa gestão pública .....	106
C. Qual é o critério do TCU para decretar a indisponibilidade de bens de contratados pela administração?.....	109
D. Pode o TCU controlar opções político-estratégicas de estado? O caso do Seguro de Crédito à Exportação.....	117
E. Há fundamento jurídico para o TCU controlar Procedimentos de Manifestação de Interesse?.....	124
F. Pode o TCU declarar indisponíveis bens de empresas em recuperação judicial?.....	126
G. Pode o TCU aplicar multas a particulares? .....	132
H. Pode o TCU desconsiderar a personalidade jurídica de empresas?.....	134

## 1. INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

Números indicam que o TCU teria ampliado consideravelmente suas atividades nos últimos anos. O dado mais eloquente talvez seja o que retrata a quantidade de acórdãos: em 2005, o TCU proferiu 7.044 acórdãos; em 2016, o número chegou a 24.367, um aumento expressivo de 245%.<sup>2</sup>

Cresceu também a quantidade de pessoas condenadas pelo órgão de controle. Em 2005, 1.484 pessoas foram condenadas ao pagamento de multa ou ressarcimento de dano ao erário, num valor total de R\$ 362 milhões. Números mais elevados aparecem em 2016, ano em que 3.005 pessoas foram condenadas (variação de 102%) e o valor total de multas e indenizações fixadas atingiu R\$ 2,4 bilhões (crescimento de 235%, considerada inflação).

Por outro lado, há dados que sugerem que a atuação do TCU não teria se expandido de modo tão radical. Por exemplo, o número de processos que, na visão do Tribunal, foram julgados conclusivamente em 2005 foi pouco maior do que o verificado em 2016 (5.892 ante 5.623).<sup>3</sup> Por sua vez, as medidas cautelares tomadas pelo TCU, hoje tão polêmicas, não experimentaram, em termos numéricos, crescimento substancial: foram 88 medidas em 2005; atingiu-se o pico de 137 em 2013; e houve 80 medidas em 2016. Um último dado, na contramão da ideia de inchaço do controle: em 2016, o TCU instaurou 1.579 processos de Tomada de Contas Especial, 22% a menos que em 2005.

Embora os números, por si só, não sejam conclusivos, o fato é que as decisões do TCU nunca geraram tanta polêmica no debate público como na última década. Essa afirmação é óbvia para aqueles que acompanham o noticiário político e jurídico, mas

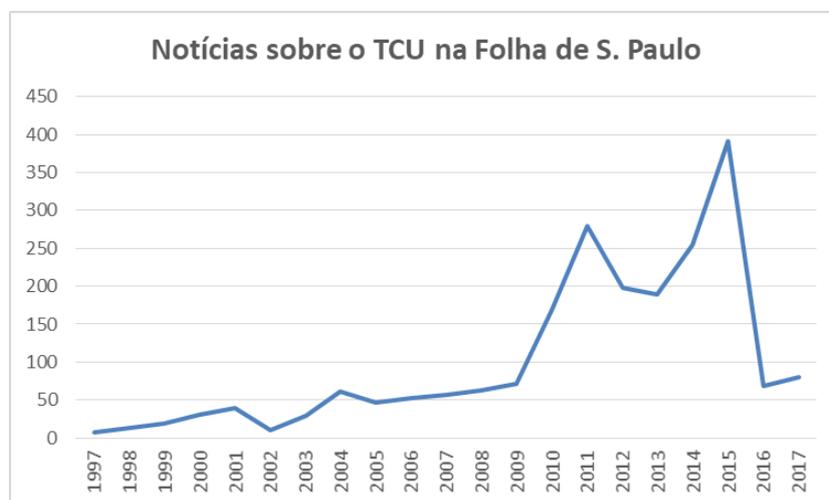
---

<sup>1</sup> Participam do Observatório do TCU e contribuíram para a elaboração deste balanço crítico: André Braga; André Rosilho; Conrado Tristão; Daniel Bogéa; Gilberto Gomes; Gustavo Maia Pereira; Julia Lillo; e Yasser Gabriel.

<sup>2</sup> Todos os dados mencionados na introdução a esse balanço crítico foram obtidos nos Relatórios de Atividades do TCU dos anos de 2005 e 2016, disponíveis na página eletrônica do Tribunal.

<sup>3</sup> Sobre os desafios da caracterização do trânsito em julgado administrativo no âmbito do TCU, v. SUNDFELD, Carlos Ari, MONTEIRO, Vera e ROSILHO, André. O Valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidade de contratos. *Revista Direito GV*. São Paulo, v. 13, n. 3, p. 876 e ss., set./dez. 2017.

vale a pena reforçá-la com o gráfico a seguir, que mostra a variação, ao longo dos anos, da quantidade de notícias sobre o TCU publicadas no jornal Folha de São Paulo.<sup>4</sup>



Fonte: Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp

O que explicaria tanta notícia e polêmica se, em termos quantitativos, não está clara a expansão do controle exercido pelo TCU?

Uma hipótese é a de que teria havido, na verdade, uma mudança *qualitativa* no modo de atuar do TCU. Teria havido alguma mudança na natureza dos comandos emitidos pelo Tribunal e na escolha de instrumentos de fiscalização. Estaríamos, assim, diante de um TCU com agenda diferente, que usa novas estratégias e mecanismos para acompanhar e fiscalizar o dia a dia da administração pública.

Tal fenômeno precisa ser mais bem compreendido. E isso requer esforço de pesquisa sistemático, concomitante aos fatos. Não se tem notícia de iniciativa voltada a atender a essa específica demanda.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Os números foram encontrados após busca na página eletrônica do jornal, mediante uso da expressão “Tribunal de Contas da União”.

<sup>5</sup> Importantes avanços na compreensão do controle da administração pública, inclusive pelo TCU, têm ocorrido no âmbito de dois importantes projetos de pesquisa desenvolvidos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a coordenação do prof. Floriano de Azevedo Marques Neto (Grupo de Pesquisas sobre o Controle da Administração Pública/GPCAP e Atividade de Extensão Observatório da Administração Pública). O Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp se soma a essas outras iniciativas de pesquisa. Sua particularidade está no fato de seu foco recair com exclusividade sobre a atividade de controle pelo TCU e de se propor a analisar decisões do Tribunal na medida em que elas vão sendo tomadas, de modo concomitante (não há, aqui, esforço de síntese de jurisprudência consolidada).

O *Observatório do TCU* foi criado pelo Grupo Público da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp para preencher esse vácuo. Trata-se de grupo de pesquisa composto por professores, doutores, mestres e alunos de pós-graduação em Direito com ampla experiência em temas do mundo público, cujo objetivo geral é realizar acompanhamento permanente das atividades do Tribunal e produzir balanços críticos de sua atuação.

O *Observatório do TCU* — que, inclusive, conta com o auxílio de colaboradores presentes *in loco* nas sessões de julgamento — sistematiza mês a mês, desde o início de 2018, as mais relevantes decisões do Tribunal, organizando-as em quatro eixos temáticos: (i) aquisição de bens e serviços; (ii) desestatizações; (iii) sanções; e (iv) possibilidades e limites de controle.

O presente balanço crítico reúne análises elaboradas a partir dos julgados proferidos pelo TCU ao longo de 2018 e se encontra dividido em 4 grandes seções: (i) TCU e a gestão pública; (ii) TCU e reguladores em processos de desestatização; (iii) TCU e sua atividade sancionatória; e (iv) TCU e os limites de suas competências.

## 2. TCU E A GESTÃO PÚBLICA

### A. *Muitas decisões, menos segurança jurídica?*

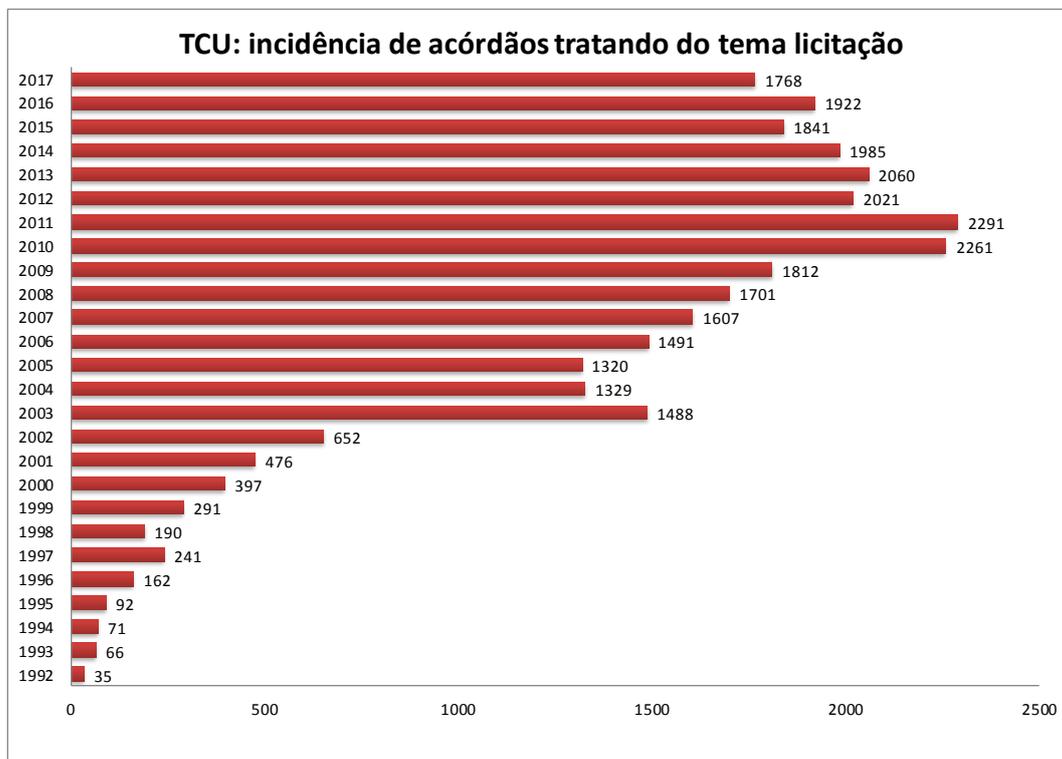
É possível conhecer todas as decisões do TCU sobre licitações e contratos administrativos? A pergunta é retórica, pois a grande quantidade de decisões afasta qualquer chance de resposta positiva.

Entre 2008 e 2017, o Plenário e as duas Câmaras do TCU prolataram 204.286 acórdãos.<sup>6</sup> Embora o Tribunal não classifique, em seus relatórios anuais de atividades, a natureza dos assuntos tratados em cada um deles, algumas evidências indicam que a quantidade de decisões específicas sobre licitações e contratos administrativos cresceu de maneira significativa em tempos recentes.

---

<sup>6</sup> Dados obtidos a partir dos Relatórios Anuais de Atividades do TCU. Disponíveis em: <<http://portal.tcu.gov.br/transparencia/relatorios/relatorios-de-atividades/>>.

De 1992 até 2017, os colegiados do TCU emitiram 29.570 acórdãos em que apareciam as palavras “licitação” ou “licitações” – média de 1.134 acórdãos por ano.<sup>7</sup> O gráfico abaixo mostra a evolução dos números.<sup>8</sup>



Fonte: Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp.

Obviamente, decidir grande quantidade de casos envolvendo licitações e contratos administrativos não é, em si, um problema. Pode inclusive ser sinônimo de produtividade e zelo com a coisa pública. O desafio está na necessidade de organizar tais decisões num todo coerente, que seja capaz de gerar previsibilidade e pautar a conduta futura dos gestores públicos. Parece razoável dizer que a maximização dos efeitos preventivos e prospectivos da atuação do controle tem o potencial de contribuir para transmutar o TCU em um Tribunal que ajude a administração pública a implementar uma cultura de novas e boas práticas.

<sup>7</sup> A título de comparação, utilizando os mesmos critérios de pesquisa, vê-se que o Superior Tribunal de Justiça tratou bem menos do assunto: 3.366 acórdãos prolatados no mesmo período — o que representa 11,4% do volume do TCU.

<sup>8</sup> Dados obtidos no sistema de busca de jurisprudência na página eletrônica do TCU. Na pesquisa, foram utilizados os termos de busca “licitação ou licitações”, filtrando-se os resultados obtidos a fim de identificar somente as decisões do tipo “acórdão”.

De maneira louvável, há tempos o TCU adota medidas para dar publicidade a seus julgados e entendimentos. Além de disponibilizá-los na internet, por meio de um sistema de buscas bastante eficiente, o TCU publica periodicamente Boletins de Jurisprudência<sup>9</sup> e Informativos de Licitações e Contratos<sup>10</sup>, que reúnem as orientações mais importantes e recentes sobre o tema. Também merece menção o Manual de Licitações e Contratos<sup>11</sup>, editado pelo TCU em 2010. Apesar de ser um guia para o gestor público que precisa praticar atos em processos de licitação ou contratação direta, está defasado e é de difícil consulta por conta da sua forma e volume.

Apesar desses esforços, o grande volume de informações e orientações geradas pelo TCU sobre licitações e contratos administrativos ainda detém, aparentemente, o potencial de gerar dificuldades — inclusive para os próprios auditores e ministros do Tribunal.

É a conclusão a que se chega por meio da leitura do Acórdão 433/2018 – Plenário, julgado em 7 de março de 2018. O que ocorreu?

A empresa Trivale Administração Ltda. requereu ao TCU, em novembro de 2017, a suspensão cautelar de pregão realizado pelo Conselho Regional de Fisioterapia e Terapia Ocupacional da 3ª Região (Crefito-3), que tinha por objetivo a contratação de empresa para o fornecimento de vale refeição, num valor estimado de R\$ 1,6 milhão. De acordo com a Trivale, o Crefito-3 havia adotado, no edital, regra de qualificação técnica que restringia indevidamente a competição entre os licitantes, ao prever que empresas com atuação exclusiva no setor de vale alimentação não poderiam participar da disputa.

O TCU deu razão à empresa e suspendeu o andamento do pregão (Acórdão 56/2018 – Plenário, julgado em 17 de janeiro de 2018). Motivo: os serviços de fornecimento de vale refeição e vale alimentação seriam similares. Logo, o Crefito-3 também deveria ter considerado tecnicamente aptas, para participar da licitação, as empresas com experiência anterior no ramo de vale alimentação.

O Tribunal mudou seu entendimento cerca de dois meses depois, revogando a medida cautelar e, no mérito, decidindo pela regularidade da licitação (Acórdão

---

<sup>9</sup> Disponíveis em: <<http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/>>.

<sup>10</sup> Disponíveis em: <<http://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos.htm>>.

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/licitacoes-e-contratos-4-edicao.htm>>.

433/2018 – Plenário). Na nova decisão, a unidade técnica e o ministro relator defenderam que, na verdade, existiriam justificativas razoáveis para diferenciar o fornecimento de vale refeição e vale alimentação, em especial o fato de que os dois serviços dependeriam de redes credenciadas distintas para atendimento aos usuários.

O interessante é notar que o fundamento que levou à revogação da medida cautelar — o de que é juridicamente possível restringir a participação de fornecedores de vale alimentação em licitações para a contratação do serviço de vale refeição — já havia sido utilizado em pelo menos três julgados anteriores do TCU<sup>12</sup>, fato que foi apontado pelo Crefito-3 em oitava promovida somente após a suspensão do pregão.

Há duas maneiras de interpretar o que ocorreu no momento do deferimento da medida cautelar: ou o TCU resolveu desconsiderar sua própria jurisprudência, sem uma justificativa expressa; ou o Tribunal não notou que a concessão da medida cautelar feria precedentes consolidados sobre o assunto.

Tendo em vista que o fundamento principal da segunda decisão (serviços de vale refeição e vale alimentação não são similares) é mera negação do fundamento da primeira decisão (serviços são similares), não trazendo novas questões de fato ou de direito relevantes, fica-se com a impressão de que o Tribunal simplesmente negligenciou a existência dos julgados anteriores.

De qualquer forma, nas duas hipóteses, o resultado é insegurança jurídica. Mas não só: em razão da suspensão do pregão pelo TCU, o Crefito-3 promoveu a prorrogação excepcional de seu contrato de fornecimento de vale refeição, em condições aparentemente menos vantajosas se comparadas com as oferecidas na proposta vencedora do pregão.

Tudo o que vai acima parece ser fruto de um complexo emaranhado de precedentes sobre licitações e contratos administrativos, que pode resultar em incertezas, obstáculos burocráticos e prejuízos para controladores e controlados.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Acórdão de Relação 2.356/2013 – Plenário, julgado em 4 de setembro de 2013; Acórdão 6.082/2016 – Primeira Câmara, julgado em 20 de setembro de 2016; e Acórdão de Relação 8.291/2017 – Segunda Câmara, julgado em 5 de setembro de 2017.

<sup>13</sup> Para uma análise das dificuldades impostas aos administrados em decorrência da proliferação de regras, v. RUHL, J.B.; SALZMAN, James. Mozart and The Red Queen: The Problem of Regulatory Accretion in the Administrative State. *The Georgetown Law Journal*, v. 91, p. 757-850, 2003.

### ***B. Custos e benefícios do controle: o caso da desoneração da folha de pagamentos***

O TCU se preocupa em calcular os benefícios de suas ações.<sup>14</sup> O tema é recorrentemente mencionado em seus relatórios anuais de atividades. Em 2017, o TCU teria propiciado uma economia aos cofres públicos da ordem de R\$ 10,9 bilhões.<sup>15</sup> Como esse cálculo é feito?

A Portaria TCU 82/2012 traça balizas para a identificação, avaliação e registro dos benefícios das ações de controle externo do TCU. Trata-se, contudo, de norma com regramentos vagos, que não fixam metodologias específicas. Na verdade, tal mensuração é feita caso a caso pelo Tribunal, conforme a natureza da irregularidade identificada e o tipo de ação de controle executada.

Recentemente, por exemplo, o TCU entendeu haver irregularidades na revisão da tarifa básica do pedágio da rodovia BR 101.<sup>16</sup> Em razão disso, determinou à ANTT que realizasse novos estudos e retificasse a decisão tomada no processo de revisão tarifária. Segundo as estimativas feitas pela unidade técnica do TCU, a ANTT teria adotado metodologia financeira equivocada, superestimando o novo valor da tarifa, o que levaria, ao longo do contrato de concessão, a um prejuízo de cerca de R\$ 351 milhões ao conjunto de usuários da rodovia. Como o TCU supostamente impediu que o prejuízo se concretizasse, esse valor de R\$ 351 milhões foi considerado, pelo Tribunal, como indicador dos benefícios gerados por ele ao país.<sup>17</sup>

Embora necessária, a tentativa de quantificar os ganhos advindos das ações de controle do TCU está cercada de dificuldades. Isso porque as decisões do Tribunal podem trazer consequências indesejadas, inicialmente não previstas, capazes de transformar ações de controle aparentemente benéficas em fontes de custos e ineficiência para a administração pública.

Por exemplo, ao expedir determinações bem abertas, desprovidas de conteúdo claro *a priori* — como no caso da tarifa básica do pedágio da rodovia BR 101

---

<sup>14</sup> Talvez seja a própria lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) que dê ensejo a esse tipo de preocupação. O art. 93, por exemplo, parece sugerir que o custo do controle deva ser inferior ao “valor do ressarcimento”.

<sup>15</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório anual de atividades do TCU – 2017. Brasília, 2018, p. 8.

<sup>16</sup> Acórdão 290/2018 – Plenário.

<sup>17</sup> TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório anual de atividades do TCU – 1º Trimestre de 2018. Brasília, p. 10.

(determinação para que fossem realizados “novos estudos”) — é possível que o TCU, ao invés de gerar benefícios, acabe apenas tornando o processo decisório mais complexo e moroso — e, por isso, mais custoso. Por que, antes de emitir uma determinação como essa, o TCU não optou por realizar uma discussão ampla e geral para analisar as variáveis envolvidas e conceber fórmulas adequadas? Esse outro modo de agir (preocupado com as consequências práticas da decisão) poderia conduzido a determinações mais concretas e de cumprimento mais simples e menos custoso.

É possível enxergar algumas dessas dificuldades e consequências indesejadas no processo que culminou, em 28 de março deste ano, no Acórdão 671/2018 – Plenário do TCU.<sup>18</sup>

Em agosto de 2011, o governo federal lançou o Plano Brasil Maior, política que tinha por objetivo incentivar a indústria e as exportações brasileiras, bem como incrementar a quantidade de empregos formais no país.

Uma das principais iniciativas do Plano Brasil Maior envolveu a criação — por meio da Medida Provisória 540/2011, posteriormente convertida na lei 12.546/2011 — de novo regime tributário, que permitia às empresas de alguns setores optar pela incidência da contribuição previdenciária patronal sobre a receita bruta, e não mais sobre a folha de salários. Esse regime ficou conhecido como “desoneração da folha de pagamentos”. De início, apenas alguns setores foram beneficiados, como o de software e o de confecções. Mais tarde, outros setores foram contemplados, como alguns segmentos da construção civil. As empresas que optassem pela desoneração passariam a pagar uma alíquota de 1,5% a 2,5% da receita bruta, dependendo da atividade econômica desempenhada, em substituição ao pagamento de 20% sobre a folha de salários.

À época da instituição da desoneração, estudos do governo federal sugeriam que a nova política representaria uma perda de receita de R\$ 214 milhões em 2011 e de R\$ 1,4 bilhão em 2012.<sup>19</sup> Ou seja: algumas empresas passariam a pagar menos tributos.

Diante desses fatos, em 2013 a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas do TCU (Selog) propôs uma representação<sup>20</sup> ao Plenário do Tribunal,

---

<sup>18</sup> O Acórdão 671/2018 foi emitido no Processo TC 013.515/2013-6.

<sup>19</sup> Essas estimativas foram mencionadas na exposição de motivos da Medida Provisória 540, de 2 de agosto de 2011.

apontando para a possível existência de irregularidades em contratos administrativos firmados com empresas beneficiadas pela desoneração. Nesse amplo grupo de contratos, estariam presentes, por exemplo, contratos de prestação de serviços de informática, *call center* e engenharia.

A Selog fundamentou a representação em dois argumentos principais.

Em primeiro lugar, invocou a obrigação legal de a administração pública revisar, para mais ou para menos, os preços de seus contratos sempre que estes fossem comprovadamente impactados pela criação, alteração ou extinção de um tributo ou encargo legal (art. 65, § 5º, da lei 8.666/1993).

Como a desoneração da folha de pagamentos resulta numa carga tributária menor para certos prestadores de serviços ao poder público, a equação econômico-financeira dos respectivos contratos administrativos deveria ser reequilibrada, mediante a diminuição dos preços pagos pelos contratantes estatais.

Em segundo lugar, a Selog entendeu que uma atuação proativa do TCU se mostrava necessária porque existiriam indícios de que diversos entes públicos não estariam tomando providências para a revisão dos contratos impactados. A Selog chegou a essa conclusão após pesquisa com 11 unidades jurisdicionadas. Apenas uma delas informou ter tomado medidas para a revisão de contratos celebrados com empresas beneficiadas pela desoneração. As outras dez ou nada fizeram ou ainda estavam estudando a ação mais adequada.

O TCU, no Acórdão 2.859/2013 – Plenário, julgou procedente a representação da Selog, determinando em especial que órgãos e entidades públicas federais adotassem medidas para (i) a revisão dos contratos de prestação de serviços ainda vigentes, celebrados com empresas beneficiadas pelo novo regime, inclusive mediante a aplicação de efeitos retroativos desde a data de início da desoneração; e (ii) a obtenção, pela via administrativa, dos valores pagos a mais em relação a contratos de prestação de serviços já encerrados, também firmados com empresas beneficiadas pela desoneração.

Uma peculiaridade: o TCU não endereçou essas determinações diretamente a todos os órgãos e entidades públicas federais. Ele o fez por meio dos chamados “órgãos

---

<sup>20</sup> A legitimidade das unidades técnicas do próprio TCU para propor representações ao Plenário está prevista no art. 237, IV, do Regimento Interno do Tribunal.

governantes superiores”,<sup>21</sup> cada um deles responsável por normatizar e fiscalizar a gestão dos recursos logísticos de um conjunto específico de organizações públicas.

Assim, em vez de expedir ordens sobre o assunto a cada empresa estatal federal, o TCU determinou ao Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais do Ministério do Planejamento (DEST) que o fizesse.

Na mesma linha, o TCU determinou ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento (SLTI) que encaminhassem orientações aos respectivos órgãos e entidades sob sua fiscalização.

O contexto demonstra que, embora não possua poderes normativos amplos, o TCU pode se valer, inclusive de ofício, de mecanismos que conferem considerável alcance a suas decisões, de modo a influenciar substancialmente a forma como o poder público federal faz a gestão de seus contratos.

No mesmo Acórdão 2.859/2013 – Plenário, o TCU tratou dos potenciais benefícios decorrentes de sua ação de controle. Conforme suas estimativas, o ressarcimento de “pagamentos indevidos” em virtude da não redução dos preços dos serviços desonerados poderia resultar em “benefícios impossíveis de serem financeiramente quantificados [naquele] momento, mas certamente na ordem de *centenas de milhões de reais*”.

A realidade, contudo, demonstrou ser mais complexa.

Após a decisão do TCU, surgiram dúvidas sobre a forma de mensurar corretamente a diminuição do montante de contribuições pagas pelas empresas beneficiadas pela desoneração. Particularmente espinhosa se mostrou a seguinte questão: se uma empresa exerce, ao mesmo tempo, atividades sujeitas e não sujeitas ao novo regime, como ela deve calcular o impacto da desoneração sobre o preço do serviço prestado? Como ela deve preencher a planilha de custos a ser apresentada ao poder público em processos licitatórios ou em processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro?

Na tentativa de responder a essas perguntas, vários órgãos públicos emitiram pareceres jurídicos ou notas técnicas, como a Procuradoria Federal junto à Agência

---

<sup>21</sup> O conceito de “órgãos governantes superiores” aparece em outras decisões do TCU, como no Acórdão 2.308/2010 – Plenário, que trata de levantamento feito pela Corte de Contas sobre a governança de tecnologia da informação da administração pública federal.

Nacional de Saúde Suplementar, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, a Coordenação-Geral Jurídica de Licitações, Contratos e Convênios da Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento e a Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Consultado a respeito, o Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos da Consultoria-Geral da União entendeu não ser competente para se manifestar.

As dúvidas chegaram à Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos do Departamento de Consultoria da Procuradoria-Geral Federal da Advocacia-Geral da União, que em 2016 emitiu parecer a fim de uniformizar os entendimentos jurídicos espalhados pelo Poder Executivo Federal.<sup>22</sup>

Definir a metodologia e o procedimento mais adequados para a revisão dos contratos tornava-se ainda mais tortuoso em virtude das constantes alterações feitas no regime jurídico aplicável à desoneração. Originalmente, previu-se que ela duraria até dia 31 de dezembro de 2014; mais tarde, tornou-se válida por tempo indeterminado.<sup>23</sup> Em relação a alguns setores econômicos, houve alteração das alíquotas incidentes sobre a receita bruta, o que significou, em alguns casos, o aumento do valor a ser pago por certas empresas.<sup>24</sup> De 2011 até hoje, a lei 12.546/2011 foi modificada por nove medidas provisórias.<sup>25</sup>

Nesse cenário de instabilidade, caso o ente público quisesse cumprir à risca as determinações do TCU, provavelmente precisaria instaurar sucessivos processos administrativos para a revisão dos preços de um mesmo contrato.

---

<sup>22</sup> Para uma descrição dos pareceres e notas técnicas mencionadas, ver: Parecer nº 011/2016 CPLC/DEPCONSUS/PGF, elaborado pela Advocacia-Geral da União. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/38034130>>.

<sup>23</sup> O prazo de 31 de dezembro de 2014 estava previsto na redação original dos artigos 7º e 8º da Lei 12.546/2011. O regime da desoneração passou a valer por prazo indeterminado após a edição da Medida Provisória 651, de 9 de julho de 2014, posteriormente convertida na Lei 13.043/2014, que alterou a Lei 12.546/2011.

<sup>24</sup> Inicialmente, em 2011, fixou-se uma alíquota de 2,5% sobre a receita bruta das empresas do setor de tecnologia da informação (art. 7º da Lei 12.546/2011, em sua redação original). Em 2015, por força da Lei 13.161/2015, tal alíquota subiu para 4,5%.

<sup>25</sup> Medidas Provisórias 556/2011, 563/2012, 582/2012, 601/2012, 612/2013, 634/2013, 651/2014, 774/2017 e 794/2017.

Para o TCU, as diversas modificações no regime da desoneração não impediam a revisão dos contratos, que deveria ser feita mediante a “escorreita modulação temporal dos efeitos produzidos pela lei 12.546/2011 e alterações posteriores sobre o assunto”.<sup>26</sup>

Ao que tudo indica, os próprios particulares beneficiados pela desoneração tinham dificuldades em interpretar os detalhes da legislação. Prova disso é que a Receita Federal emitiu diversos pareceres sobre o assunto para responder a consultas formuladas por empresas.<sup>27</sup> Alguns entes públicos também relataram ao TCU que certas empresas não estavam seguras quanto à forma adequada de mensurar os ganhos com a desoneração.<sup>28</sup>

Apesar de toda essa aparente complexidade, os destinatários das determinações previstas no Acórdão 2.859/2013 – Plenário buscaram cumpri-las, conforme constatado pelo TCU.<sup>29</sup>

Os “órgãos governantes superiores” (CNJ, CNMP, DEST e SLTI) de fato expediram orientações às organizações públicas sob sua fiscalização, incentivando-as a adotar medidas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos afetados pela desoneração e para o ressarcimento de valores pagos a mais em contratos encerrados. A SLTI, por exemplo, publicou guia com orientações para a revisão dos contratos de prestação de serviços de tecnologia da informação.<sup>30</sup>

Alguns entes criaram grupos de trabalho para estudar os impactos da desoneração em seus contratos. Foi o que fez o Senado Federal,<sup>31</sup> a Caixa Econômica Federal,<sup>32</sup> a VALEC,<sup>33</sup> o CNJ,<sup>34</sup> a Companhia Docas do Estado de São Paulo,<sup>35</sup> o Banco

---

<sup>26</sup> Acórdão 1.212/2014 – Plenário.

<sup>27</sup> Ver, por exemplo: Solução de Consulta COSIT 20/2013 (publicada no DOU em 22/11/2013); Solução de Consulta COSIT 38/2013 (publicada no DOU em 06/12/2013); Solução de Consulta COSIT 78/2014 (publicada no DOU em 09/04/2014); Solução de Consulta COSIT 154/2015 (publicada no DOU em 01/07/2015).

<sup>28</sup> A Universidade Federal do Paraná informou ao TCU, em seu Relatório de Gestão de 2014, que “os servidores técnicos não tinham segurança e o conhecimento suficientes para os trabalhos, em função da complexidade dessas medidas legais, pois as próprias contratadas também tinham muitas dúvidas de como fazer as planilhas de cálculos demonstrativos”. O citado relatório está disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=52850945>>.

<sup>29</sup> Acórdão 1.212/2014 – Plenário, que teve por objeto o monitoramento das determinações do Acórdão 2.859/2013 – Plenário.

<sup>30</sup> O documento com orientações foi divulgado no portal eletrônico sobre compras públicas do governo federal. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/ROTEIRO-DAS-ORIENTACOES-A-SEREM-EXPEDIDAS-PELA-SLTI---Desoneracao-da-folha-de-pagamento.pdf>>.

<sup>31</sup> Informação mencionada no Acórdão 1.212/2014 – Plenário.

<sup>32</sup> Informação mencionada no Acórdão 1.212/2014 – Plenário.

do Brasil,<sup>36</sup> o Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos da Fundação Oswaldo Cruz,<sup>37</sup> o Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe,<sup>38</sup> o Banco do Nordeste,<sup>39</sup> entre outros.

O CNJ<sup>40</sup> e a Universidade Federal do Paraná<sup>41</sup> informaram ao TCU que a revisão dos contratos demandaria treinamento de servidores.

Litígios surgiram.

No âmbito administrativo, empresas manifestaram discordância em relação aos cálculos realizados pelo poder público nos processos de revisão.<sup>42</sup> Outras dificultaram a coleta de documentos e informações<sup>43</sup> ou se recusaram a assinar os respectivos termos aditivos.<sup>44</sup>

---

<sup>33</sup> Relatório de Gestão de 2014 elaborado pela VALEC, p. 155. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=53109992>>.

<sup>34</sup> Relatório de Gestão de 2014 elaborado pelo CNJ, p. 118. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=53209424>>.

<sup>35</sup> Relatório de Gestão 2014 elaborado pela Companhia Docas do Estado de São Paulo, p. 179. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=53808960>>.

<sup>36</sup> Relatório de Gestão de 2015 elaborado pelo Banco do Brasil, p. 143. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=55677098>>.

<sup>37</sup> Relatório de Gestão de 2014 elaborado pela Fundação Oswaldo Cruz, p. 338. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=52949558>>.

<sup>38</sup> Relatório de Gestão de 2014 elaborado pelo Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe, p. 147. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=52980493>>.

<sup>39</sup> Relatório de Gestão de 2014 elaborado pelo Banco do Nordeste, p. 113. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=53045528>>.

<sup>40</sup> Informação mencionada no Acórdão 1.212/2014 – Plenário.

<sup>41</sup> Relatório de Gestão de 2014 elaborado pela UFPR, p. 217. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=52850945>>.

<sup>42</sup> Ver, por exemplo, Relatório de Gestão de 2014 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, p. 280: “A Seccional [da Bahia] possui apenas um único contrato de serviços de TI (Contrato 77/2011), cuja desoneração anual média é de R\$ 5.139,96. Contudo, a repactuação continua pendente, visto que a empresa contratada não concorda com as alterações”. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=53010006>>.

<sup>43</sup> Ver, por exemplo, Relatório de Gestão de 2014 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, p. 149: “Até o momento, as tentativas de contato para solicitação da documentação necessária foram infrutíferas, no entanto, o CADE permanece em busca de solução”. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=52854470>>. Ver também o já citado Relatório de Gestão de 2014 do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, p. 280: “Não atendida a solicitação, foi reiterada outras vezes e tais planilhas ainda não foram apresentadas. A [Seção Judiciária de Goiás] envidará esforços visando implementar a referida repactuação, o mais breve possível. Caso a Contratada não apresente os aludidos documentos, serão aplicadas as sanções previstas no contrato”.

<sup>44</sup> Ver, por exemplo, Relatório de Gestão de 2014 do BNDES, p. 122. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=53013297>>.

Certas empresas acionaram o Poder Judiciário, obtendo, em alguns casos, decisões que suspenderam o processo administrativo de revisão contratual<sup>45</sup> ou tornaram as condições do ressarcimento menos desfavoráveis ao particular.<sup>46</sup>

No TCU, o Acórdão 2.859/2013 – Plenário foi desafiado por pedido de reexame proposto em setembro de 2014 por três associações de empresas de tecnologia, que alegaram dois pontos principais.

Primeiro: o regime de desoneração da folha de pagamentos teria objetivos extrafiscais, como fomentar investimentos e desenvolver o setor de tecnologia da informação. Logo, a diminuição da carga tributária não se refletiria necessariamente na diminuição dos preços dos serviços ofertados pelas empresas beneficiadas. Os valores antes destinados ao pagamento de contribuições poderiam ser utilizados, por exemplo, na compra de novos equipamentos ou na contratação de nova mão-de-obra. Exigir a revisão dos contratos públicos envolvendo os setores desonerados equivaleria a esvaziar os objetivos estipulados pela política industrial do governo federal. Seria “dar com uma mão e retirar com a outra”.

Segundo: ao exigir que os processos de revisão contratual retroagissem até a data do início da vigência do regime de desoneração e, ainda, ao determinar o ressarcimento de valores pagos a mais em contratos já encerrados, o TCU estaria produzindo “clara e ilegal insegurança jurídica”.

O Ministro Relator proferiu despacho por meio do qual conheceu do pedido de reexame e lhe atribuiu efeito suspensivo.<sup>47</sup> A partir desse momento, diversos órgãos suspenderam as providências que estavam sendo tomadas para a revisão dos contratos vigentes e o ressarcimento dos contratos encerrados.

---

<sup>45</sup> Ver, por exemplo, Relatório de Gestão de 2015 da ANATEL, p. 194: “No curso do Processo Administrativo de Cobrança acima mencionado, a Empresa Contratada ajuizou a Ação Ordinária nº 57252-13.2014.4.01.3800, perante a Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais – 7ª Vara Federal, requerendo a suspensão do Processo Administrativo de Cobrança nº 53524.009735/2013, para fins de análise da cobrança efetuada pela Anatel. Analisando o pedido apresentado pela Empresa TSI, o Poder Judiciário concedeu a antecipação de tutela (suspensão do processo administrativo), estando a decisão liminar em vigor, sendo que o feito ainda não foi sentenciado”. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=55193727>>.

<sup>46</sup> Ver, por exemplo, Relatório de Gestão de 2014 do CNJ, p. 119: “A empresa impetrou ação judicial contra a decisão da administração do CNJ, tendo como resultado o deferimento do parcelamento - Processo TRF1/SJDF 88466-96.2014.4.01.3400”. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/egestao/ObterDocumentoSisdoc?codPapelTramitavel=53209424>>.

<sup>47</sup> O despacho que concedeu efeito suspensivo ao pedido de reexame é citado no Acórdão 671/2018 – Plenário e em diversos relatórios de prestação de contas das unidades jurisdicionadas do TCU. No entanto, não foi possível acessar, na página eletrônica do Tribunal, seu conteúdo.

A decisão final de mérito veio mais de três anos depois, em março de 2018, com a prolação, pelo TCU, do Acórdão 671/2018 – Plenário, que negou provimento ao pedido de reexame.

Para o Tribunal, uma vez que as normas da desoneração não haviam estabelecido regra específica sobre a desnecessidade da revisão de contratos públicos, dever-se-ia cumprir o que está escrito no art. 65, § 5º, da lei 8.666/1993: “Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso”.

Quanto à pretensa violação ao princípio da segurança jurídica, a unidade técnica do TCU entendeu que “não é razoável, nem moral e nem justo manter-se pagamentos contratuais ilegais, quando isso implica, como é o caso, a realização de despesa paga por toda a sociedade”. Logo, deveria “prevalecer o princípio da legalidade em detrimento do da segurança jurídica, porque o interesse público, norte de todo o regime jurídico-administrativo, assim o exige”.

Como avaliar essa decisão do TCU? No mínimo duas perspectivas são possíveis — e razoáveis.

Pela primeira perspectiva, pode-se defender a decisão com base no argumento de que um dos papéis do TCU é fiscalizar a legalidade das ações da administração pública. De fato, na Constituição, está escrito que cabe ao TCU fiscalizar a “legalidade” de atos (art. 70) — e não que o Tribunal possui algum papel na proteção das expectativas de empresas privadas que prestam serviços ao poder público.

Ainda nessa linha, é possível considerar que, se houve insegurança jurídica, o responsável teria sido o Congresso Nacional, que criou uma regra sobre a obrigatoriedade de revisão de contratos administrativos de difícil aplicação prática (art. 65, § 5º, da lei 8.666/1993). Ou o responsável teria sido o governo federal, que idealizou o regime da desoneração sem prever, na medida provisória que lhe deu origem, um dispositivo específico que expressamente afastasse a necessidade de revisão dos contratos públicos celebrados com as empresas beneficiadas. As sucessivas alterações do regime da desoneração e a sua complexidade tampouco poderiam ser atribuídas ao TCU.

No entanto, convém questionar, sob uma segunda perspectiva, se o TCU adotou a estratégia mais eficiente para a defesa da legalidade.

Vale lembrar que o Tribunal demandou a todos os órgãos públicos, ainda que indiretamente,<sup>48</sup> a adoção de providências para a revisão generalizada de todos os contratos de serviços desonerados vigentes e o ressarcimento de eventuais pagamentos indevidos dos contratos encerrados. Trata-se de abordagem atípica, que foi inclusive criticada pelo Ministério Público junto ao TCU.<sup>49</sup>

Como ficou claro nos parágrafos anteriores, essa escolha teve um custo, que aparentemente não foi desprezível. Após a decisão do TCU em 2013, vários órgãos criaram grupos de trabalho. Estudos foram realizados e processos administrativos foram instaurados, em alguns casos para se chegar à conclusão de que o particular nada deveria ressarcir aos cofres públicos. Servidores públicos precisaram ser treinados. Conflitos surgiram na esfera judicial e administrativa. Produziram-se diversos pareceres jurídicos. É provável que, em certas situações, a questão tenha afetado a continuidade ou a qualidade dos serviços prestados.

Em tese, a prevalecer o rigor do TCU na aplicação do art. 65, § 5º, da lei 8.666/1993, o poder público federal precisará em breve reiniciar esse ciclo de revisão de contratos, pois a recente lei 13.670/2018 pôs fim aos benefícios da desoneração da folha para diversos setores da economia, que a partir de 1º de setembro de 2018 pagarão um valor mais alto em tributos. Na esteira dessas mudanças, já se debate a possibilidade de algumas empresas ingressarem no Judiciário para obter a extensão da vigência da desoneração.<sup>50</sup> Tudo indica que a complexidade e a instabilidade de regras continuarão rondando o tema.

Retornando aos fundamentos do Acórdão 671/2018 – Plenário. Para o TCU, em razão da desoneração da folha de pagamentos, deve-se aplicar o art. 65, § 5º, da lei 8.666/1993 porque “o interesse público, norte de todo o regime jurídico-administrativo,

---

<sup>48</sup> Por força da Decisão Normativa TCU 139/2014, editada após o Acórdão 2.859/2013 – Plenário, todas as unidades jurisdicionadas do TCU ficaram obrigadas a incluir, em seus relatórios anuais de gestão, tópico específico sobre as providências adotadas para o reequilíbrio dos contratos de serviços desonerados e para o eventual ressarcimento de valores pagos a mais em contratos encerrados.

<sup>49</sup> Ver Acórdão 671/2018 – Plenário, que resume a posição do Ministério Público junto ao TCU sobre o mérito do pedido de reexame.

<sup>50</sup> Sobre o ponto, ver: RAYES, Ronaldo; AGUIAR, Bruno. A Lei Federal 13.670/18 e seus impactos na desoneração da folha. Consultor Jurídico, 4 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/opiniao-lei-1367018-impactos-desoneracao-folha>>.

assim o exige”. Do contrário, teríamos “pagamentos contratuais ilegais”, a serem suportados “por toda sociedade”.

O que parece ausente na decisão é a compreensão de que a aplicação do art. 65, § 5º, da lei 8.666/1993 nos termos determinados pelo Tribunal também gera custos que serão pagos “por toda a sociedade”. No futuro, ao calcular os benefícios de sua atuação nesse caso da desoneração, o TCU não deveria ignorá-los — em linha, aliás, com o art. 20 do decreto-lei 4.657, de 1942, inserido pela lei 13.655, de 2018 (Lei da Segurança Jurídica para Inovação).

### ***C. Impacto do controle na inovação: caso da “quarteirização” da manutenção de frota de veículos***

O TCU, no exercício do controle externo da administração, analisa frequentemente a adoção de práticas inovadoras no âmbito da gestão pública. Em mais um desses casos, o Tribunal julgou, em 24 de janeiro de 2018, representação que tratava de possíveis irregularidades nos Correios, relacionadas a pregão eletrônico para a contratação do serviço de gerenciamento da manutenção de frota de veículos (Acórdão 120/2018 – Plenário).

O posicionamento do TCU em tal julgamento, bem como em decisões anteriores sobre o mesmo tema, oferece um bom ponto de partida para se analisar certos dilemas que surgem quando o Tribunal se depara com inovações na gestão pública.

Em linhas gerais, na contratação do serviço de gerenciamento de manutenção de frota de veículos, a empresa contratada não executa diretamente o conserto dos veículos, mas apenas os direciona, via sistema informatizado, para uma das várias oficinas credenciadas, escolhida conforme critérios estabelecidos no contrato, como proximidade do local do veículo danificado e o menor preço oferecido pela manutenção. Em razão dessa participação de outras empresas na execução do serviço, diferentes da contratada, é que alguns doutrinadores chamam esse modelo de “quarteirização”.<sup>51</sup>

---

<sup>51</sup> Ver, por exemplo, PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Manutenção da frota e fornecimento de combustíveis por rede credenciada, gerida por empresa contratada: Prenúncio da “quarteirização” na gestão pública? *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v. 9, n. 102, p. 23-42, 2010.

Em 2009, analisando a quarteirização, à época utilizada pela Polícia Federal, o TCU entendeu que se tratava de uma opção lícita, que respeitava, em tese, as regras e princípios que regem as licitações, embora os estudos apresentados sobre sua economicidade não fossem, segundo o TCU, conclusivos (Acórdão 2.731/2009 – Plenário). Na ocasião, o Min. Aroldo Cedraz observou que a Corte de Contas, “no desempenho do papel de indutora de aprimoramento da gestão pública, deve (...) abster-se de inibir o prosseguimento da tentativa de inovação em análise”.

Embora lícita a quarteirização, o TCU determinou à Polícia Federal que realizasse estudos sobre a viabilidade de adoção de um modelo de gestão *diferente*, talvez melhor, no qual o credenciamento de oficinas fosse realizado pelo próprio órgão público, e não pelo particular contratado.

Vista de maneira isolada, a decisão parece razoável, pois autorizou o prosseguimento da inovação e, ao mesmo tempo, permitiu um exame mais detido de suas potenciais vantagens.

No entanto, voltando os olhos para a decisão mais recente do TCU sobre o assunto, vê-se que, quase 10 anos depois, o Tribunal continua exigindo novos estudos àqueles órgãos e entidades que usam modelo de quarteirização para manutenção de veículos.

No acórdão 120/2018 – Plenário, o TCU determinou aos Correios que condicionassem eventual prorrogação de contratos dessa espécie à demonstração de que a quarteirização é a opção mais vantajosa, à luz de *todas* as boas práticas ao alcance da entidade contratante. Além disso, fez diversas recomendações aos Correios, inexistentes em seus julgados anteriores sobre o mesmo objeto, como designar, para atuar na condição de fiscal desses contratos, empregados que tenham passado por treinamento em mecânica.

Se, por um lado, o TCU vem aprimorando a quarteirização do serviço de manutenção de veículos, ancorado na premissa de que inovações não devem ser inibidas, por outro lado o Tribunal vem criando, por meio da exigência de estudos e avaliações diversas, novos custos para a administração pública – sem que haja indícios concretos de que, em algum momento, o novo modelo causou prejuízos ao erário. E mais: não se sabe se as medidas recomendadas pelo TCU aos Correios, como a

designação de pessoa treinada em mecânica para fiscalizar esse tipo de contrato, trarão benefícios.

É sempre possível realizar novos estudos sobre determinada prática de gestão pública, assim como sempre haverá algum aprimoramento a ser sugerido. No entanto, dada a necessidade de incremento da produtividade do setor público, seria recomendável que o TCU monitorasse mais de perto os benefícios advindos dos pequenos e grandes custos burocráticos que gera.

#### ***D. Racionalismo e incrementalismo no TCU: o caso dos cartões de combustível***

Em conhecido artigo acadêmico de 1981, Colin Diver, professor de Direito Administrativo da Universidade de Boston, afirmava que os gestores públicos costumam oscilar entre dois modelos teóricos ao desenhar políticas públicas.<sup>52</sup>

De um lado estaria o modelo de *racionalismo abrangente*. Com base nele, o gestor público identifica determinado problema a ser enfrentado pelo Estado e, em seguida, tenta mapear todos os métodos conhecidos que possam solucioná-lo. Depois, após uma detalhada análise de custos e benefícios, escolhe o método considerado mais efetivo e o implementa. No outro lado, tem-se o *incrementalismo*, que privilegia um processo mais modesto de formulação de políticas públicas, no qual poucas variáveis são levadas em conta. Aqui, não há exame prévio minucioso de custos e benefícios. O importante é concentrar esforços na correção rotineira e pontual dos problemas que forem surgindo ao longo da execução da política.<sup>53</sup>

Esses modelos teóricos, ainda que simplificadores da realidade, nos ajudam a interpretar duas decisões recentes do TCU (Acórdão 441/2018 – Plenário, julgado em 7 de março de 2018 e Acórdão 891/2018 – Plenário, julgado em 25 de abril de 2018), que evidenciam certas dificuldades na aplicação da legislação sobre contratações administrativas. Do que tratam essas decisões?

---

<sup>52</sup> DIVER, Colin. *Policymaking paradigms in Administrative Law*. *Harvard Law Review*, v. 95, n. 95, p. 393-434, 1981.

<sup>53</sup> Para uma análise dos perfis de gestores públicos no Brasil, ver REIS, Tarcila; MONTEIRO, Vera. Os Tipos de Gestores Públicos Brasileiros. *Jota*, 12 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/os-tipos-de-gestores-publicos-brasileiros-12092018>>.

Em fevereiro de 2018, o Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo (TER/ES) publicou edital de pregão para a contratação do serviço de fornecimento de cartões de combustível, que seriam utilizados no abastecimento de veículos nas eleições deste ano. O valor estimado do serviço era de R\$ 87 mil.

No edital, o TRE/ES não exigiu, dos possíveis fornecedores, comprovação de qualificação técnica (por exemplo, um atestado de capacidade técnica assinado por cliente anterior). Uma empresa viu nesse fato uma irregularidade e encaminhou representação ao TCU, com pedido de medida cautelar, alegando que existiria o risco de o TRE/ES contratar fornecedor incapaz de prestar o serviço de forma adequada.

Ao analisar a questão, os auditores do TCU notaram que o edital tampouco exigia documentação sobre a situação financeira das empresas participantes do pregão.

O ministro relator concordou com a empresa representante e, cautelarmente, sem oitiva dos responsáveis no TRE/ES, suspendeu o processo licitatório, em despacho que foi referendado pelo Plenário do TCU (Acórdão 441/2018 – Plenário).

De acordo com o voto do relator, a ausência de regras editalícias sobre comprovação da qualificação técnica e financeira dos licitantes seria ilegal, pois violaria o art. 27 da Lei 8.666/1993, que fixa o rol de documentos de habilitação em licitações.

Após a suspensão do pregão, o TRE/ES trouxe, em sua defesa, diversos argumentos de fato. Alguns deles merecem destaque.

Por exemplo, nas quatro licitações anteriores para a contratação do mesmo serviço, o TRE/ES não exigiu documentos de qualificação técnica e financeira. E, mesmo assim, as empresas contratadas prestaram adequadamente o serviço, que seria de baixa complexidade.

O TRE/ES ponderou também que, nessas licitações anteriores, poucas empresas participaram da disputa. Em 2016, duas empresas apresentaram proposta. Em 2014, apenas uma. Portanto, dado esse histórico, exigir mais qualificações aumentaria o risco de baixa competitividade na licitação e, conseqüentemente, de insucesso da contratação.

Pela perspectiva incrementalista, esses argumentos do TRE/ES possuem inegável força. Se as licitações eram bem-sucedidas e os serviços eram prestados adequadamente, não haveria, em termos práticos, razão para o TRE/ES passar a exigir documentos novos dos licitantes. Pelo contrário: a pouca competição nas licitações

anteriores – um problema identificado pelo TRE/ES na sua experiência concreta com esse tipo de contratação – indicava que o recomendável seria não os exigir.

Julgando o mérito da representação, o Plenário do TCU manteve o entendimento de que o TRE/ES não poderia ter dispensado a comprovação de qualificação técnica e financeira (Acórdão 891/2018 – Plenário).

A análise feita pelos auditores do TCU e pelo ministro relator girou predominantemente em torno da interpretação de normas jurídicas.

Para o TRE/ES, o art. 37, XXI, da Constituição Federal permitiria a dispensa, ao prescrever que as licitações públicas conterão apenas aquelas “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Visto que, nas contratações anteriores, o serviço havia sido bem prestado mesmo sem comprovação de qualificação técnica e financeira das empresas contratadas, essas exigências seriam dispensáveis.<sup>54</sup>

O TCU discordou. Entendeu que a Constituição precisaria ser interpretada em conjunto com a Lei 8.666/1993, que autoriza a dispensa de documentos de habilitação somente na hipótese de fornecimento de bens para pronta entrega ou em licitações nas modalidades de convite, concurso e leilão (art. 32, § 1º). Não era o caso, então a dispensa teria sido ilícita.

O viés racionalista do TCU revela-se na seguinte passagem da análise empreendida por seus auditores: “em que pese a alegada simplicidade do objeto do pregão (...), não vemos por que motivo não foram incluídos naquele edital exigências mínimas a respeito da habilitação técnica e econômico-financeira, que poderiam garantir, ao menos em tese, a qualificação dos participantes daquele certame”.

Por sua vez, o ministro relator afirmou em seu voto que “não se trata, à primeira vista, de um serviço que possa ser fornecido por qualquer empresa de forma imediata”.

Ou seja: o TCU, ao que parece, não deu grande importância aos anos de experiência (aparentemente exitosa) do TRE/ES na contratação e gestão do serviço. Preferiu abraçar a intuição de que, “em tese” e “à primeira vista”, a exigência de qualificação técnica e financeira poderia se refletir, em algum momento no futuro, em serviços de melhor qualidade. O TRE/ES possuía um problema concreto (necessidade

---

<sup>54</sup> Defendendo a possibilidade de o ente público não exigir, em certos contextos, documentos de qualificação técnica e financeira, ver: MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*. 9. ed. Curitiba: Zênite, 2013. p. 530-533.

de contratar um serviço num contexto local de pouca competição) e experiência para solucioná-lo. O TCU aparentemente possuía uma ideia.

A crítica à decisão do TCU não pode, contudo, ser radical.

A verdade é que – numa interpretação mais literal, que foi a adotada pelo TCU – o art. 32, § 1º, da Lei 8.666/1993 não autoriza a dispensa de qualificação técnica e financeira para casos como o da licitação promovida pelo TRE/ES. O TCU parece ter escolhido o caminho mais seguro pelo prisma jurídico.

O outro lado da moeda é que, em muitos casos, exigências de habilitação técnica e financeira serão inúteis ou até mesmo contraproducentes. Mera burocracia. É o que os fatos aqui narrados sugerem. No embate entre legalidade e eficiência, o TCU optou pela primeira.<sup>55</sup>

O TCU poderia ter agido de maneira diferente? Talvez.

Em outras ocasiões, o Tribunal já adotou interpretações mais elásticas da lei a fim de autorizar determinados comportamentos de gestores públicos. Encaixa-se aí a famosa Decisão 215/1999 – Plenário, de 12 de maio de 1999, que permite, em situações excepcionais e preenchidos certos requisitos, a alteração quantitativa de contratos administrativos em valor acima de 25%, hipótese inexistente na legislação.

Assim, não soaria juridicamente esdrúxula decisão que, em contexto específico e bem delimitado e respeitados certos critérios, autorizasse a dispensa da comprovação de qualificação técnica e financeira.

### ***E. Paralisia e burocracia no controle de legalidade***

O excesso de controle exercido pelo TCU prejudica a atuação de gestores públicos honestos e inovadores?

O debate em torno dessa pergunta ganhou destaque em 2018, sobretudo por causa da recente Lei 13.655/2018, que, entre outras coisas, criou balizas hermenêuticas para a aplicação do direito público pelos órgãos de controle.

---

<sup>55</sup> Para uma análise do conflito entre legalidade e eficiência no âmbito dos julgamentos do TCU, ver PEIXOTO, Maria Andrade de Godoy. *A Análise Econômica do Direito no Tribunal de Contas da União: Um estudo a partir da fiscalização da Petrobras*. 2014. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/11187>>.

Críticos da Lei 13.655/2018 argumentam que, na realidade, a suposta hipertrofia do controle não existe. Por essa ótica, o TCU apenas busca cumprir sua missão constitucional de realizar o “inafastável”<sup>56</sup> controle da legalidade dos atos da administração. Se os tribunais de contas hoje interferem mais no cotidiano do setor público é porque passaram a identificar uma quantidade maior de ilegalidades ou, simplesmente, porque os gestores vêm cometendo um número maior de ilícitos. O gestor honesto, inovador e cumpridor da legislação nada teria a temer.

No entanto, decisão recente do TCU, envolvendo contratos celebrados pelo próprio Tribunal, demonstra que mesmo o controle de legalidade – atividade aparentemente menos sujeita a subjetivismos e excessos – possui diversas nuances, que podem gerar dificuldades para gestores públicos na realização de licitações e na gestão de contratos administrativos.

A referida decisão é o Acórdão 1.234/2018 – Plenário, de 30 de maio de 2018. Uma breve retrospectiva ajuda a compreendê-lo.

Em 2016, o TCU iniciou auditoria interna com o objetivo de avaliar se as obras de construção da Escola Superior de Controle – uma iniciativa do Tribunal – respeitavam a legislação. Nesse processo, a Secretaria de Auditoria Interna do TCU identificou uma possível irregularidade: a Secretaria-Geral de Administração, responsável pelas obras, teria deixado de formalizar por escrito alguns contratos administrativos em hipóteses não autorizadas pela Lei 8.666/1993.

A questão diz respeito à interpretação do art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993, que tem a seguinte redação:

“Art. 62. O **instrumento de contrato é obrigatório** nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitações, e **facultativo** nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. (...)”

§4º É **dispensável o “termo de contrato”** e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, **nos casos**

---

<sup>56</sup> OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. Por que o controle da administração pública incomoda tanto? *Consultor Jurídico*, 28 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-28/contas-vista-controle-administracao-publica-incomoda-tanto>>.

**de compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive assistência técnica.”** (grifo nosso)

O § 4º do art. 62 autoriza, portanto, a dispensa do “termo de contrato” em compras com entrega imediata e sem obrigações futuras, independentemente de seu valor. Caso exista obrigação futura, como prestação de assistência técnica, deve haver termo de contrato, mesmo que o preço do bem seja baixo (R\$ 10.000,00, por exemplo).<sup>57</sup>

Mas há outro ponto: o que seria uma compra com “entrega imediata”? Uma resposta possível está no art. 40, § 4º, da mesma Lei 8.666/1993, que assim dispõe:

“Art. 40. (...). §4º. Nas **compras para entrega imediata**, assim entendidas aquelas com **prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta**, poderão ser dispensadas (...).” (grifo nosso)

Portanto, para fins de dispensa do termo de contrato, entrega imediata seria aquela em que o tempo entre a apresentação da proposta do fornecedor e a entrega total do bem fosse igual ou inferior a trinta dias.

Na fiscalização das obras da Escola Superior de Contas, a Secretaria de Auditoria Interna constatou que a Secretaria-Geral de Administração utilizava uma forma diferente de contar esse prazo de trinta dias: contava-o não da data da apresentação da proposta do fornecedor, como pede a literalidade do § 4º do art. 40 da Lei 8.666/1993, mas sim da data de emissão da nota de empenho referente à despesa. Isso permitia, em número maior de situações, a dispensa do termo do contrato, que acabava sendo substituído pela própria nota de empenho, um documento mais simples.

Em manifestação sobre o relatório preliminar da auditoria interna, a Secretaria-Geral de Administração buscou justificar a sua prática. Valeu-se, por exemplo, dos seguintes argumentos: (i) inexistência de consenso doutrinário sobre o significado do termo “imediata”, contido no § 4º do art. 40 da Lei 8.666/1993; (ii) observância dos princípios da eficiência, celeridade, economicidade e racionalização administrativa; e

---

<sup>57</sup> Esse é o entendimento consolidado no TCU. Ver, por exemplo, o Acórdão 2.147/2015 – Plenário, julgado em 26 de agosto de 2015, em que ficou consignado que “a contratação deve ser formalizada obrigatoriamente por meio de termo de contrato sempre que houver obrigações futuras decorrentes do fornecimento de bens e serviços, independentemente da modalidade de licitação, sua dispensa ou inexigibilidade, conforme preconizado no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993.”

(iii) os maiores custos administrativos para o TCU que a elaboração de termos de contrato em aquisições de baixa complexidade representaria.

Tais argumentos não modificaram o posicionamento da Secretaria de Auditoria Interna, a qual, em novo relatório, registrou que, no caso, a formalização de contratos por meio de notas de empenho “violaria o princípio da legalidade”. Além disso, a dispensa do termo de contrato fora das hipóteses legais aumentaria “a probabilidade de questionamentos jurídicos”.

A controvérsia chegou até a Consultoria Jurídica do TCU, que adotou posição intermediária. Entendeu que, se interpretada de maneira razoável, a Lei 8.666/1993 autorizaria a dispensa de termo contratual nos casos apontados como irregulares pela auditoria interna. Contudo, diante da “ausência de jurisprudência assentada sobre o ponto e do exercício hermenêutico necessário a superar a literalidade dos dispositivos legais”, o TCU deveria, em suas contratações, “continuar considerando indispensável o termo de contrato em compras com prazo de entrega superior a trinta dias da data da apresentação da proposta”.

Os fatos descritos demonstram que agentes públicos podem adotar, em suas decisões e pareceres, posturas deliberadamente conservadoras na interpretação de normas sobre licitações e contratos administrativos, seja em razão da “ausência de jurisprudência assentada” do TCU sobre determinado tema, seja por causa do aumento da “probabilidade de questionamentos jurídicos”.

Na dúvida, a Secretaria de Auditoria Interna e a Consultoria Jurídica do TCU optaram pela interpretação mais literal da Lei 8.666/1993, mesmo havendo indícios de que outras interpretações – também razoáveis – poderiam levar a práticas administrativas mais eficientes.

Essa postura mostra-se ainda mais compreensível se considerarmos que é real o risco de um agente público ser sancionado pelo TCU em razão da dispensa indevida do termo de contrato na aquisição de bens, como demonstram alguns acórdãos do órgão de controle<sup>58</sup>.

Após o parecer da Consultoria Jurídica, a Secretaria-Geral de Administração encaminhou, mediante representação, proposta para que o Plenário do TCU passasse a

---

<sup>58</sup> Ver, por exemplo: Acórdão 3.528/2015 – 2ª Câmara, julgado em 30 de junho de 2015 e Acórdão 1.778/2018 – Plenário, julgado em 1º de agosto de 2018, por meio dos quais se aplicaram multas a gestores públicos.

permitir a formalização de compras de entrega imediata por meio de nota de empenho, mesmo nos casos em que a entrega do bem ocorresse após o prazo de trinta dias da data de apresentação da proposta do fornecedor.

O que a Secretaria-Geral de Administração propôs ao Plenário do TCU, portanto, foi a fixação de um entendimento que estava em desacordo não só com uma interpretação literal do § 4º do art. 40 da Lei 8.666/1993, conforme reconhecido pela auditoria interna e a consultoria jurídica do próprio TCU, mas também com alguns precedentes do próprio Tribunal.<sup>59</sup>

No Acórdão 1.234/2018 – Plenário, os ministros acolheram a representação.

Em seu voto, o ministro relator sustentou, por exemplo, que seria “virtualmente impossível finalizar todo o procedimento licitatório em trinta dias contados da apresentação da proposta, o que implicaria a obrigatoriedade de utilização de termo de contrato na quase totalidade dos casos de compras”.

Destacou, ainda, entre outras razões, que a mudança de entendimento proposta pela Secretaria-Geral de Administração poderia eliminar “elevados custos”, como os relacionados à publicação do termo de contrato em diário oficial ou à remessa do documento para assinatura em outra unidade da federação.

Dessa forma, a solução mais coerente com os “princípios da eficiência e da racionalidade administrativa” seria considerar, como compras de entrega imediata, aquelas integralmente executadas em até trinta dias contados do pedido de fornecimento, formalizado pelo contratante público por meio da nota de empenho.

Essa decisão do TCU nos oferece uma boa oportunidade para refletir sobre dois pontos adicionais.

Primeiro: em quais casos a interpretação mais óbvia de um texto normativo deve ceder lugar a outra interpretação, menos literal, que permita a adoção de práticas administrativas mais eficientes?

No caso analisado, o TCU prestigiou a interpretação feita por seu órgão interno, responsável pelos contratos auditados, de modo que considerações sobre eficiência e redução de custos prevaleceram sobre uma interpretação mais mecânica da legislação.

---

<sup>59</sup> O entendimento de que compras de entrega imediata são aquelas em que os bens são entregues em até trinta dias da data da apresentação da proposta apareceu, por exemplo, no Acórdão 808/2003 – Plenário, julgado em 02 de julho de 2003 e no Acórdão 5.221/2016 – 2ª Câmara, proferido em 03 de maio de 2016.

Em outras ocasiões, contudo, o TCU aparentemente adotou critérios diferentes.

Vale mencionar, por exemplo, o recente Acórdão 891/2018 – Plenário,<sup>60</sup> em que o TCU reputou ilegal a dispensa de documentos de habilitação em licitação conduzida pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo, a despeito da sólida argumentação jurídica apresentada e da inexistência de prejuízos comprovados. Aqui, o viés legalista prevaleceu.

Por essas circunstâncias, seria útil que o TCU estabelecesse critérios mais claros para aferir, em casos controversos, o peso que o Tribunal deve atribuir à interpretação das leis feita pelos entes fiscalizados, sobretudo quando existirem indícios de que essa interpretação embasou a adoção de medidas inovadoras mais eficientes<sup>61</sup>.

O último ponto que merece destaque diz respeito ao caminho trilhado pelo TCU até chegar ao Acórdão 1.234/2018 – Plenário.

Como visto, essa decisão modificou entendimento anterior do Tribunal, ampliando as hipóteses de dispensa de termo de contrato em compras de bens. É provável que o novo entendimento do Tribunal sirva de referência para que outros órgãos e entidades públicas simplifiquem procedimentos e eliminem custos.

Daí ser cabível perguntar – e aqui reside o segundo questionamento: tendo em vista que os dispositivos legais sobre dispensa do termo de contrato têm a mesma redação desde 1994,<sup>62</sup> e que o TCU vem julgando casos sobre o assunto no mínimo desde 2003,<sup>63</sup> a mudança de posicionamento por parte da Corte não poderia ter vindo antes?

---

<sup>60</sup> O Acórdão 891/2018 – Plenário, julgado em 25 de abril de 2018, foi objeto de análise do Observatório do TCU, em relatório sobre os julgados dos meses de março e abril de 2018. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/10/Observat%C3%B3rio-do-TCU-julgados-de-mar%C3%A7o-e-abril-de-2018.pdf>>

<sup>61</sup> Sobre o ponto, confira-se texto de Juliana Bonacorsi de Palma, em que são apresentados critérios segundo os quais a Lei 13.655/2018 (à época ainda sob a forma de projeto de lei), em seus artigos 20 e 21, estabelece testes de deferência a serem realizados por controladores em face da atividade administrativa: PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. SBDP, 2018. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>>.

<sup>62</sup> A atual redação do art. 40, § 4º, da Lei 8.666/1993 foi definida pela Lei 8.883/1994. Por sua vez, o *caput* e o § 4º do art. 62 possuem a mesma redação desde a sua origem.

<sup>63</sup> Ver, por exemplo, o já mencionado Acórdão 808/2003 – Plenário, julgado em 02 de julho de 2003.

A pergunta soa ainda mais pertinente se levarmos em conta o tom utilizado em certos trechos do Acórdão 1.234/2018 – Plenário, que indicam que o entendimento anterior do TCU provocava “elevados custos” e não era realista.<sup>64</sup>

Uma hipótese sobre a aparente demora do TCU para inovar no tema é a de que o atual formato dos processos de fiscalização do Tribunal enfatiza a detecção de irregularidades – e não a disseminação de boas práticas. Isso gera incentivos para que auditores e unidades internas valorizem outros tipos de iniciativa, que não focam na desburocratização do Estado brasileiro.

Não surpreende, nesse contexto, que a mudança da jurisprudência refletida no Acórdão 1.234/2018 – Plenário tenha sido uma consequência de auditoria interna realizada no próprio Tribunal. Com sua representação ao Plenário, a Secretaria-Geral de Administração não buscava a simplificação administrativa nos órgãos e entidades fiscalizadas pelo TCU (até porque não possuiria atribuição para tanto<sup>65</sup>), mas sim a simplificação de seus próprios procedimentos, que haviam sido considerados irregulares pela auditoria interna.

Em um caso envolvendo dispositivos legais relativamente banais, o Acórdão 1.234/2018 – Plenário nos lembra que o controle da legalidade dos atos da administração pública está longe de ser simples. A forma como o TCU o realiza pode, sim, em certos contextos, inibir a tomada de boas decisões por parte dos gestores públicos e representar um entrave ao incremento da produtividade no setor público.

#### ***F. O risco de ser punido e a mensagem do TCU***

Qual é a probabilidade de um servidor da União ser sancionado pelo TCU? Aparentemente, não é alta.

---

<sup>64</sup> Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do Acórdão 1.234/2018 – Plenário, que cita parecer da Secretaria de Licitações, Contratos e Patrimônio do TCU: “[q]ualquer pessoa que opere licitações públicas sabe que considerar como marco inicial, para contagem do prazo de 30 (trinta) dias para caracterização de entrega imediata, a data da apresentação da proposta, torna completamente inaplicável a previsão contida no § 4º do art. 40 da Lei 8.666/1993, tendo-se em conta que o procedimento previsto engloba uma série de outras ações posteriores (análise da proposta, habilitação, recurso, adjudicação e homologação), algumas sem prazo certo de conclusão. (...) A interpretação de [computar o prazo de 30 dias] desde a apresentação da proposta, pelas razões postas, demonstra-se completamente desprovida de razoabilidade.”

<sup>65</sup> As competências da Secretaria-Geral de Administração estão listadas no art. 53 da Portaria TCU 284/2016, de 30 de dezembro de 2016.

Ao longo de 2017, por exemplo, o Tribunal condenou 2.706 pessoas ao ressarcimento de débito, ao pagamento de multa ou à inabilitação para o exercício de cargo em comissão.<sup>66</sup>

Esse número representa apenas cerca de 0,15% do total de pessoas trabalhando em órgãos ou entidades da União.<sup>67</sup> Se considerarmos que entre os condenados também se encontram particulares e servidores de estados e municípios, a porcentagem de agentes da União sancionados pelo TCU será ainda menor.

Isso significa que é exagerada a crítica corrente de que o TCU vem inibindo a atuação de agentes públicos que, receosos de serem penalizados, acabam se esquivando de tomar as decisões mais inovadoras?<sup>68</sup> Não necessariamente. Teóricos que se debruçaram sobre a atividade sancionadora estatal nos ajudam a entender o porquê.

No modelo clássico proposto por Gary Becker, um indivíduo ou empresa, ao avaliar se deve ou não cumprir determinada norma jurídica, leva em conta a probabilidade de sua conduta ser considerada irregular pelas autoridades.<sup>69</sup>

Por esse modelo, um agente público racional e bem-intencionado, após verificar as estatísticas, chegará à conclusão de que é baixa a probabilidade de ser sancionado pelo TCU, o que lhe permitirá tomar uma decisão sem receio ou vieses.

Autores mais contemporâneos, contudo, defendem que a *percepção* do risco de ser punido é mais relevante do que a efetiva probabilidade da sanção.<sup>70</sup> E essa

---

<sup>66</sup> De acordo com o Relatório Anual de Atividades do TCU de 2017, 2.295 pessoas foram condenadas ao ressarcimento de débito ou ao pagamento de multa em processos de tomada e prestação de contas; 316 pessoas foram multadas em outros processos de fiscalização, denúncia e representação; e 95 responsáveis foram inabilitados para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração pública federal.

<sup>67</sup> Segundo dados do Ministério do Planejamento, 1.705.439 pessoas trabalhavam nos diferentes poderes da União no dia 31 de dezembro de 2016 (530.922 em empresas estatais federais e 1.174.517 nos demais órgãos e entidades da União). Cf. Boletim Estatístico de Pessoal e Informações Organizacionais (jan/2017) e Boletim das Empresas Estatais Federais (abr/2017).

<sup>68</sup> Ver, por exemplo: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, 31 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Ver também: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (Coord.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21-38.

<sup>69</sup> BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, p. 169-217, 1968.

<sup>70</sup> GUNNINGHAM, Neil. Enforcement and compliance strategies. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (Eds.). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 122. (“In terms of general deterrence, the evidence shows that regulated business firms’

percepção pode ser afetada por diversos fatores. Um deles é a forma como a autoridade sancionadora se comunica com seus jurisdicionados.

Daí ser cabível perguntar: a maneira como o TCU se comunica detém o potencial de aumentar, nos agentes públicos, a percepção do risco de ser punido, mesmo que esse risco não seja tão significativo do ponto de vista estatístico?

Na busca por uma resposta, vale a pena analisar o conteúdo dos Informativos de Licitações e Contratos, que são publicados quinzenalmente na página eletrônica do TCU e enviados por e-mail para qualquer interessado cadastrado.<sup>71</sup> Neles é possível encontrar um resumo de decisões recentes que trataram de licitações e contratos administrativos. De acordo com o TCU, a finalidade dos informativos é “facilitar o acompanhamento dos acórdãos mais importantes”<sup>72</sup> sobre a matéria.

Em junho de 2018, o TCU publicou dois informativos, que mencionaram um total de sete acórdãos.<sup>73</sup>

Inicialmente, chama atenção o fato de que, desses sete acórdãos citados nos informativos, seis foram proferidos em processos de fiscalização em que o TCU identificara alguma irregularidade.<sup>74</sup> Mencione-se, por exemplo, o Acórdão 1.095/2018 – Plenário, de 16 de maio de 2018, por meio do qual o TCU determinou a anulação de licitação de obras rodoviárias em razão da previsão, no edital, de requisitos de habilitação técnica que restringiam a competição entre os licitantes. Outro exemplo é o Acórdão 1.194/2018 – Plenário, de 23 de maio de 2018, que resultou de auditoria do TCU em que foi apontado sobrepreço em contrato de implantação de pequena central hidroelétrica.

---

perceptions of legal risk (primarily of prosecution) play a far more important role in shaping firm behaviour than the objective likelihood of legal sanctions”).

<sup>71</sup> Os Informativos de Licitações e Contratos do TCU estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos.htm>>.

<sup>72</sup> É o que diz o texto-padrão presente na introdução de informativos recentemente publicados (Informativo 346, por exemplo). Esse mesmo texto-padrão diz que os informativos “não constituem, todavia, resumo oficial da decisão proferida pelo Tribunal nem representam, necessariamente, o posicionamento do TCU sobre a matéria”.

<sup>73</sup> Os Informativos 346 e 347, publicados em junho de 2018, citam os seguintes acórdãos, todos do Plenário do TCU: 1.095/2018, 1.109/2018, 1.113/2018 (datados de 16 de maio de 2018), 1.182/2018, 1.194/2018 (ambos de 23 de maio de 2018), 1.234/2018 e 1.273/2018, de 30 de maio e 06 de junho de 2018, respectivamente..

<sup>74</sup> O único acórdão que não teve por objeto alguma irregularidade foi o 1.273/2018 – Plenário, proferido em 06 de junho de 2018, por meio do qual o TCU respondeu consulta formulada pelo Ministério do Planejamento.

A maioria dos acórdãos descritos nos informativos de junho também envolve alguma espécie de sanção aplicada pelo TCU, seja por meio da penalização de servidores,<sup>75</sup> da anulação ou suspensão de atos praticados pelo ente público<sup>76</sup> ou, ainda, por meio de determinação de instauração de tomada de contas especial.<sup>77</sup>

Se analisarmos todos os informativos publicados entre janeiro e julho deste ano,<sup>78</sup> veremos que esse padrão se repete: o TCU privilegia a divulgação de informações sobre decisões que identificam ou punem irregularidades na condução de licitações ou execução de contratos administrativos.

Nesse período, 88% dos acórdãos citados nos informativos trataram de processos de fiscalização que tiveram origem em algum indício de irregularidade.<sup>79</sup> Além disso, 70% dessas decisões tiveram alguma consequência gravosa para agentes públicos,<sup>80</sup> entes contratantes<sup>81</sup> ou empresas privadas.<sup>82</sup>

Em especial, 47% dos acórdãos falam de casos em que algum agente público foi multado, condenado ao ressarcimento de dano ao erário ou se tornou objeto de processo de tomada de contas especial.

---

<sup>75</sup> Acórdão 1.109/2018 – Plenário, julgado em 16 de maio de 2016.

<sup>76</sup> Acórdão 1.095/2018 – Plenário, julgado em 16 de maio de 2016.

<sup>77</sup> Acórdãos 1.182/2018 e 1.194/2018, ambos proferidos pelo Plenário do TCU em 23 de maio de 2018.

<sup>78</sup> Entre janeiro e julho de 2018, o TCU editou 13 Informativos de Licitações e Contratos (337 a 349), que mencionaram 34 acórdãos.

<sup>79</sup> São os seguintes: 2.742/2017 - Plenário, de 06 de dezembro de 2017; 2.672/2017 - Plenário e 10.572/2017 - 1ª Câmara, de 29 e 28 de novembro de 2017, respectivamente; 120/2018 - Plenário, 51/2018 - Plenário e 170/2018 - Plenário, de 24, 17 e 31 de janeiro de 2018; 201/2018 - Plenário, 300/2018 - Plenário e 362/2018 - Plenário, de 07, 21 e 28 de fevereiro de 2018; 1.727/2018 - 1ª Câmara, 420/2018 - Plenário e 671/2018 – Plenário, de 06, 07 e 28 de março de 2018; 508/2018 - Plenário e 505/2018 - Plenário, ambos de 14 de março de 2018; 784/2018 - Plenário, 891/2018 - Plenário e 830/2018 - Plenário, de 11, 25 e 18 de abril de 2018; 958/2018 - Plenário e 980/2018 - Plenário, ambos de 02 de maio de 2018; 4.470/2018 - 1ª Câmara e 3.474/2018 - 2ª Câmara, ambos de 08 de maio de 2018; 1.095/2018 - Plenário, 1.109/2018 - Plenário e 1.113/2018 - Plenário, ambos de 16 de maio de 2018; 1.182/2018 - Plenário e 1.194/2018 - Plenário, de 23 de maio de 2018; 1.234/2018 - Plenário, julgado em 30 de maio de 2018; 5.847/2018 - 1ª Câmara, proferido em 19 de junho de 2018; e 1.443/2018 - Plenário e 1.445/2018 - Plenário, de 26 de junho de 2018.

<sup>80</sup> Casos em que agentes públicos foram condenados ao ressarcimento de dano, ao pagamento de multa ou se tornaram objeto de tomada de contas especial: 2.672/2017 - Plenário; 51/2018 - Plenário; 170/2018 - Plenário; 201/2018 - Plenário; 362/2018 - Plenário; 420/2018 - Plenário; 508/2018 - Plenário; 1.727/2018 - 1ª Câmara; 958/2018 - Plenário; 980/2018 - Plenário; 4.470/2018 - 1ª Câmara; 1.182/2018 - Plenário; 1.109/2018 - Plenário; 1.194/2018 - Plenário; 1.443/2018 - Plenário; e 1.445/2018 - Plenário.

<sup>81</sup> Casos em que o TCU determinou a anulação ou suspensão de ato do ente público contratante: 2.742/2017 - Plenário; 508/2018 - Plenário; 505/2018 - Plenário; 891/2018 - Plenário; 830/2018 - Plenário; 958/2018 - Plenário; 3.474/2018 - 2ª Câmara; e 1.095 - Plenário.

<sup>82</sup> Casos em que o TCU declarou a inidoneidade de empresa privada: 10.572/2017 - 1ª Câmara; e 300/2018 - Plenário.

A escolha de acórdãos com essas características se reflete no conteúdo dos informativos, que acabam veiculando orientações sobre as regras que o agente público deve seguir para que sua conduta não seja considerada ilícita – e não orientações sobre modelos bem-sucedidos e práticas eficientes utilizadas na administração pública.

Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho extraído do Informativo 346:

“Em contratação sob o regime de empreitada integral, a celebração de aditivo contratual somente é admitida sob condições especiais, decorrentes de fatos imprevisíveis. Eventuais imprecisões no projeto básico não são motivo para correção por meio de aditivo, porquanto constituem riscos que se inserem na álea contratual ordinária, os quais são assumidos pelo contratado.”

Após ler esse trecho do informativo e o acórdão que lhe deu origem, é possível que o agente público permaneça sem conhecer exatamente quais “fatos imprevisíveis” justificariam a celebração de aditivos em contratos sob o regime de empreitada integral. Por outro lado, o mesmo agente público percebe que, no caso concreto, aqueles que descumpriram o entendimento do TCU precisarão responder a processo de tomada de contas especial e poderão ser sancionados. A mensagem negativa sobre o risco de punição é, portanto, muito mais clara, o que tende a incentivar a adoção de posturas mais conservadoras e burocratizantes na tomada de decisões pelos agentes públicos.<sup>83</sup>

Mudar esse estilo de comunicação não parece simples, pois a detecção de irregularidades em licitações e contratos administrativos está, hoje, compreensivelmente, no centro das iniciativas de fiscalização do TCU. Ao que tudo indica, o conteúdo dos informativos é uma decorrência natural das diretrizes e normas que regem o funcionamento do Tribunal.

No entanto, mesmo prevalecendo essa ênfase na detecção de ilícitos, seria conveniente iniciar um debate sobre a forma como o TCU divulga informações sobre seus julgados. Uma alternativa seria dar igual destaque a achados de auditorias que revelem iniciativas inovadoras e bem-sucedidas em matéria de licitações e contratos administrativos, de modo a gerar os incentivos necessários para que agentes públicos possam buscar, sem receio, mais eficiência no cotidiano do setor público.

---

<sup>83</sup> Sobre a adoção de postura mais conservadora na tomada de decisões por agentes públicos, ver o artigo anterior dessa seção intitulado: “Paralisia e burocracia no controle de legalidade”

### ***G. Regulando com base em presunções: o TCU e a adesão à ata de registro de preços***

Em 2001, o Presidente da República regulamentou, por meio do decreto 3.931, uma prática que parecia promissora no mundo das licitações federais: a adesão tardia à ata de registro de preços, que ficou conhecida como “carona”.

A grande atratividade dessa prática residia na possibilidade de um ente público (“órgão não participante”) adquirir bens e serviços de forma mais célere e desburocratizada, aproveitando o resultado de licitação já realizada por outro ente público (“órgão gerenciador”). Ao disciplinar o tema, o decreto 3.931 foi bastante singelo e impôs poucas exigências para a validade da carona.<sup>84</sup>

No entanto, com o passar dos anos, o que era simples e promissor tornou-se complexo e fonte de controvérsias, como se observa nos acórdãos 1.620 e 1.872, proferidos respectivamente em julho e agosto de 2018 pelo plenário do TCU.

O objetivo desta seção é demonstrar que essa transformação ocorrida no instituto da adesão tardia em registro de preços se deve, em grande medida, a decisões tomadas pelo TCU nos últimos doze anos, que privilegiaram um debate principiológico e superficial sobre os riscos da carona, em detrimento de uma análise de seus custos e benefícios concretos. Os recentes acórdãos mencionados ainda se situam nessa tradição menos pragmática, como será detalhado adiante.

A interferência mais direta do TCU nas regras de funcionamento da carona tem início em 2007, quando o tribunal analisou licitação realizada pelo Ministério da Saúde para a contratação, via registro de preços, de serviços de organização de eventos (acórdão 1.487/2007 – plenário).

Nesse caso, o que chamou a atenção de auditores e do ministro relator foi o fato de 62 órgãos terem aderido à ata de registro de preços. Isso significava que a empresa selecionada pelo Ministério da Saúde para executar serviços no valor de até R\$ 32 milhões poderia, em tese, acabar firmando contratos da ordem de aproximadamente \$ 2 bilhões, valor bem mais elevado.

---

<sup>84</sup> Essas exigências eram: (i) a concordância do órgão gerenciador e do particular (art. 8º, §§ 1º e 2º); (ii) o fornecimento ao órgão não participante não poderia prejudicar as obrigações anteriormente assumidas pelo particular perante o órgão gerenciador (art. 8º, § 2º); e (iii) a vantagem da carona deveria ser “devidamente comprovada” (art. 8º, *caput*).

A partir dessas circunstâncias, o TCU entendeu que o instituto da carona, se utilizado sem limites, seria contrário ao ordenamento jurídico, por dois motivos principais.

Em primeiro lugar, a carona violaria os princípios jurídicos da ampla competição e da igualdade de condições entre licitantes. Segundo problema: a carona provocaria prejuízos aos cofres públicos, pois o vencedor da licitação poderia oferecer preços mais baixos caso soubesse, antes de formular sua proposta, que seus produtos seriam adquiridos por uma quantidade maior de órgãos públicos. Essa indefinição inicial dos quantitativos a serem fornecidos inibiria, portanto, vantagens decorrentes de economias de escala.

Com esses fundamentos, o plenário do TCU determinou que o Ministério do Planejamento reavaliasse as regras aplicáveis ao registro de preços, de forma a “estabelecer limites” para a carona e, com isso, preservar “os princípios que norteiam a administração pública”.

O Ministério do Planejamento não concordou e interpôs pedido de reexame, que foi julgado cinco anos depois. Na decisão (acórdão 2.692/2012 – plenário), o TCU manteve o entendimento de que as regras do decreto 3.931 sobre carona violavam princípios jurídicos e geravam prejuízos potenciais ao erário. Ao seu rol de fundamentos, o tribunal acrescentou mais um durante o exame do recurso: o uso irrestrito da carona agravaria o risco de corrupção nas contratações públicas.

Cerca de três meses após o julgamento do pedido de reexame, o Presidente da República editou o decreto 7.892/2013, que passou a prever um limite: a soma dos valores contratados pelos órgãos não participantes não poderia exceder o quántuplo do valor estabelecido na ata. Por exemplo, se o órgão gerenciador constituísse ata para a aquisição de serviços num valor de R\$ 32 milhões, os órgãos beneficiários da carona poderiam adquirir, juntos, até R\$ 160 milhões dos mesmos serviços. Conseqüentemente, se cada órgão não participante optasse por adquirir a totalidade dos serviços previstos na ata, apenas cinco órgãos poderiam se valer da carona.

Diante desse histórico, parece claro que o TCU exerceu influência na mudança do decreto e na criação de uma nova regra aplicável às licitações brasileiras. Atuou como regulador. Um bom regulador?

Olhemos com mais atenção para os fatos descritos nas decisões de 2007 e 2012. No caso concreto, o TCU não identificou nenhum dano efetivo provocado pela carona, seja no Ministério da Saúde, seja nos 62 órgãos públicos que aderiram à ata. Não identificou aquisições por preços fora dos parâmetros de mercado, nem indícios de corrupção.

Em sua fundamentação, o TCU tampouco expôs estimativa sobre possíveis benefícios da carona. Não estimou, por exemplo, a economia gerada – em tempo e dinheiro – nos 62 órgãos que não precisaram realizar procedimentos licitatórios. Não cogitou que a celeridade proporcionada pela carona poderia, em certos contextos, se reverter em serviços públicos mais efetivos.

Além disso, o leitor dos acórdãos não consegue identificar a real dimensão do uso da carona no governo federal à época. Era uma prática muito difundida? Quantos órgãos a utilizavam com frequência? Quantas contratações seriam afetadas no caso de estipulação de limites à carona? Quanta corrupção seria evitada? Essas informações não estão nos acórdãos.

Percebe-se, então, que o TCU não realizou uma análise prévia dos custos e benefícios que estavam em jogo na fixação de um limite à carona.

Isso não é necessariamente um problema. A metodologia de análise de custos e benefícios, que tende a privilegiar uma visão mais economicista da realidade e a valorizar a eficiência como parâmetro decisório, não é a única forma de se avaliar se determinada regra deve ou não ser criada.

Ao lado dela se encontra pelo menos mais uma abordagem regulatória que pode justificar a criação de regras: a análise de riscos. É o caso, por exemplo, de um órgão regulador que proíbe o uso de determinada técnica de modificação genética de alimentos em razão dos riscos que ela representa para a vida dos consumidores, mesmo que essa proibição seja ineficiente do ponto de vista econômico. Em geral, essa forma de regular está associada, no campo jurídico, ao princípio da precaução.

O princípio da precaução não possui um sentido único e, na prática, pode justificar iniciativas estatais bastante distintas. No entanto, considerando-se o debate acadêmico sobre a regulação de riscos,<sup>85</sup> um sentido possível para o princípio da

---

<sup>85</sup> Sobre o assunto, ver: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin (Orgs.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010. Ver, em especial, o capítulo 14.

precaução nos leva à seguinte diretriz: o Estado deve vetar determinado produto ou política pública somente quando existir uma probabilidade razoável de ocorrer um dano grave ou irreversível.

As decisões do TCU aqui analisadas podem ser interpretadas sob essa ótica.

Segundo o tribunal, o uso irrestrito da carona em registro de preços envolveria três riscos: (i) o risco de corrupção, pois os órgãos públicos teriam maior discricionariedade para escolher, sem licitação, seus fornecedores; (ii) o risco de concentração econômica no mercado de fornecedores do Estado, eis que, com a carona, uma única empresa poderia fornecer bens e serviços para um número muito grande de entes públicos; e (iii) o risco de o governo adquirir bens e serviços a preços mais elevados, uma vez que a carona inibiria ganhos de escala.

Delineada a discussão nesses termos, o que se nota é que o TCU também não se mostrou rigoroso no exame desses riscos. Em especial, o tribunal não demonstrou, com dados concretos, que o uso da carona aumentaria a *probabilidade* de corrupção, concentração econômica ou elevação dos preços pagos pelo setor público.

Para ilustrar esse ponto, vale lembrar que 62 órgãos públicos aderiram à ata de registro de preços do Ministério da Saúde. Com a adesão, 62 procedimentos licitatórios deixaram de ser realizados, ou seja, o número total de decisões – formais e informais – tomadas por agentes públicos foi consideravelmente menor. Por exemplo, em vez de 62 decisões sobre os critérios de qualificação técnica exigíveis dos licitantes, houve apenas uma, tomada pelo Ministério da Saúde.

Se levarmos em conta que cada decisão administrativa representa uma possível moeda de troca no mercado da corrupção, não se pode descartar a hipótese de que as caronas, na verdade, diminuiriam a probabilidade de práticas ilícitas. Não custa mencionar que existe uma vasta literatura acadêmica que investiga os efeitos do excesso de burocracia estatal sobre os níveis de corrupção de um país.<sup>86</sup>

O TCU, portanto, não tentou identificar a efetiva probabilidade de o uso da carona causar mais danos à administração pública, um fenômeno que os teóricos

---

<sup>86</sup> Ver, por exemplo: GURIEV, Sergei. Red tape and corruption. *Journal of Development Economics*, v. 73, n. 2, p. 489-504, 2004; ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corruption and government: Causes, consequences and reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999; e BUSCAGLIA, Edgardo; VAN DIJK, Jan. Controlling organized crime and corruption in the public sector. *Forum on Crime and Society*, v. 3, n. 1, 2003.

denominam de “negligência das probabilidades” na tomada de decisões.<sup>87</sup> Trata-se de algo comum: em muitos casos, órgãos reguladores criam regras extremamente rigorosas e abrangentes em resposta a eventos pontuais (um ataque terrorista, por exemplo), cuja repetição é improvável ou pouco controlável.

Mas a fragilidade da análise de riscos feita pelo TCU parece ir além da mera negligência das probabilidades. Isso porque o órgão de controle sequer cita, nas decisões mencionadas, uma única situação real de dano ocorrido por causa da carona. Especificamente em relação ao caso envolvendo o Ministério da Saúde, que impulsionou a ideia de imposição de limites à carona, o tribunal reconhece que “não houve nenhuma constatação de irregularidade ou ocorrência de jogo de planilhas na execução dos contratos”.<sup>88</sup>

Se não ocorreu uma avaliação de custos e benefícios, nem uma análise adequada de riscos, de que modo poderíamos descrever o método decisório utilizado pelo TCU para justificar a necessidade de limites à prática da carona? Aparentemente, a melhor forma de descrevê-lo é dizer que o TCU se valeu de presunções inspiradas em valores jurídicos abstratos e em livros de direito.

No acórdão 1.487, o TCU presume que a carona inibirá ganhos de escala, conforme trecho abaixo:

“Num cenário desses, a Administração perde na economia de escala, na medida em que, se a licitação fosse destinada inicialmente à contratação de serviços em montante bem superior ao demandado pelo órgão inicial, certamente os licitantes teriam condições de oferecer maiores vantagens de preço em suas propostas.”<sup>89</sup>

Quanto ao risco de diminuição da competição entre fornecedores, a presunção ganhou os seguintes contornos no acórdão 2.692:

“Embora, em razão do disposto no art. 8º do Decreto 3.931/01, os licitantes sabiam da possibilidade de contratações adicionais ao que está previsto no edital, não sabem se tais contratações vão realmente ocorrer e em que medida vão ocorrer. Essa indefinição

---

<sup>87</sup> SUNSTEIN, Cass. Beyond the precautionary principle. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 151, n. 3, p. 1003-1058, 2003.

<sup>88</sup> Acórdão 1.487/2007.

<sup>89</sup> *Idem*.

certamente prejudica a formação dos preços, pois um empresário não vai querer oferecer seu melhor preço se não tiver certeza da efetiva realização de contratações adicionais. Na verdade, essa incerteza acaba por afugentar os empresários sérios, restringindo, desse modo, a competitividade.

Assim, embora o instituto da adesão a ata de registro de preços possibilite, conforme salientou o recorrente, a redução dos custos com licitações e a desburocratização, sua utilização de forma ilimitada não pode ser aceita, por contrariar princípios básicos que vinculam a Administração Pública.”<sup>90</sup>

No mesmo acórdão, o TCU presume que os benefícios da carona não compensarão o aumento do risco de corrupção no setor público:

“Tal economia [com a redução do número de licitações] não constitui benefício capaz, sequer, de compensar os riscos a que se expõe a Administração Pública ao adotar a sistemática do ‘carona’, tal qual se encontra disciplinada. A este propósito, oportuno anotar que ecoam de abalizados doutrinadores relevantes preocupações quanto à utilização deste instituto.

Para o professor Lucas Rocha Furtado, que ora dignifica a chefia deste Ministério Público de Contas, ‘não obstante a sistemática da carona se trate de medida que valoriza a eficiência e a economia processual, ela abre as portas à fraude e ao conluio’. (...)

Marçal Justen Filho, por seu turno, assevera que a ampla utilização da sistemática do ‘carona’ favorece a corrupção, como se colhe da seguinte passagem: ‘(...) Ao assegurar ao ente administrativo a faculdade de escolher entre utilizar ou não utilizar um registro de preços, abre-se oportunidade para a corrupção. Não significa que a existência do registro de preços seja um instrumento intrinsecamente propício à corrupção: a figura do ‘carona’ é intrinsecamente propícia à corrupção. E o é porque uma entidade pode ou não se valer de um registro de preços, segundo uma escolha livre e incondicionada’.”<sup>91</sup>

Nos anos seguintes à edição do decreto 7.892, outros julgados do TCU trataram de adesão tardia em registro de preços. Alguns deles adicionaram mais complexidade e incerteza ao tema.

---

<sup>90</sup> Acórdão 2.692/2012.

<sup>91</sup> *Idem.*

Em 2015, analisando pregão para compra de mobiliário, o plenário do TCU entendeu que a carona, mesmo com os novos limites impostos pelo decreto 7.892, seria uma medida “anômala e excepcional” (acórdão 757). Daí veio uma nova exigência do tribunal: o órgão que promove a licitação não deve apenas informar no edital que a carona será admitida, como exige o decreto 7.892, mas deve também reunir e formalizar, na fase interna da licitação, argumentos que demonstrem que o uso da carona será vantajoso.

Em seu voto, o relator do caso, min. Bruno Dantas, abordou o assunto nos seguintes termos:

“Confesso que tenho dúvidas quanto à constitucionalidade do instituto do ‘carona’. De todo modo, estou convicto de que, à luz do art. 9º, inciso III, *in fine*, do Decreto 7.892/2013, a possibilidade de adesão para órgão não participante (ou seja, que não participou dos procedimentos iniciais da licitação) não é uma obrigatoriedade a constar impensadamente em todos os editais de pregões para registro de preços, ao contrário do que corriqueiramente é possível observar, mas sim uma medida anômala e excepcional, uma faculdade que deve ser exercida de forma devidamente motivada e, portanto, passível de avaliação nos processos de controle externo.”<sup>92</sup>

Dessa decisão, que se tornou um precedente importante, emergem alguns problemas.

O primeiro é que, ao colocar em dúvida a constitucionalidade do instituto da carona, o TCU sinalizou que, dali em diante, toda e qualquer licitação que previsse essa prática correria o risco de ser anulada.<sup>93</sup> Desse modo, a decisão gerou mais insegurança jurídica em ambiente já incerto para os agentes públicos que lidam com licitações.

Outro problema é que a decisão não definiu que tipo de argumento o órgão gerenciador deveria utilizar para justificar o uso da carona. Se, em determinada contratação, após avaliação prévia, o órgão gerenciador chegar à conclusão de que a carona garantirá preços mais baixos mas aumentará o risco de corrupção, ela estaria proibida? E se ficar demonstrado que existe, de um lado, um risco significativo de a

---

<sup>92</sup> Acórdão 757/2015.

<sup>93</sup> Essa sinalização ficou ainda mais evidente um mês depois, no voto condutor do Acórdão 1.297/2015 – Plenário, em que o min. Bruno Dantas diz estar “convicto que, em futuro próximo, esta Corte deverá se debruçar sobre o exame da constitucionalidade do dispositivo regulamentar que permite a utilização da ata de registro de preços por órgão não participante”.

carona provocar concentração de mercado e, de outro, uma alta probabilidade de ela gerar grandes vantagens oriundas de ganhos de escala? Nesse caso, seria possível usá-la?

No acórdão 757/2015 – Plenário, o TCU não ofereceu diretrizes que auxiliassem nas respostas a tais dúvidas. Limitou-se a criar para o órgão gerenciador o ônus da justificativa, que não é trivial.

É o que se nota em outro caso, já de 2018, em que o plenário do TCU vedou a carona em licitação do Ministério dos Transportes (acórdão 311/2018 – plenário). Motivo: embora existente, a justificativa fornecida para o uso da carona teria sido “genérica”, sem “nenhum lastro em estudos técnicos relacionados especificamente ao objeto que se deseja licitar”.

O que esses “estudos técnicos” deveriam conter não fica claro no julgado. No entanto, se levarmos a sério as decisões anteriores do TCU sobre o tema, é possível dizer que esses estudos deveriam contemplar, no mínimo, uma análise sobre: (i) o processo produtivo utilizado pelos potenciais fornecedores, a fim de se verificar a dimensão de eventuais ganhos de escala decorrentes da carona; e (ii) o risco de a carona prejudicar o nível de competição no mercado do objeto licitado. São análises complexas, que demandariam tempo, recursos e, talvez, a participação de economistas e advogados especializados em microeconomia e direito concorrencial.

Obviamente, ao formular essa exigência de confecção prévia de estudos técnicos, o TCU criou um forte desincentivo à prática da carona, sobretudo porque o órgão gerenciador, a quem o tribunal atribuiu a responsabilidade pelos estudos,<sup>94</sup> é o ente que menos tem a ganhar com a possibilidade de contratação simplificada via carona.

Ainda sobre o acórdão 311, é interessante perceber que o argumento usado pelo Ministério dos Transportes para justificar a carona (possibilidade de ganhos de escala), reputado frágil pelo TCU, é tão “genérico” quanto os fundamentos usados pelo tribunal para recomendar, em 2007, a fixação de limites à carona. Naquela ocasião, o TCU não precisou realizar “estudos técnicos” para chegar à conclusão de que, independentemente

---

<sup>94</sup> Diferentemente do estabelecido pelo TCU, o recente decreto 9.488/2018 definiu que os órgãos não participantes são os responsáveis pela realização dos estudos, que devem demonstrar o ganho de eficiência, a viabilidade e a economicidade do uso da ata de registro de preços (art. 22, § 1º-A). No entanto, por força do mesmo decreto, cabe ao órgão gerenciador a “aprovação” desses estudos (art. 22, § 1º-B).

do objeto licitado, o uso irrestrito da carona inibiria ganhos de escala, aumentaria o risco de corrupção e concentraria poder de mercado em poucos fornecedores.

Todas essas circunstâncias demonstram que – mesmo após a edição do decreto 7.892, que limitou o uso da carona – o TCU continuou moldando e restringindo essa prática mediante decisões esparsas, sem dados concretos sobre custos e benefícios, sem informações suficientes sobre os possíveis impactos de suas decisões.

Assim, chegamos aos acórdãos mais recentes. Um de julho (acórdão 1.620) e outro de agosto (acórdão 1.872), ambos proferidos pelo plenário em 2018.

Os dois casos tratam de licitações realizadas para aquisição de bens em lotes. Em licitações dessa espécie, o ente público adquire, em conjunto, de um único fornecedor, diversos bens que em tese poderiam ser adquiridos separadamente. A licitação em lotes faz sentido em certos contextos, em especial quando os bens a serem adquiridos devem seguir determinado padrão. Um exemplo bastante comum é a compra de móveis para uso no mesmo ambiente, que são licitados em lotes com o objetivo de garantir o mesmo estilo de decoração e evitar dificuldades na instalação e montagem.

Uma controvérsia recorrente em licitações por lotes diz respeito à possibilidade de as propostas serem julgadas com base no critério do menor preço global, em vez do menor preço unitário. Ao usar o critério do menor preço global, o ente público pode acabar contratando uma empresa que ofereceu um preço mais alto por um bem específico (uma mesa, por exemplo), desde que o conjunto de bens (mesa e cadeiras) seja mais barato.

Em contextos como esse, de licitações por lotes e julgamento pelo menor valor global, o TCU entende que é irregular o uso da carona para a aquisição isolada de bens para os quais o licitante vencedor não tenha apresentado o menor preço. A razão é simples: se permitida a aquisição de tais bens isoladamente, o órgão não participante teria prejuízo, pois em tese poderia comprá-los por um preço mais baixo de outros fornecedores.

Embora seja um entendimento razoável, nele também se nota uma certa dose de presunção, pois ancorado na ideia de que o órgão não participante conseguiria, em licitação própria, obter preços mais baixos que os presentes na ata do órgão gerenciador.

Mas isso nem sempre ocorrerá na prática. Nada garante que as empresas que apresentaram os melhores preços para certos bens constantes da ata do órgão

gerenciador participarão, um, três, oito meses depois, de licitação de outro órgão, muito menos que oferecerão os mesmos preços. As condições de mercado mudam, os interesses dos licitantes variam e dificilmente duas licitações com o mesmo objeto chegam a resultados iguais.

Assim, deve ser entendida como relativa a presunção de que é desvantajoso adquirir, via carona, itens para os quais a empresa vencedora não apresentou o melhor preço unitário em licitação por lotes.

Para tornar o instituto da carona compatível com licitações por lotes julgadas pelo menor preço global, uma alternativa seria permitir que o órgão não participante justificasse, antes da contratação, em cada caso concreto, a vantagem da carona nessas hipóteses. Essa seria, inclusive, uma alternativa condizente com as diretrizes iniciais do decreto 3.931, que conferiu ao órgão não participante boa margem de discricionariedade para utilizar a carona, “desde que devidamente comprovada a vantagem”.<sup>95</sup>

Os dois acórdãos mais recentes demonstram que o TCU não seguiu esse caminho.

No acórdão 1.620, o TCU determinou que o Serviço Federal de Processamento de Dados (Serpro), na qualidade de órgão gerenciador de ata para aquisição de software, não permitisse a carona por parte de outros órgãos. Dois argumentos guiaram a decisão: (i) a licitação para o registro de preços ocorrera por lotes, pelo menor preço global; e (ii) o Serpro não formalizara motivação sobre a inclusão, no edital, da possibilidade de adesão tardia à ata.

De modo semelhante, no acórdão 1.872, o TCU determinou a instauração de processo para apuração de responsabilidades no âmbito da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), que autorizara, como órgão gerenciador, a adesão à ata para aquisição separada de itens (impressoras) adjudicados por preço global, para os quais a licitante vencedora não havia apresentado o menor preço na fase de lances.

Fica claro, portanto, que, pela jurisprudência do TCU, sempre estará configurada uma irregularidade quando algum órgão não participante adquirir isoladamente itens para os quais existiram propostas com preço menor durante a licitação. O tribunal tem

---

<sup>95</sup> Redação original do art. 8º do decreto 3.931: “A Ata de Registro de Preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da Administração que não tenha participado do certame licitatório, mediante prévia consulta ao órgão gerenciador, desde que devidamente comprovada a vantagem”.

encarado essas circunstâncias pela ótica da presunção absoluta. Tanto é assim que, nesses dois acórdãos, o TCU não cita nem analisa justificativas dos órgãos aderentes à ata, os quais poderiam fornecer novos elementos que talvez demonstrassem a vantagem da contratação via carona.

Os dois acórdãos confirmam também que o órgão gerenciador se tornou o grande responsável por verificar se as caronas são vantajosas e se ocorrem de acordo com a legislação e a jurisprudência do TCU. Esse papel do órgão gerenciador não estava claro no primeiro decreto regulamentador (decreto 3.931), o qual aparentemente atribuiu ao órgão não participante o protagonismo na demonstração da vantagem da carona.

É inegável: em doze anos, o TCU imprimiu sua marca nas regras aplicáveis à adesão tardia em registro de preços. Fixou-lhe limites indiretamente, ao fazer determinações ao Ministério do Planejamento, e diretamente, vedando a carona em determinados contextos. Ampliou o ônus que recai sobre o órgão gerenciador, que deve demonstrar, antes do início da licitação, mediante estudos técnicos, a vantagem do uso da carona.<sup>96</sup> Gerou insegurança, ao sinalizar que a carona pode, a qualquer momento, ser declarada inconstitucional pelo tribunal.

Em nenhuma das decisões analisadas aqui o TCU demonstrou, com dados concretos e retrospectivos, que determinada contratação via carona provocou mais danos que benefícios à administração pública.

#### ***H. A interferência do TCU em contratos e parcerias de empresas estatais***

Em tempos recentes, a estatal Telebras celebrou dois grandes contratos que acabaram se tornando objeto de controle incisivo pelo TCU, como revelam diversos acórdãos emitidos de julho a outubro de 2018.<sup>97</sup> Por meio da análise dessas decisões, é

---

<sup>96</sup> É preciso verificar se o TCU passará a enxergar de maneira diferente o papel do órgão gerenciador, em razão da edição do decreto 9.488/2018, que atribuiu aos órgãos não participantes a competência para a confecção dos estudos que demonstram as vantagens da carona. É possível que esse papel continue relevante, dado que o decreto 9.488 também determina que o órgão gerenciador será o responsável por “aprovar” esses estudos.

<sup>97</sup> No processo que tratou do contrato entre a Telebras e o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Representação 023.481/2018-8), o Plenário do TCU proferiu três acórdãos: 1.692/2018, rel. Min. Ana Arraes, j. em 25/07/2018; 2.213/2018, rel. Min. Ana Arraes, j. 19/09/2018; e 2.487/2018, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 31/10/2018). O acordo de parceria entre Telebras e a empresa

possível enxergar certos riscos relacionados à forma como o TCU vem fiscalizando e propondo modificações em contratos administrativos e acordos de parceria celebrados por empresas estatais.

Começamos pelo contrato mais antigo. Em dezembro de 2017, o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) contratou diretamente a Telebras, por R\$ 663 milhões, para a prestação do serviço de conexão à internet via satélite a unidades de saúde, escolas, pontos de fronteira, aldeias indígenas e outros lugares de difícil acesso.

O tema chegou ao TCU em julho de 2018, por meio de representação com pedido de cautelar formulada por sindicato de empresas de telefonia, que apontou para a suposta ilegalidade da contratação direta. De acordo com o sindicato, outras empresas poderiam prestar o serviço e, portanto, a administração deveria ter realizado licitação.

Para o MCTIC, a contratação direta justificava-se pelo fato de a Telebras ser a única empresa capaz de prestar serviços com tecnologia em Banda Ka, de melhor qualidade, em todo o território nacional, inclusive em localidades remotas, em linha com a política de inclusão digital promovida pelo governo federal.

O TCU deferiu o pedido de cautelar, suspendendo a execução do contrato e, conseqüentemente, impedindo que a Telebras providenciasse a instalação da infraestrutura terrestre necessária para o início da prestação do serviço (Acórdão 1.692/2018 – Plenário).

Embora tenha suscitado questões que realmente demandavam aprofundamento por parte do ministério, o TCU utilizou, nessa decisão cautelar, fundamentos que, se aplicados em casos futuros, poderão criar dificuldades para a administração pública, seja porque limitam consideravelmente a discricionariedade dos gestores, seja porque tendem a gerar maiores custos nos processos decisórios de contratações administrativas.

Um primeiro problema refere-se à forma como o TCU encarou a variável tempo. Para o tribunal, uma boa decisão administrativa parece ser aquela que demora a ser tomada. Em diversos trechos do Acórdão 1.692/2018, o TCU adota a presunção de que decisões céleres representam indício de irregularidade.

---

Viasat foi objeto do processo de Representação 022.981/2018-7, que deu origem ao Acórdão 2.488/2018, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 31/10/2018.

Constituiria uma deficiência do processo de contratação, por exemplo, o fato de o contrato ter sido celebrado com “excessiva celeridade”, “*somente treze dias*” após a análise da área técnica do ministério sobre a viabilidade de contratação direta. De forma semelhante, causou “estranheza” ao TCU a alteração dos requisitos de qualificação técnica “*somente dez dias*” antes da assinatura do contrato.

Essa postura, já adotada pelo TCU em outros processos de fiscalização,<sup>98</sup> pode trazer consequências indesejadas. Uma delas é, obviamente, o incentivo à lentidão na administração pública. Além disso, como o TCU não define, em sua jurisprudência, o que seria um prazo razoável para a tomada de decisões, gera-se um fator de insegurança jurídica que dá margem a questionamentos sobre os mais variados atos praticados pelo setor público.

Os próprios ministros do TCU teriam dificuldade para comprovar formalmente que suas decisões são tomadas somente após o devido estudo e reflexão. No processo que examinou o contrato entre MCTIC e Telebras, percebe-se que, entre o fim da análise da unidade técnica e a decisão cautelar do Plenário, passaram-se apenas três dias úteis.<sup>99</sup> No julgamento do mérito da representação, o voto do relator foi distribuído aos demais ministros poucas horas antes do início da sessão plenária.<sup>100</sup>

Um segundo ponto a ser destacado nos fundamentos da decisão cautelar diz respeito à maneira pela qual o TCU analisou os riscos presentes na contratação. Veja-se, por exemplo, como o tribunal encarou o fato de o contrato ter duração de cinco anos. De acordo com o TCU, esse prazo de cinco anos representaria um risco de dano ao erário, pois o serviço de conexão à internet via satélite estaria em “dinâmica evolução” e, portanto, um prazo contratual extenso “poderia impedir possíveis ganhos de eficiência e modernização do setor”. Com base nesse argumento principal, o TCU determinou que o

---

<sup>98</sup> Ver, por exemplo, o Acórdão 800/2017 (rel. Min. Augusto Sherman, j. 26/04/2017), em que o Plenário do TCU expôs o entendimento de que a aprovação de determinada operação da BNDESPAR, subsidiária do BNDES, ocorreria em tempo incompatível com um processo decisório cauteloso e bem informado.

<sup>99</sup> Conforme o histórico do processo 023.481/2018-8, disponível na página eletrônica do TCU, o pronunciamento da unidade técnica foi concluído no dia 20 de julho de 2018. A apreciação pelo Plenário ocorreu no dia 25 de julho de 2018.

<sup>100</sup> Essa informação foi compartilhada pelo Ministro Walton Rodrigues durante sessão plenária ocorrida no dia 31 de outubro de 2018. O vídeo da sessão está disponível no seguinte endereço eletrônico: <<https://portal.tcu.gov.br/sessoes/>>. A fala do Ministro Walton Alencar aparece após 2h43min do início da sessão.

MCTIC avaliasse a conveniência e oportunidade de “negociar a redução do prazo contratual”<sup>101</sup>.

Essa forma de analisar riscos é problemática porque serve para justificar interferências do TCU nos mais variados aspectos dos contratos administrativos. Tratemos mais detalhadamente desse ponto.

Por trás de cada contratação administrativa existem inúmeros riscos. Existe o risco de a licitação não ser competitiva e resultar em preços pouco vantajosos. Existe o risco de inexecução contratual em virtude de dificuldades financeiras de fornecedores, provocadas por uma recessão ou pela entrada de um novo competidor no mercado. Há risco de chuvas atípicas atrasarem cronogramas, de um subcontratado tornar-se alvo de uma operação anticorrupção, de um desastre natural encarecer determinados insumos.

Considerando-se a escassez de recursos e a própria incapacidade humana de prever cenários futuros com exatidão, nenhum ente público é capaz de elaborar, previamente à contratação, estudos técnicos sobre todos os riscos associados à execução de um contrato.

Por sua vez, o TCU, em seus processos de fiscalização, tem agido como se não houvesse limites à cognição de questões relacionadas a contratos administrativos. Em alguns casos, o tribunal identifica irregularidades que não têm ligação direta com os ilícitos descritos na denúncia ou representação. Em outros, a unidade técnica do tribunal formula representação de modo tão genérico que qualquer aspecto do contrato pode ser escrutinado.

Vive-se, então, a seguinte conjuntura: de um lado, a administração pública conduz processos de contratação que inevitavelmente conterão lacunas e imperfeições, dada a impossibilidade fática de se prever e esmiuçar todas as variáveis que influenciam as projeções financeiras, a negociação de cláusulas, a análise de riscos e a fixação de preços em contratos administrativos; do outro lado, tem-se um órgão de controle que se vê legitimado a apontar qualquer lacuna ou imperfeição no processo de contratação, ainda que não haja uma ofensa frontal à legislação, ainda que da irregularidade não decorra um prejuízo efetivo, já ocorrido e mensurável, à administração pública.

---

<sup>101</sup> A determinação ao MCTIC está presente no Acórdão 2.487/2018, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 31/10/2018.

É um contexto que torna praticamente nula a probabilidade de o TCU não identificar, nos contratos fiscalizados, alguma irregularidade ou ponto passível de aprimoramento.

Não surpreende, portanto, que o órgão de controle tenha considerado inadequado o prazo de cinco anos previsto no contrato entre MCTIC e Telebras, alegando que o ministério não levara em conta a “dinâmica evolução” do setor de telecomunicações, nem realizara estudos técnicos sobre o tema. Argumento parecido (existência de riscos não avaliados em estudos prévios) foi utilizado pelo TCU para apontar falhas na qualificação técnica e financeira exigida da Telebras<sup>102</sup>.

Destaque-se, no entanto, um ponto crucial: a análise de riscos feita pelo TCU também será sempre incompleta. Em sua decisão cautelar, o tribunal não avaliou com profundidade, por exemplo, o risco de um prazo inferior a cinco anos provocar dificuldades na renovação do contrato e, conseqüentemente, causar danos em razão de eventual interrupção do serviço.

A falibilidade da análise de riscos feita pelo TCU ficou clara em setembro de 2018, quando o Plenário reavaliou parcialmente a cautelar concedida (Acórdão 2.213/2018). Ocorreu o seguinte: após a suspensão do contrato, o MCTIC informou ao tribunal que órgãos públicos localizados na cidade de Pacaraima (RR) estavam com conexão de internet insuficiente, em prejuízo das atividades realizadas na conflituosa fronteira com a Venezuela, como a construção de hospitais de emergência e abrigos para imigrantes. Diante da situação, o TCU “excepcionalizou” a suspensão cautelar do contrato, permitindo que a Telebras ativasse pontos de conexão nessa região específica.

A cautelar foi definitivamente revogada em sua integralidade em outubro, no Acórdão 2.487/2018 – Plenário, que declarou a validade do contrato celebrado, apesar da “gravidade das falhas apontadas”, e listou diversas determinações e recomendações voltadas para o aperfeiçoamento de futuros processos de contratação direta no MCTIC. Em sentido contrário à proposta da unidade técnica, o Plenário optou por não instaurar processo para apuração de responsabilidades individuais, invocando o elevado grau de complexidade das questões analisadas e, ainda, o art. 22 da Lei de Introdução às

---

<sup>102</sup> No Acórdão 1.692/2018 – Plenário, lê-se: “A ausência de análise pelo MCTIC sobre tais critérios [de qualificação] ou sobre sua dispensabilidade pode afetar significativamente a segurança jurídica do contrato, trazer prejuízo ao erário (caso a empresa não consiga cumprir suas obrigações contratuais) e inviabilizar a prestação do serviço (deixando a população desassistida)”.

Normas do Direito Brasileiro, que obriga o controlador a levar em consideração, na interpretação de normas sobre gestão pública, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor.

Todas essas circunstâncias indicam que, a pretexto de prevenir prejuízos futuros, o TCU se vale, em alguns contextos, de fundamentos frágeis para justificar a interferência em contratações públicas, com resultados discutíveis.

Em outubro, o TCU também julgou representação sobre possíveis irregularidades em outro contrato celebrado pela Telebras, agora com a empresa norte-americana Viasat, que tem por objeto o compartilhamento de receitas decorrentes da exploração de satélite para a prestação de serviços de telecomunicação (Acórdão 2.488/2018 – Plenário).

O caso é particularmente interessante porque, pela primeira vez, o TCU interpretou com maior profundidade os requisitos de validade de nova hipótese de contratação direta aplicável a empresas estatais (art. 28, §3º, II, da Lei 13.303/2016<sup>103</sup>).

Os fatos requerem certa retrospectiva.

Em 2010, o governo federal editou o Decreto 7.175, que instituiu o Plano Nacional de Banda Larga, com o objetivo de massificar o acesso a serviços de conexão à internet em banda larga e promover a inclusão digital.

O mesmo decreto revitalizou a Telebras e lhe atribuiu o papel de apoiar políticas públicas relacionadas à disseminação da banda larga em universidades, escolas, hospitais e outros pontos de interesse público. A estatal também ficou responsável por operar e manter a infraestrutura e as redes de suporte de serviços de telecomunicações da administração pública federal.

Nessa época, no entanto, a infraestrutura existente para a conexão em banda larga não alcançava todo o território nacional. E os satélites utilizados pela administração pública para transmissão de dados eram geridos pela iniciativa privada, o que, segundo o governo, aumentava o risco de vazamento de informações estratégicas.

Diante disso, o governo federal, em 2012, concebeu projeto para construção de satélite próprio, que ficou conhecido como Satélite Geoestacionário de Defesa e

---

<sup>103</sup> Art. 28. (...) § 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações: (...) II – nos casos em que a escolha de parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

Comunicações (SGDC). Lançado ao espaço no fim de 2017, o satélite possui capacidade de operação em duas bandas de frequência. A Banda X, operada pelo Ministério da Defesa para uso militar, e a Banda Ka, gerida pela Telebras<sup>104</sup> e destinada à comunicação entre entes públicos e à execução do Plano Nacional de Banda Larga.

Paralelamente a esses fatos, a Telebras começou a adotar medidas para viabilizar a prestação de serviços por meio do SGDC, escolhendo um modelo híbrido: parte da capacidade do satélite seria explorada diretamente pela Telebras e o restante cedido onerosamente a um parceiro.

Em julho de 2017, a Telebras publicou edital de chamamento público, com o intuito de receber propostas de empresas interessadas na exploração da capacidade do SGDC. Ao longo desse procedimento, diversas empresas apresentaram dúvidas e sugestões para o modelo da parceria. Apesar disso, nenhuma delas formulou proposta. Segundo avaliação da Telebras, o insucesso do chamamento público deveu-se, entre outros fatores, ao desinteresse das empresas privadas de prestar serviços em regiões de baixa atratividade comercial e à impossibilidade de recuperação dos investimentos necessários no prazo inicial proposto para a parceria (cinco anos).

Nesse cenário, a Telebras iniciou tratativas isoladas com algumas empresas e, em fevereiro de 2018, celebrou acordo de parceria com a Viasat. Em troca da possibilidade de utilizar a capacidade satelital para prestar serviços a seus clientes, a Viasat obrigou-se a compartilhar com a Telebras parte de suas receitas. Além disso, a empresa norte-americana receberia um pagamento mensal fixo pela instalação e manutenção, em terra, das antenas e outros equipamentos necessários para que a Telebras pudesse executar as políticas públicas sob sua gestão.

A área jurídica da estatal enquadrou essa parceria na hipótese prevista no art. 28, § 3º, II, da Lei 13.303/2016, que autoriza a contratação direta nos casos em que a “escolha do parceiro está associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”.

Trata-se de hipótese de contratação direta que alcança determinados negócios não abordados explicitamente na Lei 8.666, como a formação de *joint ventures* e a

---

<sup>104</sup> A responsabilidade pela gestão do satélite foi conferida à Telebras e ao Ministério da Defesa por meio do art. 9º do Decreto 7.769, de 28 de junho de 2012.

aquisição de participação acionária em empresas privadas, situações em que a realização de uma licitação é incompatível com a adequada negociação dos termos da parceria e a escolha do parceiro privado.

Segundo alguns autores, essa nova previsão legal buscou garantir maior segurança jurídica<sup>105</sup> e simplificar<sup>106</sup> a cooperação entre empresas estatais e parceiros estratégicos.

Como se tentará demonstrar a partir de agora, o Acórdão 2.488/2018 não só frustra expectativas de mais segurança jurídica e menos burocracia, como também configura precedente que pressagia uma forte interferência do TCU sobre parcerias envolvendo empresas estatais.

Após tomar conhecimento do acordo entre Telebras e Viasat, a unidade técnica responsável (SeinfraCom) identificou diversos indícios de irregularidades, como a inobservância dos requisitos legais para a escolha do parceiro privado e a existência de cláusulas ilegais no contrato. Como consequência, instaurou-se no TCU processo para uma análise mais detalhada dos termos da parceria.

De início, vale observar a amplitude da fiscalização empreendida pelo órgão de controle, que, entre outros pontos, buscou avaliar: (i) a legalidade da realização da parceria entre Telebras e Viasat, com base no art. 28, §3º, da Lei 13.303; (ii) suas premissas econômico-financeiras; e (iii) o conteúdo de suas cláusulas.

Note-se: ao abraçar a missão de avaliar, de modo amplo, as premissas das projeções econômico-financeiras utilizadas e o conteúdo das cláusulas contratuais, o TCU assumiu um papel de instância revisora do acordo celebrado pela Telebras. Isso fica claro em vários trechos do Acórdão 2.488/2018. Citem-se dois: o que tratou do prazo da parceria e o relativo à avaliação da taxa interna de retorno do parceiro privado.

Originalmente, Telebras e Viasat estipularam um prazo de 10 anos para a parceria, prorrogáveis por mais cinco. A prorrogação ocorreria a critério exclusivo da Viasat. No voto condutor do acórdão, o Ministro Benjamin Zymler entendeu que

---

<sup>105</sup> COSTA, Diego Vasconcelos; BAUMANN, Marcelo Lindos; SANTOS, Isabel Luiza dos. Afastamento de regras sobre licitação efetiva função social das estatais. *Consultor Jurídico*, 17 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-17/opiniao-liberar-estatais-licitacao-efetiva-funcao-social>>.

<sup>106</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos? *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 141, pp. 84-105, 2018.

atribuir a decisão sobre a prorrogação exclusivamente à Viasat geraria um “risco elevado” para a Telebras, pois existiria a “possibilidade de ocorrerem mudanças significativas no setor de telecomunicações nos próximos 10 anos”, que poderiam tornar o contrato excessivamente oneroso em caso de prorrogação. Baseado nesse argumento, o TCU determinou a alteração da cláusula sobre prazo contratual, de modo que a prorrogação ficasse condicionada à demonstração da vantajosidade para a Telebras.

O raciocínio do Ministro Benjamin Zymler está correto: como o contrato prevê um pagamento mensal fixo por parte da Telebras, de fato existe o risco de eventual barateamento de produtos e serviços, propiciado por avanços tecnológicos, acabar tornando excessivamente caro o valor pago pela estatal.

O problema é que, ao lado desse risco, existem inúmeros outros que poderiam ser invocados nesse contexto. Mencione-se, por exemplo, o risco – que se materializou – de órgãos de controle interferirem nos termos de contratos estatais em desfavor do parceiro privado. Não é esdrúxulo imaginar que, durante as tratativas entre Telebras e Viasat, a decisão sobre a prorrogação da parceria foi atribuída exclusivamente à empresa norte-americana justamente para compensar essa imprevisibilidade do ambiente regulatório brasileiro.

Qual análise de riscos deve prevalecer: a realizada pelo TCU ou a feita pelas partes contratantes durante as tratativas? O TCU poderia ter determinado a modificação da cláusula, retirando da Viasat a prerrogativa de decidir sozinha pela prorrogação?

Se entendermos que a análise de riscos realizada pelo TCU deve prevalecer e que o tribunal pode, com fundamento em suposições de prejuízos futuros, determinar alterações em cláusulas contratuais, então chegaremos à conclusão de que não há limites para a interferência do TCU nas parcerias celebradas por empresas estatais, num cenário em que a discricionariedade do controlador substitui a discricionariedade do gestor público.

A interferência do TCU sobre o acordo se mostrou ainda mais contundente no capítulo do acórdão que trata do “equilíbrio econômico-financeiro da parceria firmada”, no qual o relator busca encontrar, por meio de análise de custos e projeções financeiras, o que seria um “negócio justo e equilibrado” entre as partes e um “lucro normal” para a empresa privada.

Quanto a esse particular, o TCU concluiu que o modelo previsto para o compartilhamento de receitas e os valores a serem pagos mensalmente pela Telebras gerariam uma rentabilidade muito maior para a empresa privada, razão pela qual as condições econômicas da parceria deveriam ser “renegociadas”. Em relação ao valor mensal a ser pago pela Telebras, o TCU chegou inclusive a fixar um número exato: o valor mais adequado seria R\$ 107,60 por antena instalada e mantida pela Viasat – e não R\$ 160,00.

Diante dessas circunstâncias e das diversas determinações emitidas pelo TCU no Acórdão 2.488/2018, o que se percebe é que o tribunal não hesitou em realizar uma ampla revisão das cláusulas e dos aspectos econômico-financeiros da parceria firmada entre Telebras e Viasat.

Fica a dúvida: o TCU adotará essa mesma postura em futuras fiscalizações de parcerias realizadas por empresas estatais com fundamento no art. 28, §3º, II, da Lei 13.303?

Em caso positivo, o que provavelmente se verá é uma tendência de as empresas estatais procurarem, antes da celebração da parceria, uma aprovação prévia do TCU, ainda que informal. Isso por dois motivos.

Primeiro, como já sugerido aqui, a imensa quantidade de variáveis que podem influenciar as projeções financeiras e a negociação de cláusulas em parcerias estatais torna muito provável que o TCU encontre alguma irregularidade ou, no mínimo, um ponto passível de aprimoramento. Dessa forma, o controle prévio pelo TCU seria a única forma de garantir a segurança jurídica necessária para a continuidade da parceria.

Segundo, o TCU sinalizou, no Acórdão 2.488/2018, que deficiências nesse tipo de contratação direta, tais como a ausência de justificativas adequadas para a escolha do parceiro ou a estipulação de cláusulas contratuais economicamente desvantajosas, poderão ensejar a aplicação de penalidades por parte do tribunal.

Se, ao criar explicitamente essa nova hipótese de contratação direta, o objetivo da Lei 13.303 foi conferir maior segurança jurídica e celeridade à celebração de parcerias estratégicas por empresas estatais, a decisão do TCU sugere que será longo o caminho para alcançá-lo.

### **3. TCU E REGULADORES EM PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO**

#### ***A. No setor petrolífero, blocos devem ser licitados em separado ou em conjunto?***

É tarefa das agências reguladoras, além da função normativa, estruturar, implementar e fiscalizar as relações contratuais entre o Estado e a iniciativa privada destinadas a viabilizar empreendimentos públicos. A regulação administrativa, portanto, dá-se tanto por meio da produção de normas, como da elaboração de editais de licitação e de contratos.<sup>107</sup>

Os processos de desestatização conduzidos pelas agências reguladoras são intensamente fiscalizados pelo TCU. A pergunta é: ao fazê-lo, estaria o Tribunal interferindo em função própria do Executivo (função administrativa)?

Decisão emitida pelo TCU em março de 2018 parece indicar que a Corte de Contas estaria utilizando seu poder cautelar para influenciar na modelagem de licitações em processo de desestatização. Nesse sentido, estaria se valendo de instrumentos de controle impositivos não para determinar a correção de ilegalidades, nos termos da legislação, mas para pressionar a administração a incorporar a suas decisões escolhas que, na visão do TCU, seriam mais adequadas à persecução do interesse público.

Cuida-se do Acórdão 672/2018 – Plenário, julgado em 28 de março de 2018, no qual o Tribunal apreciou análise de resposta à oitiva prévia, em face de proposta de medida cautelar, elaborada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura de Petróleo e Gás Natural (SeinfraPetróleo).

No caso, a SeinfraPetróleo emitiu relatório relativo à 15ª Rodada de Licitações para blocos terrestres e marítimos, com vistas à outorga de contratos de concessão para atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, realizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). A Unidade Técnica apontou diversas irregularidades no processo de desestatização, consistindo o problema central na ausência de fundamentação pelo Ministério de Minas e Energia (MME), pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e pela ANP para a decisão de licitar em separado os Blocos S-M-645, S-M-534 e Saturno, sendo os dois primeiros

---

<sup>107</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio. (Org.). *Regulação no Brasil: Uma visão interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

oferecidos sob o regime de concessão (lei 9.478/1997) e o último sob o regime de partilha de produção (lei 12.351/2010).

Segundo a SeinfraPetróleo, as informações técnicas disponíveis indicariam que os Blocos S-M-534, S-M-645 e Saturno comporiam um mesmo reservatório de petróleo, de modo que a sua licitação em separado traria o risco de futura unitização (celebração de Acordos de Individualização da Produção).<sup>108</sup> Dessa forma, a decisão de ofertar os blocos em separado contrariaria as melhores práticas da indústria do petróleo, e poderia depreciar economicamente as respectivas áreas para os processos licitatórios.

Por ocasião da oitiva das partes, ANP e CNPE sustentaram, fundamentalmente, que uma possível unitização não seria um problema, pois a subdivisão de áreas propiciaria maior competitividade e atratividade nas licitações. As partes alegaram ainda que, com os dados até então obtidos, não se poderia inferir, com razoável certeza, os limites dos blocos em questão — sendo incerto o risco de unitização.

Não obstante, a SeinfraPetróleo entendeu que, após as oitivas prévias à adoção de medida cautelar, permaneceria inalterada a irregularidade relativa à falta de fundamentação para a modelagem das licitações conforme estabelecida pela administração. Em vista do posicionamento da Unidade Técnica, e da proximidade dos certames, o Plenário do TCU determinou, cautelarmente, a suspensão dos procedimentos de oferta pública dos Blocos S-M-645 e S-M-534.

O caso do Acórdão 672/2018 – Plenário é relevante porque permite fazer inferências acerca da atuação do TCU no âmbito das desestatizações.

Inicialmente, cabe apontar que o Tribunal parece aceitar, em abstrato, que o controle que exerce em licitações, inclusive no âmbito das concessões, estaria circunscrito à verificação de conformidade das práticas administrativas à lei (controle de legalidade). A conclusão decorre do fato de que a principal irregularidade apontada pela Corte de Contas consistiu na suposta falta de fundamentos da decisão, tomada por autoridades administrativas, de realizar a licitação dos blocos em separado. Ou seja, no entendimento do TCU, teria faltado à decisão um dos elementos de validade dos atos administrativos: a motivação.

---

<sup>108</sup> Segundo José Alberto Bucheb, discussões sobre a individualização da produção (unitização) “surge quando uma jazida de petróleo ou gás natural se estende por dois ou mais blocos contíguos, cujos direitos de exploração e produção pertencem a concessionários diferentes” (*Direito do Petróleo – a regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 183).

As palavras do Ministro Relator Aroldo Cedraz são esclarecedoras nesse sentido: “verifico que em momento algum se questionou a opção adotada pelo CNPE, mas tão somente se apontou a ausência de justificativas para a decisão tomada (...). Não é demais lembrar que, a despeito de a decisão de se outorgar determinado bloco de petróleo se encontrar na esfera de discricionariedade do Poder Concedente, isso não o exime da observância ao princípio da motivação dos atos administrativos”.

A análise do caso, contudo, traz indicativos de que, na prática, o Tribunal decidiu sustar as licitações porque considerou que a administração teria tomado decisões “antieconômicas”.<sup>109</sup> Parte substancial da decisão foi dedicada a explicar a razão pela qual a opção da administração por licitar os blocos em separado seria menos vantajosa à União, em termos econômicos, do que a opção vislumbrada pela Unidade Técnica de licitar os blocos em conjunto.<sup>110</sup>

Nesse sentido, tem-se a impressão de que a falta de fundamentação só foi vista como um problema porque a modelagem escolhida pela administração teria sido inadequada aos olhos do Tribunal. É o que se depreende do posicionamento da Unidade Técnica, acolhido pelo Ministro Relator em suas razões de decidir: “ante a ausência de justificativas para decisão que envolve possibilidades de perdas de arrecadação para o Estado, a curto e a longo prazos, a exemplo inicial da diferença de R\$ 2,377 bilhões, estimada para os valores de Bônus de Assinatura, considerada a equivalência de carga fiscal entre as alternativas colocadas, a adoção de cautelar é medida que se impõe”.

O caso parece indicar uma propensão do Tribunal a influenciar mais ativamente a modelagem de futuros processos de desestatização. Isso porque está expressa no acórdão a expectativa de que o julgamento seja considerado pela administração nas futuras decisões sobre as definições dos blocos para outorgas de exploração e produção

---

<sup>109</sup> É interessante notar que essa diferença entre discurso e prática do TCU também é apontada pela literatura, no caso com relação à interferência em atividades-fim das agências reguladoras. Cf. MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. *Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. (Coord.). *Direito da Infraestrutura – Volume 2*. São Paulo: SaraivaJur, 2017. Cf. também PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. *O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes executivo, legislativo e judiciário: Uma proposta de sistematização*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>110</sup> É importante destacar que, nesse caso, o CNPE precisaria propor ao Presidente da República a expedição de decreto para declarar a área dos Blocos S-M-645 e S-M-534 (externas ao polígono do pré-sal) como estratégica, para que, assim, tais blocos pudessem ser oferecidos conjuntamente com o Bloco de Saturno (interno ao polígono do pré-sal), sob o regime de partilha de produção.

de petróleo e gás natural a serem ofertados nas rodadas programadas para ocorrer até 2019, e também de outras a ocorrer futuramente.

A Constituição Federal conferiu ao TCU a atribuição de verificar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos (art. 70, *caput*, c/c art. 71). Mas isso não significa que a Corte de Contas possa utilizar esses parâmetros de controle de modo indiscriminado, irrestrito. O exercício de competências impositivas (para praticar atos de comando ou para impor sanções), por exemplo, foi condicionado pelo ordenamento à constatação de ilegalidades pelo Tribunal (isto é, de infrações à lei em sentido amplo).<sup>111</sup>

Com relação ao acompanhamento de licitações, inclusive em processos de desestatização, a lei 8.666/1993 (Lei de Licitações) previu que a administração é responsável por demonstrar aos tribunais de contas a *legalidade* da despesa e regularidade da execução provenientes de instrumentos regidos pelo diploma (art. 113).<sup>112</sup> De modo que o ordenamento jurídico não conferiu ao TCU competência para controlar as licitações de modo interventivo a partir de análises de custo-benefício. Ao TCU só cabe interferir em licitações com atos de comando quando houver a identificação de potenciais afrontas à lei (ilegalidades).<sup>113</sup>

Tal delimitação da forma de atuação do TCU tem como um de seus objetivos impedir que o Tribunal substitua à administração na modelagem das desestatizações (função administrativa). O risco de uma atuação tão larga do TCU é o de o órgão de controle se transformar em revisor geral da atividade administrativa<sup>114</sup>, em “meta-regulador”<sup>115</sup>, violando, assim, a separação de Poderes.<sup>116</sup>

---

<sup>111</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 182-183 e JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: Controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, p. 209-230, 2014. p. 212-213.

<sup>112</sup> “Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, (...), ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da *legalidade* e regularidade da despesa e execução (...).”

<sup>113</sup> Cf. ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese de Doutorado. Orientador: Floriano de Azevedo Marques Neto. São Paulo. 2016, p. 236-237. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/pt-br.php>>.

<sup>114</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 180 e ss. e ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. *op. cit.* p. 238 e ss.

<sup>115</sup> Em relatório de pesquisa sobre a regulação da infraestrutura brasileira, desenvolvido no âmbito da Centre of Analysis of Risk and Regulation (carr) da London School of Economics and Political

## ***B. A quem cabe fixar critérios para a definição de tarifas de pedágios em rodovias?***

Em fevereiro de 2018, o TCU proferiu decisão importante em relação a setores regulados.

No Acórdão 290/2018 – Plenário, o Tribunal referendou medida cautelar para determinar à ANTT a mudança de critérios aplicados em reajustes de pedágios, especificamente em virtude do impacto advindo da lei 13.103/2015 (conhecida como Lei dos Caminhoneiros).

No caso, a ANTT autorizou a revisão tarifária por entender que a lei nova havia aumentado significativamente os limites de tolerância do peso bruto transmitido pelos eixos dos veículos, o que implicaria aumento dos custos de manutenção das rodovias, a ser suportado pelas concessionárias.

---

Science e da RAND Europe, Martin Lodge, Christian van Stolk, Julia Batistella-Machado, Marco Hafner, Daniel Schweppenstedde e Martin Stepanek apontam que: “o TCU tornou-se, cada vez mais, um ‘meta-regulador’ na contestação das decisões regulatórias. Este papel é, por vezes, considerado problemático, pois as opiniões do TCU não refletiam o ambiente de decisão regulatória e se concentravam especificamente no ‘custo-benefício’. Em paralelo, o TCU também se transformou em um ‘amigo’ ao apoiar (ou ‘proteger’) as decisões técnicas contra as demandas politicamente orientadas. Considera-se que o TCU possui mais capacidade do que as agências reguladoras. No entanto, embora o papel de ‘meta-regulador’ (voluntário ou involuntário) do TCU ofereça conhecimento técnico adicional e consistência no processo de decisão, esse papel não se encaixa adequadamente na jurisdição geral do TCU” (Regulação da infraestrutura logística no Brasil – Versão preliminar do relatório. Disponível em: <<http://www.lse.ac.uk/accounting/assets/CARR/documents/Impact/Regulation-of-Logistics-Infrastructures-in-Brazil/Brazil-infrastructure-logistics-translated-FINAL.pdf>>). Nesse sentido, a decisão do TCU aqui analisada parece exemplificar o diagnóstico feito pelos pesquisadores.

<sup>116</sup> As interfaces entre órgãos de controle e Executivo geram debates acalorados na doutrina. Luis Roberto Barroso, por exemplo, defende que o Tribunal de Contas não poderia interferir na atividade-fim das agências, por não implicar dispêndio direto de recursos (BARROSO, Luís Roberto. Parecer LRB nº 5/98, transcrito em MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos tribunais de contas sobre as agências reguladoras: Em busca de alguns standards possíveis. Revista de Direito Público da Economia, ano 10, n. 38, p. 147-164, 2012. p. 148-149). Benjamin Zymler, por outro lado, sustenta ser o TCU o órgão que detém melhores condições para desenvolver uma visão sistêmica do modelo regulatório brasileiro e, portanto, competente para fazer o controle externo da regulação (ZYMLER, Benjamin. Direito Administrativo e controle. 4. Ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015. p. 203). Já Eduardo Jordão defende a moderação do controle, a fim de evitar que “as prognoses incertas do administrador sejam substituídas pelas prognoses igualmente incertas do controlador” (JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador? Revista Brasileira de Direito Público, ano 12, n. 47, p. 209-230, 2014. p. 211). É uma versão contemporânea do clássico pensamento de Victor Nunes Leal, manifestado em relação aos limites do controle judicial da administração pública, segundo o qual “no estudo do controle do poder discricionário, a doutrina tem de utilizar instrumentos de precisão, para não vestir um santo com a roupa do outro, substituindo o arbítrio administrativo pelo arbítrio judiciário” (LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário da administração – abuso dêsse poder – mandado de segurança – direito líquido e certo. Revista de Direito Administrativo, v. 14, p. 52-82, 1948. p. 53).

Acontece que o TCU apontou haver uma inconsistência nas premissas da agência, que consistiria no fato de a ANTT ter desconsiderado outras normas (do CONTRAN) que já haviam aumentado, em parte, os limites de peso, fazendo com que o impacto da lei fosse bem menor do que aquele que embasara a revisão. No caso, parece emergir uma faceta muito interessante do controle: a cooperativa. O Tribunal, em certa medida, auxiliou a agência, colocando na mesa dados e informações que, aparentemente, estavam fora do radar do regulador.

Mas o TCU foi além e determinou a revisão dos parâmetros utilizados pela ANTT para estimar o aumento dos custos, não aceitando, por exemplo, que fosse utilizada como referência a tabela de custos médios gerenciais do DNIT. Nesse sentido, o Tribunal não só determinou que a agência refizesse certos estudos, como também impôs a adoção de certos critérios.

Curioso observar que o Ministro Relator, no final do seu voto, depois de determinar o afastamento de todos os critérios adotados pela agência, agora em substituição ao regulador, ressaltou que “a função de realizar estudos, efetivar reajustes tarifários, criar novas metodologias de cálculos de reajustes, enfim, regular e supervisionar as atividades referentes à infraestrutura de transportes no Brasil pertence à ANTT”.<sup>117</sup>

Há indícios significativos de que o TCU, também nesse caso, teria se substituído ao regulador, influenciando de modo direto a produção de regulação setorial específica.

### ***C. O TCU como meta-regulador***

Em fevereiro de 2018, o TCU havia determinado a suspensão dos efeitos, em cautelar, de resolução da ANTAQ que disciplina requisitos para o afretamento de

---

<sup>117</sup> É interessante notar que diversos autores parecem identificar uma postura dúbia do TCU com relação às agências reguladoras: em abstrato, o Tribunal já sustentou ser deferente à discricionariedade técnica das agências, mas na prática, tem interferido nas atividades-fim dos entes reguladores. Nesse sentido, ver MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. *Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. (Coord.). *Direito da Infraestrutura – Volume 2*. São Paulo: SaraivaJur, 2017. Ver também PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. *O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes executivo, legislativo e judiciário: Uma proposta de sistematização*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

embarcação estrangeira.<sup>118</sup> Em abril, o plenário do TCU retomou a controvérsia a partir de julgamento de agravo interposto pela agência.<sup>119</sup> O Tribunal manteve, por 6 votos a 2, a medida cautelar, reafirmando que a regulação extrapolou seus limites e violou reserva legal prevista na Constituição.

O episódio denota participação cada vez mais precoce do órgão de controle no âmbito da regulação estatal.<sup>120</sup> Não obstante o controle ser realizado, como regra, *a posteriori*, o TCU vem adotando crescentemente um papel de *veto player*, até mesmo na revisão em abstrato de normas regulatórias, tangenciando os limites de sua competência. Dá mostras, assim, de que compreende seu papel no controle da regulação estatal de forma abrangente, reforçando sua imagem de “meta-regulador” dos setores de infraestrutura.<sup>121</sup>

Também teve destaque, no mês de abril, a análise do TCU sobre o primeiro estágio de acompanhamento da Quarta Rodada de Licitações no Regime de Partilha de Produção, referente à outorga de bloco para exploração e produção de petróleo e gás natural em áreas do Pré-Sal. Nesta oportunidade, o Tribunal não impediu a realização do leilão, como fez na 15ª Rodada de Concessão em relação aos dois principais blocos, mas expediu determinação ao Conselho Nacional de Política Energética – CNPE para que, nas próximas rodadas de licitação do regime de partilha, aperfeiçoe a motivação das escolhas administrativas, “demonstrando as análises de impactos e fundamentando a escolha da carga fiscal, dos valores de bônus de assinatura e das alíquotas mínimas de partilha”.

Percebe-se, por conseguinte, que o Tribunal – ora bloqueando de modo prévio medidas regulatórias que entende ilegais, ora determinando medidas para o aperfeiçoamento regulatório futuro – tem se consolidado, no plano fático, como uma espécie de “meta-regulador” da infraestrutura nacional.

---

<sup>118</sup> Acórdão 308/2018 – Plenário, julgado em 21 de fevereiro de 2018.

<sup>119</sup> Em uma aparente deferência à postura mais interventiva do órgão de controle, a ANTAQ não problematizou a competência do TCU para suspender os efeitos de norma em abstrato, tendo se limitado a defender seu próprio poder normativo e a validade da norma que editou.

Vale dizer, no entanto, que nem os ministros nem a unidade técnica do TCU expuseram, de forma clara e contundente, o fundamento normativo da competência do Tribunal para determinar a suspensão dos efeitos de norma. Para o TCU, nas palavras do Ministro Benjamin Zymler, “a natureza jurídica de serviço público de transporte aquaviário” atrairia “a incidência do Direito Administrativo e a competência do TCU”.

<sup>120</sup> Acórdão 775/2018 – Plenário, julgado em 11 de abril de 2018.

<sup>121</sup> Essa é a expressão utilizada no relatório de pesquisa “Regulação de infraestrutura logística no Brasil”, já mencionado.

#### ***D. TCU como regulador de segunda ordem***

Nos processos de desestatização, há indícios de que o TCU esteja agindo como regulador de segunda ordem, participando de modo efetivo da modelagem de concessões e do exercício da regulação nos mais diversos setores. Tal conclusão está escorada em dois julgados: o Acórdão 1.174/2018 – Plenário e o Acórdão 1.171/2018 – Plenário.

No Acórdão 1.174/2018 – Plenário, de 23 de maio, o TCU, mediante instrução da SeinfraRodoviaAviação e sob a relatoria do ministro Bruno Dantas, analisou o primeiro estágio do acompanhamento da concessão do lote rodoviário denominado Rodovia de Integração do SUL (RIS)<sup>122</sup>, em conformidade com o rito da Instrução Normativa 46/2004.

De acordo com a sistemática prevista nas Instruções Normativas 27/98 e 46/2004, o primeiro estágio de acompanhamento é centrado na análise da viabilidade do empreendimento, tendo se tornado uma praxe a análise das minutas de edital e do contrato de concessão.<sup>123</sup>

Ao julgar o Acórdão 1.174/2018-Plenário, o Tribunal fez uma espécie de balanço acerca da experiência brasileira em concessões rodoviárias, a partir de referências a recomendações e determinações feitas anteriormente pelo TCU, e dos impactos que tiveram na evolução do modelo concessório neste setor.

Para endereçar os riscos identificados no projeto de concessão da RIS, a SeinfraRodoviaAviação propôs ao Plenário a adoção de 32 determinações e 1 recomendação, bem como que fosse proibida a realização da licitação enquanto a ANTT não implementasse todas as determinações.

Paralelamente, fez uma proposição mais contundente, no sentido de que o Tribunal impedisse a ANTT de celebrar qualquer concessão enquanto não se estruturasse de forma adequada e compatível com a função de fiscalizar os contratos. A proposta, contudo, não foi acolhida pelo Plenário do TCU.

---

<sup>122</sup> Composto pelas rodovias BR 101/RS, BR 290/RS, BR 386/RS e BR 448/RS.

<sup>123</sup> Sobre a participação do TCU em processos de licitação antes da publicação de seu edital, ver: JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? Revista Brasileira de Direito Público, ano 12, n. 47, p. 209-230, 2014. p. 215-221.

Diante da previsão da minuta contratual submetida pela ANTT ao TCU segundo a qual a inclusão de novas obras ensejaria o reequilíbrio econômico-financeiro por meio da aplicação do “fluxo de caixa marginal”,<sup>124</sup> a unidade técnica do TCU deixou consignado que a metodologia preconizada pela ANTT conduziria, invariavelmente, a um notável desequilíbrio da avença em desfavor dos usuários.<sup>125</sup>

Interessante perceber, ainda, que a metodologia de fluxo de caixa marginal foi desenvolvida pela ANTT a partir de provocações do próprio TCU, que, inclusive, avaliou positivamente<sup>126</sup> a Resolução ANTT 3.651/2011, que a disciplina. Desse modo, pode-se dizer que o TCU acabou participando da decisão que levou à utilização do fluxo de caixa marginal no caso da RIS.<sup>127</sup>

De uma maneira geral, as fragilidades apontadas pela unidade técnica disseram dizem respeito a aspectos relacionados à flexibilidade contratual da concessão. A fiscalização parece ter sido influenciada por uma visão que aproxima os contratos de concessão dos contratos de obras públicas. Além disso, em várias passagens do acórdão, a SeinfraRodovia propôs, com base em princípios jurídicos ou conceitos vagos e indeterminados, que fossem barradas ou alteradas as soluções contratuais construídas pela agência reguladora.

Antes da apreciação pelo Plenário, embora a ANTT tivesse, em um primeiro momento, rebatido os apontamentos feitos pela SeinfraRodovia, a agência passou a aceitar parte das proposições da unidade técnica,<sup>128</sup> apresentando uma série de medidas destinadas a endereçar os riscos apontados, tais como: i) vedação à inclusão de investimentos em ampliação de capacidade e melhorias nos primeiros e nos últimos cinco anos do contrato; ii) inclusão de novos investimentos restrita às revisões quinquenais; iii) instituição de estoque de obras, com vedação à inclusão de obras de

---

<sup>124</sup> Resolução ANTT 3.651/2011.

<sup>125</sup> A unidade técnica argumenta que o fluxo de caixa marginal era apropriado apenas para a 1ª etapa de concessões, cujos contratos foram celebrados com taxas internas de retorno muito elevadas, de maneira que a modelagem resultava na inclusão de novos investimentos em condições desfavoráveis ao interesse público. Seria, assim, indevida a aplicação da metodologia aos contratos das 2ª e 3ª etapas, assim como à RIS.

<sup>126</sup> Vide Acórdão 2.759/2012 – Plenário, de 10 de outubro de 2012.

<sup>127</sup> Ver: RIBEIRO, Maurício Portugal. Unidade técnica do TCU pretende impedir concessões de rodovias. *Infra*, 27 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-unidade-tecnica-do-tcu-pretende-impedir-concessoes-de-rodovias/>>.

<sup>128</sup> Nota Técnica 01/2018/COOUT/SEUINF, da Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária/ANTT, exarada em 11 de abril de 2018, no processo 50500.352371/2017-68.

melhorias por fluxo de caixa marginal (FCM) antes de seu término; e iv) estabelecimento de limitações e condições para prorrogação do prazo contratual.

A agência não concordou, contudo, com a obrigação de estipular no contrato os objetos que não poderiam vir a ser incluídos ou excluídos posteriormente, tendo em vista a impossibilidade de se fazer essa previsão em relação a um contrato de longo prazo, de necessidades dinâmicas e mutáveis. Defendeu, assim, a flexibilidade e mutabilidade dos contratos de concessão, afastando destes o tratamento que se costuma conferir aos contratos administrativos comuns.

O Plenário, seguindo a posição do MPTCU, embora tenha concordado com a necessidade de aprimoramento das regras contratuais, deixou de acolher a proposta de estipulação dos objetos que não poderão ser incluídos ou excluídos em momento posterior, justamente por entender que uma regulamentação demasiadamente exaustiva poderia atribuir rigidez excessiva a um contrato de longo prazo.

A influência do TCU na modelagem dos projetos de infraestrutura parece se evidenciar pela simples constatação de que a ANTT, diante do relatório da SeinfraRodoviaAviação, antes mesmo de qualquer deliberação do Plenário, acolheu 7 das 32 determinações propostas pela unidade técnica e sinalizou que outras 12 poderiam ser atendidas. Apesar da oposição apresentada pela agência e por integrantes do governo, os órgãos responsáveis pelo projeto acabaram buscando convergir com o TCU em relação a várias questões, para viabilizar e acelerar a realização da concessão.

No caso em análise, depois que a agência decidiu se alinhar a várias das posições da unidade técnica, o Plenário acabou manifestando certa deferência ao regulador em relação a alguns dos temas remanescentes, embora ainda tenham sido expedidas 23 determinações e 4 recomendações.

O que parece emergir da análise de casos como este é que o TCU acaba funcionando como uma espécie de revisor da administração pública, estoando do papel que lhe fora reservado pelo Direito brasileiro.<sup>129</sup> Basta ver que o Tribunal faz uma análise microscópica de toda a modelagem e estrutura contratual da concessão e decide, ponto a ponto, se “aceita” ou não a opção do regulador. Mesmo quando diz manifestar deferência à posição do regulador, o que faz, na prática, é ratificar a opção regulatória,

---

<sup>129</sup> Nesse sentido, ver: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

por concordar com esta, ou, eventualmente, por não possuir uma convicção formada em sentido contrário.<sup>130</sup> Desse modo, em vez de figurar como controlador de segunda ordem,<sup>131</sup> Corte de Contas acaba fazendo as vezes de um *regulador de segunda ordem*.

Em outro caso relevante, no Acórdão 1.171/2018 – Plenário, de 23 de maio de 2018, o TCU apreciou a prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, a partir do qual o Poder Concedente e a empresa Libra Terminais S.A. unificaram três contratos de arrendamento portuário e promoveram o adensamento de área entre dois desses terminais.

A situação em concreto envolvia prorrogação que alegadamente teria ocorrido à revelia de reiterada inadimplência da arrendatária de suas obrigações contratuais. Isso porque, não obstante dispositivo legal que veda explicitamente prorrogações nessas situações (art. 62 da Lei 12.815/2012), a instalação de júízo arbitral pelas partes para discutir todos os inadimplementos teria possibilitado a assinatura do aditamento contratual, com respaldo na própria lei, que permite a arbitragem, e no inciso II do § 1º do art. 13 do Decreto 8.465/2015, que permite expressamente prorrogações quando há litígio pendente de decisão arbitral.

Considerando que a prorrogação antecipada atentou contra o interesse público, o plenário do TCU decidiu, por unanimidade, assinar prazo para que o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) anulasse o segundo termo aditivo. Além disso, foi adotada medida cautelar para que tanto MTPA como Antaq apresentassem ao Tribunal de Contas, no prazo de 30 dias, plano de ação com medidas imediatas para a realização de nova licitação. Por fim, diante do risco de descontinuidade das atividades dos terminais arrendados em questão antes da realização do certame, permitiu-se a continuidade da exploração pela detentora do contrato, em caráter precário, até 16 de

---

<sup>130</sup> A influência do TCU em atividades-fim das agências foi debatida por diversos autores. Nesse sentido, ver MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. (Coord.). Direito da Infraestrutura – Volume 2. São Paulo: SaraivaJur, 2017. Ver também PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes executivo, legislativo e judiciário: Uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Orgs.). Direito da regulação e políticas públicas. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>131</sup> No voto condutor do Acórdão 1.703/2004 – Plenário, de 25 de julho de 2018, considerado um *leading case* do controle das agências pelo TCU, o Min. Benjamin Zymler demarcou a ideia de controle de segunda ordem, ao dizer que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de “segunda ordem”, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório, não devendo, assim, incidir sobre o jogo regulatório em si.

maio de 2020, quando chegaria a termo o prazo original do último dos contratos de arrendamento que foram unificados.

O presente caso apresenta elementos peculiares tanto sob o ponto de vista material quanto procedimental. De início, deve-se registrar que a decisão do TCU no âmbito do Acórdão 1.171/2018 – Plenário acabou importando em anulação de contrato administrativo, na medida em que tornou sem efeito prorrogação antecipada de contrato de arrendamento portuário já celebrada entre o Poder Concedente e empresa arrendatária. Nesse sentido, deve-se destacar que nenhum dos votos escritos de ministros debruçou-se sobre a competência da Corte de Contas para exarar ato de comando dessa natureza. Ou seja, o plenário do TCU parece ter considerado que teria competência para anular relação contratual estabelecida pelo Poder Público com particular, não obstante a ausência de norma a prevendo.

Ademais, também é de se destacar que o acórdão traz, além do voto relator, três declarações de voto, dos ministros Benjamin Zymler, Walton Alencar e Bruno Dantas. Ainda que se cuide de procedimento pouco usual na prática decisória do TCU, a ocorrência de votos escritos múltiplos parece ser mais comum em casos de alta repercussão. Em todo caso, é de se notar que os quatro votos convergem no conteúdo decisório, porém divergem quanto à fundamentação.

O voto relator não analisou, em abstrato, a legalidade da norma regulatória que permitiria a assinatura de aditivo quando houvesse débitos pendentes de decisão final e submetidos a juízo arbitral. De modo diverso, a ministra relatora ateve-se à questão da ausência de interesse público para a celebração de prorrogação antecipada, enfatizando que a arrendatária não teria cumprido com suas obrigações contratuais.

O voto do ministro Benjamin Zymler, por sua vez, indicou compreender que a regulação infralegal sustentaria a posição da arrendatária. No entanto, o ministro sustentou que “o § 1º do art. 13 do Decreto 8.465/2015 parece extrapolar os limites regulamentares, pois a mera existência de juízo arbitral, atendidas determinadas circunstâncias, permitiria juridicamente a prorrogação antecipada de contratos de arrendamentos portuários”. Nesse sentido, segundo o ministro, haveria incompatibilidade com o artigo 62 da Lei 12.815/2012, sendo que a norma regulamentadora teria avançado sobre compreensão equivocada do que seria “decisão

final”, de modo que “o fato de a inadimplência estar sendo discutida no Poder Judiciário ou em juízo arbitral não afasta o impedimento estabelecido na norma legal em questão”.

Os votos dos demais ministros também demonstraram a percepção de incompatibilidade do decreto com a lei, sendo que o ministro Bruno Dantas defendeu uma espécie de *interpretação conforme* da norma regulamentar, visto que não seria o papel da Corte de Contas exercer controle de constitucionalidade, mas antes “conferir ao Decreto, cuja dicção é cristalina, a única interpretação compatível com a lei, de tal forma que ele não invalide a matéria legalmente tratada”. Nada obstante, tais fundamentos não foram cristalizados no acórdão em sentido estrito, restando pouco clara a *ratio decidendi* que prevaleceu no plenário e que poderia eventualmente vincular decisões posteriores.

Em todo caso, os quatro votos sustentaram a possibilidade de o TCU declarar a nulidade de aditivo contratual celebrado para prorrogar contrato administrativo – não obstante a ausência de discussão quanto compatibilidade dessa decisão com o espaço de competência concedido ao Tribunal pela Constituição Federal.

### ***E. Regulação do setor portuário e a utilização da técnica de interpretação conforme pelo TCU***

Em 26 de junho, o TCU aprovou, por unanimidade, o Acórdão 1.446/2018 – Plenário, que resultou de auditoria sobre o processo de implementação do Decreto 9.048/2017, o qual reformou o decreto regulamentador da Lei 12.815/2013 (Nova Lei dos Portos). As mudanças realizadas na regulação do setor portuário foram objeto de acompanhamento pela Corte de Contas com o declarado propósito de analisar os fundamentos que justificaram a adoção das inovações normativas.<sup>132</sup>

Em uma primeira análise do tema, a SeinfraPortoFerrovia havia sugerido a imposição de medida cautelar para suspender a aplicabilidade de determinados

---

<sup>132</sup> Nesse sentido, destaque-se excerto do voto do ministro relator Bruno Dantas: “[c]omo é possível extrair da portaria de fiscalização (peça 3), o escopo do presente trabalho é o de acompanhar os atos e procedimentos adotados pelo MTPA e pela Antaq visando à adaptação de contratos de arrendamentos portuários em razão das alterações normativas introduzidas pelo Decreto 9.048/2017. Nesse sentido, foram solicitadas cópias de processos que versaram sobre a edição do decreto, a assinatura de termos aditivos de adaptação, o cronograma detalhado de análise desses pleitos e documentos elaborados acerca da implementação das regras veiculadas pelo decreto”.

dispositivos do Decreto 9.048/2017, por entender que estariam presentes indícios de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Em essência, a unidade técnica apontou a existências de vícios em três temas abarcados pelo novo decreto: (i) a possibilidade de extensão de prazo de vigência para contratos em vigor dentro dos novos limites estabelecidos pela norma regulatória, de 35 anos, prorrogáveis por sucessivas vezes, sem ultrapassar 70 anos; (ii) a possibilidade de execução de investimentos na área comum do porto organizado por terminal arrendado, mediante reequilíbrio econômico-financeiro; e (iii) a possibilidade de substituição de áreas dos arrendamentos. O argumento era o de que o prazo e a área constituiriam cláusulas essenciais de contratos de arrendamento portuário e, por isso, não poderiam ser modificados a partir de nova regulação.

Desse modo, com base na análise de minutas elaboradas pelo poder concedente contendo termos de adaptação de contratos de arrendamento vigentes ao teor do novo decreto, a SeinfraPortoFerrovia sugeriu a adoção pelo Tribunal de medida cautelar suspendendo a aplicabilidade dos dispositivos atinentes aos temas supramencionados. No entanto, em vista de compromisso firmado pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil de que não ultimaria a assinatura de termos de adaptação antes de manifestação derradeira de mérito por parte do TCU, o relator do caso optou por seguir com a regular tramitação processual, sem a adoção de medida cautelar.

Posteriormente, ao concluir sua análise quanto ao mérito da questão, a unidade técnica registrou que o processo de elaboração do Decreto 9.048/2017, ao contrário do que sugeriu inicialmente a própria SeinfraPortoFerrovia e do que se apresentava na opinião pública, representou “boa prática”, a partir da constituição de grupo de trabalho formalizado no qual tomaram parte os setores público e privado.<sup>133</sup> Ademais, a unidade técnica modificou substancialmente sua compreensão técnica e jurídica sobre os dispositivos regulatórios inicialmente questionados, bem como sobre a própria questão da mutabilidade de contratos de arrendamento portuário.

A unidade técnica deixou consignado que não cumpriria ao TCU exercer o controle de constitucionalidade em abstrato de norma regulatória, mas destacou que caberia controle sobre eventual extrapolação de poder regulamentar de ato normativo infralegal. Assim, considerou que a possibilidade ordinária de extensão de prazo

---

<sup>133</sup> Ver Acórdão 1.446/2018 – Plenário.

constante do decreto infringiria os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração. No entanto, o órgão de auditoria sustentou a aceitabilidade da mutabilidade de cláusulas de prazo, desde que operada em condições excepcionais, diante da natureza complexa e de longo prazo de contratos de arrendamento.

Dessa forma, a prorrogação para além do prazo inicialmente pactuado por arrendatárias poderia ocorrer em casos de motivo superveniente, ensejador de reequilíbrio econômico-financeiro, e desde que respeitadas condições relacionadas à vantajosidade dessa solução em relação à hipótese de nova licitação. Manteve-se, portanto, o entendimento de que seria ilegal a norma regulatória que permitia prorrogações ordinárias para além do prazo inicialmente pactuado, mas admitiu a mutabilidade dos contratos.

No que diz respeito à possibilidade de investimentos fora da área arrendada para melhorar a infraestrutura do porto público, a unidade técnica apresentou nova compreensão sobre o tema, considerando não haver indícios de ilegalidade. Já na temática da substituição de áreas, compreendeu que o decreto extrapolou o poder regulamentar apenas na hipótese dessa prerrogativa como instrumento de gestão pelo Poder Público, mas não no caso em que a existência de um empecilho superveniente à assinatura de contrato de arrendamento impedisse a continuidade dos serviços.

O relator concordou com boa parte dos fundamentos presentes no novo entendimento sustentado pela unidade técnica, mas emitiu voto com mudanças significativas do ponto de vista jurídico. Isso porque o ministro afirmou que o TCU não estaria, no caso, exercendo controle de constitucionalidade em abstrato da norma, mas estabelecendo uma forma de se prevenir riscos de uma aplicação ilegal das modificações introduzidas pelo decreto. Desse modo, o rejeitou a sugestão da unidade técnica para se declarar a ilegalidade de determinados dispositivos do decreto, e estabeleceu parâmetros para aplicação das normas regulatórias sob análise.

O Acórdão 1.446/2018 – Plenário esquivou-se de declarar ilegalidades ou inconstitucionalidades de normas regulamentares, como já feito anteriormente pelo TCU – por exemplo, com relação ao decreto que regulamentava as compras do Sistema Petrobras. Sua decisão, contudo, impôs um conjunto representativo de condicionantes à aplicação do Decreto 9.048/2017. É de se avaliar, portanto, se essa estratégia decisória

afasta questionamentos acerca da competência da Corte de Contas para a realização de controle abstrato de normas regulatórias.

Embora não tenha feito isso de modo expresso no presente caso, é comum o TCU invocar a Súmula 347 do STF<sup>134</sup> para justificar a sua competência para realizar controle de constitucionalidade. Acontece que o verbete foi aprovado em 1963, quando o ordenamento jurídico brasileiro não previa controle abstrato de constitucionalidade, e com base em um único julgado<sup>135</sup> no qual o STF reconheceu ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará a possibilidade de deixar de aplicar norma já declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

De modo diverso, em decisão recente, no âmbito do MS 35.410, o ministro Alexandre de Moraes, do STF,<sup>136</sup> deixou claro que “é inconcebível que o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, exerça controle difuso de constitucionalidade nos processos sob sua análise”.

Ao que parece, no presente caso o relator fez uma *interpretação conforme* das normas infralegais do setor portuário. Deve-se questionar, contudo, se a utilização dessa técnica não resultaria justamente na realização de controle em abstrato de norma, especialmente quando se nota a imposição de uma interpretação bastante restritiva ou mesmo divergente de uma leitura literal do dispositivo em questão.

Quando se contrasta o disposto no art. 2º do Decreto 9.048/2017 com o teor do dispositivo do Acórdão 1.446/2018 – Plenário, fica evidente o efeito da decisão do TCU:

Decreto 9.048/2017:

“Art. 2º Os arrendatários cujos contratos estejam em vigor na data de publicação deste Decreto poderão, no prazo de cento e oitenta dias, manifestar seu interesse na adaptação de seus contratos aos termos da Lei 12.815, de 5 de junho de 2013, e de seus regulamentos, por meio de termo aditivo ao contratual.

§ 1º A adaptação de que trata o caput permitirá a adoção de cláusulas contratuais que estabeleçam, entre outras disposições, a possibilidade de prorrogação da outorga, nos termos estabelecidos pelo art. 19 do Decreto 8.033, de 2013, inclusive para os

---

<sup>134</sup> “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

<sup>135</sup> RMS 8.372, DJ de 26/04/1962.

<sup>136</sup> Há várias outras medidas liminares deferidas por Ministros do STF em casos semelhantes, como, por exemplo, no MS 29.123, do Min. Gilmar Mendes.

arrendatários que tenham prorrogado os seus contratos nos termos da Lei 12.815, de 2013.”

Acórdão 1.446/2018 – Plenário:

“9.2.1. em relação à implementação do art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017:

9.2.1.1. vedar a possibilidade de ampliação da vigência máxima dos atuais contratos, nas hipóteses de prorrogação ordinária e antecipada, desprovida de análise que considere como parâmetros o prazo original do contrato de arrendamento e a possibilidade de prorrogá-lo, uma única vez, por um período igual ou inferior a esse prazo”

O caso do Acórdão 1.446/2018 – Plenário demonstra que, mesmo sem declarar expressamente ilegalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, o TCU parece estar se valendo da técnica decisória de *interpretação conforme* para, na prática, afastar em abstrato a aplicação de normas jurídicas das quais discorda, interferindo nos processos de desestatização.

#### **4. TCU E SUA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA**

##### **A. “Mais ou menos” licitante, mais ou menos inidôneo<sup>137</sup>**

O TCU, em matéria de contratações públicas, tem competência para aplicar sanção de declaração de inidoneidade. Nesse sentido, a Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU – LOTCU) dispõe que, comprovada fraude em licitação, o Tribunal “declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na administração pública federal” (art. 46).

---

<sup>137</sup> Esse trecho do relatório foi editado e publicado na coluna Controle Público, do JOTA, sob o título “Mais ou menos inidôneo?”. Em resposta, Paulo Bugarin, Subprocurador-Geral do Ministério Público de Contas junto ao TCU, escreveu artigo, no mesmo site, intitulado “Uns mais inidôneos que outros”: “A preocupação com o regular exercício do poder sancionador do Estado é legítima e merece uma permanente reflexão por parte dos seus órgãos e agentes e, em especial, pelo conjunto de seus cidadãos. Inquietação desse tipo foi oportunamente externada em opinião publicada em 19/4/2018 na coluna Controle Público do JOTA sob o título “Mais ou menos inidôneo?”. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uns-mais-inidoneos-que-outros-04052018>>.

Os dois primeiros meses de 2018 foram interessantes para demonstrar a dinâmica do Tribunal quando utiliza a sanção. Foram julgados casos que tratavam de ilegalidades na licitação da Petrobras para contratação de obras de implementação da Refinaria de Abreu e Lima (Acórdão 300/2018 – Plenário e Acórdão 414/2018 – Plenário) e na contratação direta no Departamento Regional do SENAI em Rondônia para serviços de reparação elétrica emergencial (Acórdão 185/2018 – Plenário). Neles, o TCU fez uso de sua competência sancionadora.

No caso de Abreu e Lima, foram declaradas inidôneas, por três anos, as empresas MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. – MPE e Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. – Mendes Júnior. O Tribunal concluiu que ambas haviam deliberadamente se eximido de participar de licitações para as quais haviam sido convidadas, de modo a frustrar o caráter competitivo dos certames, cujos resultados haviam sido previamente acordados e apenas os valores estimados de superfaturamento da contratação somavam R\$ 2,85 bilhões.

Já no caso do SENAI, foram declaradas inidôneas, por cinco anos, as empresas R M dos Santos – Marok, Caritina Brzezinski ME – Caritina, Amazonas Construções e Terraplanagens Ltda. EPP – Amazonas e CMG Construções Ltda. – CMG. Sobre o caso: após procedimento de pesquisa de preço do qual todas as empresas participaram, o SENAI contratou diretamente, com base em seu regulamento interno, a Marok para realizar serviços elétricos emergenciais no valor de R\$189.337,09. O Tribunal entendeu que a pesquisa de preços havia sido forjada de modo a direcionar a contratação e todas as empresas envolvidas deveriam ser sancionadas.

Em matéria de declaração de inidoneidade, os julgamentos permitem dizer que: (i) o Tribunal utiliza conceito amplo de “licitante” e abarca particulares que não participaram de licitação; (ii) o período de impedimento para participar de licitação varia de acordo com o caso.

Ambas são constatações relevantes e ensejam dúvidas quanto ao comportamento da Corte de Contas.

Ainda que a lei utilize o termo “licitante” para especificar quem pode ser declarado inidôneo, o TCU faz uso elástico do conceito. Em ambos os julgamentos, tornaram-se inidôneas empresas que não participaram de licitação — ou porque não apresentaram proposta, ou porque sequer existiu certame licitatório. O Tribunal justifica

seu entendimento da seguinte forma: i) “licitante” deve ser lido como o particular que, de alguma forma, participa da licitação na condição de potencial contratado e interfere na disputa e no resultado; ii) recorrentemente, a Corte de Contas tem dado entendimento mais abrangente à expressão “licitação” para incluir também contratações diretas (citando jurisprudência dos Acórdãos 100/2003 e 348/2016 e a doutrina de Marçal Justen Filho).

Estaria, então, o TCU extrapolando a legalidade e os limites de suas competências para aplicar a sanção?

Por outro lado, os casos também demonstram que, para o Tribunal, há licitantes mais inidôneos que outros. Isso porque nem todos ficarão impedidos para participar de licitações pelo mesmo prazo — afinal, a lei estabelece prazo de até cinco anos. A gradação da duração da sanção tem lógica. É que a inidoneidade pode ser aferida de acordo com a gravidade da conduta do licitante, valor da contratação e tamanho do dano ao erário, por exemplo. Ou seja, a sanção deve ser adequada ao caso concreto. E como o TCU realiza essa gradação?

No caso Abreu e Lima, utilizou as dosimetrias feitas por sua unidade técnica e pelo Ministério Público de Contas. Concluiu o Tribunal que a conduta da Mendes Júnior e da MPE eram reprováveis em menor grau quando comparadas às das demais empresas envolvidas no caso (cujas análises foram feitas em processos apartados). Justificava-se, assim, não aplicar a sanção máxima de cinco anos. Sob essa ótica, o critério parece fazer sentido. No entanto, a coerência da dosimetria é colocada em xeque se comparada ao caso do SENAI: nele, não só o acórdão não traz qualquer tentativa de dosagem da sanção, como se está diante de contrato com valor muito inferior aos do caso Abreu e Lima.

Teria o TCU parâmetros racionalizantes e gerais para aplicação da sanção, ou seria a inidoneidade declarada considerando apenas os elementos do caso isolado?

Os julgados levantam questões importantes no tema da atividade sancionadora do Tribunal. E se não é possível responder, com base apenas neles, as perguntas aqui suscitadas, é seguro dizer uma coisa: em janeiro e fevereiro de 2018, o TCU mostrou que um “mais ou menos” licitante pode ser mais ou menos inidôneo.

### ***B. A atividade sancionatória deve levar em conta a realidade da gestão pública?***

O TCU demonstrou que já utilizava preceitos normatizados pela Lei de Segurança para Inovação Pública (Lei 13.655/2018), que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942), para formar posicionamento e tomar decisão antes mesmo de sua promulgação. O destaque, no caso, vai para os artigos da lei que versaram sobre responsabilização de agente público por controladores.

A constatação tem base no Acórdão 178/2018 (decisão tomada no âmbito de monitoramento do Estado do Rio de Janeiro). A secretaria instrutora do TCU entendeu ter havido descumprimento, por parte de gestores públicos responsáveis, de *determinações e recomendações* feitas pelo Tribunal, em 2002, numa auditoria operacional para avaliar o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) na região metropolitana do Rio de Janeiro.<sup>138</sup> Por isso, eles deveriam ser apenados com multa.

Apesar de comumente o Tribunal seguir as orientações de suas secretarias,<sup>139</sup> nesse caso decidiu noutro sentido. O voto do relator, Ministro Bruno Dantas, é interessante por trazer contrapontos à maneira como a secretaria instrutora avaliou o descumprimento de algumas determinações.

Destaca-se dois pontos importantes trazidos pelo Ministro: (i) determinações genéricas e abrangentes por parte do TCU tornam muito subjetiva a aferição de seu cumprimento; (ii) as limitações reais do gestor são fatores que devem compor a análise da reprovabilidade de sua conduta.

Segundo o Ministro, algumas determinações feitas na auditoria operacional, como para que gestores “envidem esforços” para desenvolver uma Central de Regulação, ou “atuem proativamente” para formar Consórcio Intermunicipal de Saúde, seriam de difícil avaliação objetiva a ponto de ser justificável a não aplicação de multa por seu descumprimento. A vagueza ainda traria dificuldade para os gestores entenderem o que o Tribunal esperava que fizessem;

É o que se observa no seguinte excerto do voto do Ministro Relator: “em certos momentos, as respostas apresentadas em cotejo com a análise da secretaria instrutora

---

<sup>138</sup> A resolução do TCU 265/2014 traz parâmetros para a expedição de recomendações e determinações pelo Tribunal.

<sup>139</sup> Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara; GABRIEL, Yasser. *Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <[www.edisciplinas.usp.br](http://www.edisciplinas.usp.br)>.

causam ainda a impressão de que não houve uma adequada compreensão, pelo jurisdicionado, do que efetivamente se pretendia com as determinações e recomendações exaradas”.

Além disso, o Ministro demonstrou sensibilidade quanto às dificuldades de implementação das determinações e recomendações num cenário de escassez de recursos: “Especialmente num contexto em que foram feitas diversas determinações e recomendações por este Tribunal, as quais demandam o emprego de recursos humanos e materiais, que, sabidamente, são limitados, questiono em que medida seria razoável apenar os gestores por não terem implementado integralmente o que foi determinado.”<sup>140</sup>

As considerações do Ministro são relevantes e estão refletidas na Lei de Segurança para Inovação Pública.

De modo geral, a tônica da lei é aprimorar a atividade decisória pública, inclusive das esferas controladoras.<sup>141</sup> Para gestores, isso significa dar mais segurança jurídica para adotarem soluções inovadoras e legais que melhor atendam à demanda de interesse público, sem que sejam sancionados por suas escolhas. É para isso que servem os arts. 28 e 22, §2º.

Os artigos dizem que o agente público responderá por seus atos em caso de dolo ou erro grosseiro (art. 28) e, na aplicação de sanções, serão consideradas, entre outras coisas, as dificuldades reais do agente na implementação de normas sobre gestão pública (art. 22, *caput* e §2º). Noutras palavras, a lei procura reservar a punição para o gestor que atua com má-fé ou notória irresponsabilidade. Fica resguardado o gestor probo, que procura atuar nos termos da lei, ainda que o controlador não concorde com suas decisões. Na lógica do diploma, a não observância de *preferências* dos órgãos de controle não é suficiente para gerar punição.

O voto do Ministro Bruno Dantas está em sintonia com essa ideia. Os argumentos aqui destacados, e que deram fundamento à decisão do TCU, são no sentido

---

<sup>140</sup> Acórdão 178/2018 - Plenário.

<sup>141</sup> Sobre o tema, v. SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O projeto de lei que altera atribuições dos órgãos de controle será benéfico para a administração pública? FOLHA. 21 abr. 2018. <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/04/o-projeto-de-lei-que-altera-atribuicoes-dos-orgaos-de-controle-sera-benefico-para-a-administracao-publica-sim.shtml>>, e PEREIRA, Flávio Henrique Unes. (Org.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: Desafios de uma sociedade democrática. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://antonioaugustooanastasia.com.br/seguranca-juridica-e-qualidade-das-decisoes-publicas/>>.

de que o Tribunal não pode sancionar o gestor sem adotar referenciais claros para mensurar a ilegalidade da conduta. Tampouco deve fazê-lo apenas porque entendeu que as medidas tomadas pelo gestor para cumprir determinações vagas não foram as melhores possíveis. Além disso, o posicionamento do Ministro sugere que o TCU precisa considerar o mundo real e as complicações que este impõe à gestão pública. Ou seja: a responsabilização do gestor, por parte do TCU, deve ser realista.<sup>142</sup>

Verificar que o TCU já pratica o que está em alguns dos preceitos da nova lei é relevante. Isso demonstra que ela reflete bons comportamentos do controlador, tornando-os padrão para que incidam nos demais casos.

### ***C. Acordo de leniência e a aplicação de sanções pelo TCU***

O sucesso dos acordos de leniência depende de muitos fatores. Um deles é conseguir dar eficácia aos termos pactuados (entre agentes privados e um órgão de controle em específico) em um cenário em que diversas autoridades públicas detêm competência para aplicar sanções autônomas em face de ilicitudes originárias dos acordos. O TCU é uma dessas autoridades. No âmbito das contratações públicas, a lei conferiu ao TCU um conjunto de poderes punitivos sobre agentes privados, podendo, por exemplo, aplicar multas e declarar inidoneidade.<sup>143</sup>

No contexto dos acordos de leniência, a aplicação dessas sanções pelo TCU pode ser problemática. É que os principais pontos negociados nesses acordos costumam ser a possibilidade de empresas continuarem contratando com a administração e a dosimetria das multas (de modo que não sejam pesadas a ponto de levarem as empresas à bancarrota). Como o TCU não tem sido parte nos acordos de leniência, em tese ele

---

<sup>142</sup> Nesse sentido, vale destacar que o TCU vem adotando essa visão mais realista na análise da responsabilidade de gestores há algum tempo. A título de exemplo, pode-se citar o Acórdão 839/2011 – Plenário, em que, ao analisar recurso de reconsideração interposto contra condenação da executora técnica de um contrato pela suposta falta de fiscalização adequada, o Tribunal afastou a sanção anteriormente aplicada por entender que as suas funções eram inexecutáveis – já que seria perceptível a impossibilidade de uma única pessoa cumprir todas as funções que lhe foram atribuídas. Já no Acórdão 101/2012 – Plenário, o Tribunal, mesmo considerando irregular o fracionamento de licitação, entendeu que, no caso, as dificuldades logísticas enfrentadas pelo planejamento de compras justificariam a adoção de medidas alternativas para a contratação, razão pela qual não haveria que se falar em ilicitude no fracionamento.

<sup>143</sup> Lei 8.443/1992, arts. 58 e 46.

possui autonomia para sancionar. Assim, para que o instrumento alcance sua finalidade é necessário certo comprometimento do Tribunal.

Em seus julgamentos, a Corte não tem desprezado os acordos celebrados. Surge então a pergunta: como o acordo de leniência impacta as decisões do TCU?

O Acórdão 874/2018 – Plenário, julgado em 25 de abril de 2018 e relatado pelo Ministro Bruno Dantas, é útil para trazer alguns pontos sobre a visão da Corte a respeito de sua interação com acordos de leniência já celebrados ou em vias de o serem. Tratava-se de relatório de auditoria, realizada no âmbito do Fiscobras 2015, acerca do contrato de obras civis da usina termonuclear de Angra 3 (contrato NCO-223/83). Segundo o relatório, teria sido constatado sobrepreço e superfaturamento nas obras civis, gestão fraudulenta do contrato e gestão temerária do empreendimento. A tríade ensejaria a penalização da Andrade Gutierrez, empresa contratada no caso.

Referente ao mesmo contrato, no âmbito das operações Lava Jato e Radioatividade, a Andrade Gutierrez celebrou acordo de leniência com o Ministério Público Federal (MPF) e também iniciou tratativas para viabilizar acordo junto à Controladoria Geral da União (CGU). O fato foi levado ao TCU pela empresa como justificativa para não fornecer ao Tribunal informações abarcadas pelo sigilo dos acordos e de suas negociações, bem como para evitar aplicação de sanções.

Na análise do caso, o órgão emitiu alguns entendimentos a respeito do impacto do instrumento de colaboração sobre suas decisões. Em suma: (i) a celebração do acordo pode confirmar as práticas ilícitas investigadas no âmbito do TCU; (ii) o acordo não compromete a autonomia decisória do TCU, mas a disposição dos responsáveis em colaborar com suas investigações pode justificar a abstenção do Tribunal de aplicar sanções ou medida constritiva de bens; e (iii) é necessário estabelecer parâmetros objetivos prevendo como o acordo de leniência pode ser considerado nas investigações do TCU, inclusive quanto à aplicação de sanções.

Apresenta-se, a seguir, a argumentação do TCU sobre cada um desses entendimentos. Antes, porém, destaca-se que a Corte não ignora sua jurisprudência no tema e recorre a argumentações utilizadas em acórdãos anteriores. Parece se preocupar em ter coerência com suas decisões que versam sobre acordo de leniência e delação premiada.

### **Entendimento (i) — a celebração do acordo pode confirmar as práticas ilícitas investigadas no âmbito do TCU**

“240. Cumpre observar, de plano, que o fato de a Construtora Andrade Gutierrez ter declarado que (i) está em conversas visando Acordo de Leniência junto com a CGU, que (ii) tenha firmado acordo de leniência com o MPF e que (iii) seus ex-executivos tenham firmado acordos de colaboração premiada com a Justiça, **só confirma as práticas das condutas ilícitas efetuadas pela Construtora e por seus ex-dirigentes contra a Administração Pública**”.<sup>144</sup> (grifamos)

O entendimento é da unidade técnica do Tribunal, incorporado ao voto do relator. É utilizado pelo TCU como reforço à conclusão pela irregularidade da conduta da empresa, cujo desfecho pode ser a aplicação de sanção. Embora soe óbvio que empresa que recorre à leniência participou de ilícito — sendo essa confissão, inclusive, requisito de celebração do instrumento<sup>145</sup> — parece contraditório que um acordo cuja finalidade é atenuar sanção seja utilizado como um dos fundamentos de decisão que pode ensejar punição.

Do ponto de vista de coerência do sistema de controle, o fato pode ser problemático. O acordo de leniência utiliza sistema de incentivo, por meio do qual a colaboração da empresa vem em troca de amenização da sanção, sobretudo para que a empresa continue apta a contratar com a administração. Se outra esfera controladora utiliza o acordo como elemento para confirmar culpa e sancionar, perde-se a lógica do incentivo.

### **Entendimento (ii) — o acordo não compromete a autonomia decisória do TCU, mas a colaboração do investigado na apuração do ilícito pode justificar a abstenção do Tribunal de aplicar-lhe sanção ou medida constritiva de bens**

“92. É importante notar que, tão bem caracterizada a fraude à licitação, em situação de tamanha gravidade, o caminho natural daquele processo seria a declaração de inidoneidade das empresas, conforme determina o art. 46 da Lei 8.443/1992. Em atenção a pedido formulado pela Força Tarefa da Operação Lava Jato e no intuito de

---

<sup>144</sup> Acórdão TCU 874/2018.

<sup>145</sup> Lei 12.846/2013, art. 16, III.

alavancar as investigações, **este Tribunal vislumbrou a possibilidade de conceder sanções premiais àquelas responsáveis que se dispusessem a, consensualmente, colaborar com as apurações em curso, em especial no que se refere ao cálculo dos valores desviados. Observo que não haveria qualquer vinculação ao Tribunal ou às empresas quanto a essa liberalidade, visto que os acordos firmados pelo Ministério Público Federal (MPF) não pretendiam – nem poderiam – afastar a atuação desta Corte.** A meu ver seria no mínimo descabida qualquer expectativa nesse sentido por qualquer das partes.

93. Ocorre que, nesta oportunidade, surgem indícios, revelados pela SeinfraOperações, de que a empresa não tem colaborado satisfatoriamente com a apuração das irregularidades a ela imputadas neste processo. A meu ver, essa postura acabou sendo reforçada pela escolha da via judicial para combater a atuação do Tribunal, em substituição à via consensual inaugurada no âmbito do Acórdão 483/2017-TCU-Plenário e à qual aderiram as demais empresas favorecidas por aquela decisão”.<sup>146</sup> (grifamos)

Não sendo parte no acordo de leniência, o TCU afirma estarem preservados seus poderes de investigar e sancionar, independentemente do que tenha sido transacionado no instrumento. Contudo, mostra disposição em relativizar a aplicação de sanções caso a empresa colabore com a investigação, especialmente na apuração dos valores desviados.

Da decisão, entende-se que a colaboração pode ocorrer de dois modos: (i) *direto* — a empresa que firma acordo de leniência dá ao TCU informações úteis; (ii) *indireto* — o TCU utiliza informações obtidas no instrumento de colaboração para tomar decisão. É possível concluir pela possibilidade dessa colaboração indireta levar à relativização da sanção a partir de remissão que o ministro relator faz a decisão anterior do Tribunal:

“2. A propósito, é esclarecedora a declaração de voto apresentada pelo Ministro Benjamin Zymler naquela ocasião:

“2. Em regra, entendo que a assinatura de tais instrumentos pode ser levada em conta para fins de não concessão de medida cautelar de indisponibilidade de bens do colaborador, **caso os elementos trazidos em função desses acordos sejam úteis à instrução processual deste Tribunal.**

(...)

---

<sup>146</sup> Acórdão TCU 874/2018.

4. No presente caso, verifico que a apuração dos fatos e da culpabilidade dos responsáveis arrolados nas tomadas de contas especiais **se baseia em elementos de prova produzidos pelo próprio Tribunal, após detalhada instrução processual iniciada em 2013, por força de representação do Ministério Público junto ao TCU.**

5. Dessa forma, considerando que o juízo de convicção a respeito dos indícios de irregularidades noticiados na aquisição da Refinaria de Pasadena prescindiu das informações posteriormente apresentadas pelo Sr. Paulo Roberto Costa, em sua colaboração premiada, julgo correta a proposta de manter a medida cautelar de indisponibilidade de bens do aludido responsável, a despeito de ele ter firmado o aludido negócio jurídico-processual”<sup>147</sup>.

Não obstante, o Acórdão 874/2018 – Plenário resultou na decretação da indisponibilidade de bens da Andrade Gutierrez, após ter sido argumentado que a empresa não estava colaborando de fato com as apurações do Tribunal. Isso porque informações solicitadas à empresa não foram apresentadas sob justificativa de serem objeto de acordo de leniência e, no entendimento da Andrade Gutierrez, sigilosas. O Tribunal ainda frisou que o recurso da empresa ao Judiciário reforçava sua conduta não colaborativa.<sup>148-149</sup>

---

<sup>147</sup> Acórdão 874/2018 – Plenário.

<sup>148</sup> Refere-se ao Mandado de Segurança 35.435 MC/DF, impetrado pela Andrade Gutierrez contra o TCU, em que decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes impediu que o TCU declarasse a empresa impedida de contratar com a administração no âmbito do processo TC 016.991/2015-0, referente aos contratos de eletromecânica de Angra 3.

<sup>149</sup> Destaque-se que houve voto divergente, do Ministro Revisor André Luis de Carvalho, no qual defendeu a não aplicação da medida constritiva de bens à Andrade Gutierrez: “[e] o próprio TCU ainda não teria definido o procedimento para a aludida colaboração e, também por isso, não se confirmaria a suposta conduta não colaboradora com o TCU, tendo no presente momento o Ministro-Substituto Augusto Sherman anotado, inclusive, que ele pretende apresentar, na próxima semana, alguma proposta de procedimento provisório tendente a regular a eventual colaboração das empresas lenientes no âmbito deste Tribunal; e (f) a própria unidade técnica teria reconhecido que, até o presente momento, não teria formulado nenhum pedido específico de colaboração à aludida empresa, não se mostrando razoável considerá-la, assim, como não colaboradora com o TCU. (...) Enfim, a atuação do TCU deve prestigiar os acordos celebrados pelo MPF, não apenas em respeito ao princípio da unidade estatal, já que o Estado é uno e indivisível, mas também em homenagem aos princípios administrativos da legítima confiança e da eficiência, já que a eventual interferência desfavorável do TCU pode prejudicar a celebração de novos acordos de colaboração com o MPF, obstando indevidamente a continuidade da necessária elucidação de todos (frise-se: todos) os responsáveis pelos absurdos ilícitos perpetrados contra a administração pública, aí incluídos todos os agentes políticos organizadores desse nefasto esquema de corrupção no País.” (Acórdão 874/2018 – Plenário).

**Entendimento (iii) — é necessário estabelecer parâmetros objetivos prevendo como o acordo de leniência pode ser considerado nas investigações do TCU, inclusive quanto à aplicação de sanções**

“9. Acórdão:

VISTO, relatado e discutido este relatório de auditoria realizada na Eletrobras Termonuclear S.A. (Eletronuclear), com o objetivo de fiscalizar as obras civis da Usina Termonuclear de Angra 3, no Estado do Rio de Janeiro.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.10. recomendar ao comitê, criado consoante Comunicação da Presidência de 12/7/2017, com o objetivo de viabilizar os acordos de leniência firmados no âmbito da União, que avalie a conveniência de **elaborar uma norma interna específica para potencializar as formas de cooperação dos jurisdicionados para o deslinde efetivo e tempestivo dos processos relevantes em curso no Tribunal de Contas, estabelecendo normas e critérios minimamente objetivos, inclusive quanto às possíveis sanções premiais, conjugando, sobretudo, a segurança jurídica e o interesse público**” (grifamos)

Em 2015, o TCU editou a Instrução Normativa nº 74 (IN), que dispõe sobre a fiscalização, pelo Tribunal, dos acordos de leniência. Basicamente, a IN instituiu: (i) que o TCU deveria acompanhar todas as etapas da celebração do acordo;<sup>150</sup> (ii) que a aprovação de todas as etapas pelo TCU era condição de eficácia dos atos subsequentes ao acordo;<sup>151</sup> (iii) que o acordo não afasta a aplicação de sanções pelo TCU.<sup>152</sup> A IN nada disse sobre como as decisões de próprio Tribunal deveriam considerar o pactuado nos acordos, nem mesmo no que toca as sanções.

O fato parece gerar insegurança jurídica para controlado e controlador: por um lado, a empresa que firma acordo de leniência não sabe se os efeitos práticos de seu acordo serão alcançados, em vista da possibilidade de sanção pelo TCU; por outro, o próprio TCU demonstra incômodo quanto à inexistência de qualquer critério objetivo para que possa considerar na hora de tomar decisão.

---

<sup>150</sup> Instrução Normativa 74/2015, art. 1º, *caput* e incisos.

<sup>151</sup> Instrução Normativa 74/2015, art. 3º.

<sup>152</sup> Instrução Normativa 74/2015, art. 6º.

Vale dizer que o Tribunal, em 2017, constituiu grupo de trabalho para fins de atualizar a IN. Especificamente, determinou que o grupo se articulasse diretamente com órgãos da “Rede de Controle” visando harmonizar entendimentos técnicos acerca do procedimento para celebração do acordo de leniência.<sup>153</sup> Em fevereiro de 2018, houve prorrogação do prazo para que o grupo apresentasse proposta de atualização do normativo.<sup>154</sup> Uma vez que as propostas do grupo de trabalho são submetidas ao “comitê” referido na recomendação do acórdão,<sup>155</sup> parece boa oportunidade para também tratar do tema da harmonização da atividade sancionatória.

#### ***D. Novos posicionamentos do TCU sobre acordos de colaboração***

O Acórdão 1214/2018 – Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, foi mais um importante caso para o TCU amadurecer seu posicionamento a respeito de como acordos de leniência e delações premiadas (em conjunto, “acordos de colaboração”) impactam suas decisões. O relator, em seu voto, chamou a atenção para o fato de que “a matéria em discussão suscita ampla reflexão por envolver não apenas o exame de circunstâncias fáticas do caso concreto, como a questão da repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada firmados em outras instâncias sobre a jurisdição de contas”.<sup>156 157</sup>

Trata-se de representação para apurar a participação da SOG – Óleo e Gás S/A (SOG) em supostas fraudes nas licitações da Petrobras para implantação da Refinaria Abreu e Lima. Considerando os indícios de irregularidades praticadas, a unidade técnica do Tribunal recomendou que a empresa fosse declarada inidônea, ficando impedida para contratar com a administração por 1 ano. Já o Ministério Público de Contas (MPTCU), em parecer do Subprocurador-Geral Paulo Bugarin, propôs a aplicação da mesma penalidade, mas pelo prazo de 1 ano e 8 meses. Os ministros, entretanto, decidiram não aplicar qualquer sanção à SOG. Motivo: o acordo de leniência que a SOG havia

---

<sup>153</sup> Portaria TCU 547/2017, art. 2º, § 2º.

<sup>154</sup> Portaria TCU 44/2018.

<sup>155</sup> Criado consoante Comunicação da Presidência de 12/7/2017, sob a coordenação do Ministro Augusto Nardes.

<sup>156</sup> Acórdão 1214/2018 – Plenário.

<sup>157</sup> Curioso ainda que, na sessão em que o caso foi julgado, de 30 de maio de 2018, o Ministro Benjamin Zymler iniciou a leitura de seu voto ressaltando que sua decisão contribuiria para a criação e consolidação de jurisprudência no tribunal sobre o tema dos acordos de colaboração.

celebrado junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e ao Ministério Público Federal (MPF). Fundamento: a “ideia de coerência e unidade do Estado” e “a utilidade e a eficácia das informações e provas” produzidas pela empresa no âmbito dos acordos.<sup>158</sup>

A argumentação do TCU concentra-se em três temas principais, desenvolvidos na sequência: i) valor das provas e informações contidas nos acordos de colaboração para a investigação do TCU; ii) critérios de dosimetria da pena; e iii) harmonização do sistema de controle da administração pública. Vejamos como o Tribunal desenvolveu seus argumentos.

Em diversas passagens do acórdão foi enfatizado que, no caso da SOG, provas e informações obtidas nos acordos de colaboração foram essenciais para que o TCU pudesse realizar suas investigações. Não fossem elas, as outras provas produzidas seriam insuficientes para que se chegasse a conclusões definitivas a respeito dos ilícitos.<sup>159</sup> O fato, segundo o acórdão, criou restrição para o Tribunal utilizar o material em prejuízo da empresa leniente. Afinal, “de nada adiantaria alguém procurar um órgão de Estado, entregar provas e informações, obter um benefício, se aqueles elementos pudessem ser livremente usados por outra instância para sancionar o próprio colaborador. Portanto, cabe proteger a legítima expectativa do colaborador de não ser prejudicado pelas provas que ele mesmo produziu”.<sup>160</sup>

Mas, não sendo o TCU parte dos acordos celebrados, não foi transacionada qualquer imunidade sancionatória na jurisdição de contas. Passou-se então a avaliar a quais critérios de dosagem da pena o Tribunal se submete.

O acórdão cuidou primeiro de rebater o modelo de dosimetria apresentado pelo MPTCU, o qual foi inspirado, em alguma medida, na legislação penal. O argumento é simples: tal modelo “não se aplica ao julgador de contas por ausência de previsão

---

<sup>158</sup> Acórdão 1214/2018 – Plenário.

<sup>159</sup> “(...) observo que a imputação promovida no presente feito utilizou, principalmente, provas e informações trazidas pela própria empresa e seus executivos, no bojo e em decorrências de acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados com o Ministério Público Federal e com o Cade. Embora haja outros elementos de prova sobre o cartel, anteriores aos acordos de cooperação da empresa SOG – Óleo e Gás S.A., (...) tais elementos foram robustecidos pelas provas de corroboração e pelas informações detalhadas fornecidas pela empresa e seus executivos a respeito do funcionamento do cartel.” (Acórdão 1214/2018 – Plenário).

<sup>160</sup> Acórdão 1214/2018 – Plenário.

legal”.<sup>161</sup> As sanções de direito administrativo, na visão da Corte, estão sujeitas a tipicidade mais aberta em comparação ao direito penal, não existindo norma que estabeleça critérios objetivos para fixação da pena. Portanto, a lei teria conferido ao Tribunal discricionariedade sobre o modo de aplicar sanção.<sup>162</sup>

A SeinfraOperações havia sugerido que os acordos de leniência celebrados com CADE e MPF fossem considerados para redução da sanção de declaração de inidoneidade em 2/3, por aplicação analógica do art. 16, § 2º, da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).<sup>163</sup> O Ministério Público concordou com a sugestão.

No entanto, os ministros do TCU entenderam que não haveria razão para limitar a redução da pena a esse percentual. Nesse sentido, na ausência de norma específica, o dispositivo indicado pela SeinfraOperações não seria o mais adequado para suprir a lacuna, pois trataria de redução da sanção de multa. Como a penalidade cuja aplicação estava sendo avaliada era a declaração de inidoneidade, entendeu mais correto a analogia com o art. 17 da mesma lei, que isenta a aplicação de tal proibição para empresas que celebraram acordo de leniência.<sup>164</sup>

Outros dois fundamentos utilizados para eximir a SOG da sanção advêm da aplicação analógica do Direito Penal, especialmente o art. 4º, da Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), que faculta ao juiz conceder perdão judicial,<sup>165</sup> e o princípio da proporcionalidade na aplicação de penas, disciplinado pelos art. 59 a 76 do Código Penal. A fundamentação acompanha justificativa: “[t]endo em vista as características comuns das sanções administrativas e penais, igualmente destinadas a

---

<sup>161</sup> *Idem.*

<sup>162</sup> “(...) as sanções no Direito Administrativo estão sujeitas a uma tipicidade mais aberta, tanto com relação à descrição das condutas consideradas como ilícitas como, principalmente, no que se refere ao quantum das penas. Não existe norma que estabeleça, de modo objetivo, que aspectos devem ser considerados para a fixação da pena.” (Acórdão 1214/2018 – Plenário).

<sup>163</sup> Lei 12.846/2013: “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: (...) §2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.”

<sup>164</sup> Lei 12.846/2013: “Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.”

<sup>165</sup> Lei 12.850/2013: “Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...)”.

servir como instrumento de prevenção geral e de retribuição por um mal infligido a um bem jurídico, a doutrina costuma transplantar determinados princípios do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador”.<sup>166</sup>

O último fundamento apresentado tem por base o art. 4º, § 1º, da Lei das Organizações Criminosas, segundo o qual a concessão de benefício na pena “levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.<sup>167</sup>

Os ministros argumentaram, então, que é preciso garantir coerência ao sistema de controle da administração pública, o que inclui harmonizar a atuação dos vários atores que dele fazem parte.

Enfatizaram que “ninguém pode dar o que não possui”, de modo que os acordos não podem negociar benefícios fora das competências daqueles que os assinam. No entanto, o Tribunal disse ser necessário valorizar a utilidade da cooperação advinda desses acordos — tanto para as investigações dos órgãos que os celebram, quanto para auxiliar as investigações do próprio TCU. Seria preciso reconhecer a existência de um “microsistema de proteção da administração contra a prática de atos ilícitos”, que exige atuação harmônica daqueles que o compõem.<sup>168</sup> O fato deveria sempre refletir na dosagem da pena, caso se esteja apurando os mesmos fatos abrangidos pelos acordos.

Essa necessidade de harmonização, segundo o TCU, teria ainda mais força quando o Tribunal utilizasse as informações produzidas nos acordos de colaboração em suas próprias investigações. Nesse caso, haveria um dever de boa-fé, decorrente dos art. 5º e 6º do Código de Processo Civil,<sup>169</sup> que se aplicariam ao TCU por força do art. 298 de seu Regimento Interno.<sup>170</sup>

Com essa análise, o TCU estabeleceu que, no âmbito dos acordos de colaboração, os seguintes comportamentos podem ser avaliados para fins de dosimetria da pena: i) confissão espontânea; ii) apresentação de documentos que permitam

---

<sup>166</sup> Acórdão 1214/2018 – Plenário.

<sup>167</sup> *Idem.*

<sup>168</sup> Acórdão 1214/2018 – Plenário.

<sup>169</sup> Código de Processo Civil: “Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

<sup>170</sup> Regimento Interno TCU: “Art. 298. Aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica.”

identificar irregularidades conexas e outros responsáveis; e iii) pagamento de danos causados pelas irregularidades.<sup>171</sup>

É o primeiro acórdão do TCU que traz diretrizes mais claras e fundamentos normativos sobre como o Tribunal deve lidar com acordos de colaboração para fins de sanção — basta compará-lo ao Acórdão 874/2018, já analisado pelo Observatório. Também foi a primeira vez que a Corte de Contas se mostrou mais preocupada com a necessidade de articulação entre controladores, o que pode indicar que teremos análises menos isoladas por parte do TCU nos próximos casos.

Por outro lado, há dois pontos problemáticos que merecem destaque.

Primeiro, a ausência de parâmetros positivos para dosagem da pena. Verdade que o Tribunal não tem culpa pela falta de norma. Mas o argumento de que a lei pretendeu dar mais discricionariedade ao TCU para aplicar sanções pode ser perigoso, pois deixa a construção da metodologia de dosimetria ao “caso a caso”. Parece ser necessário estabelecer parâmetros que garantam alguma previsibilidade sobre como o Tribunal fará sua análise. Nesse sentido, a lacuna legislativa dá protagonismo à jurisprudência e aumenta a responsabilidade do Tribunal de observar suas decisões passadas.

Segundo, parece haver “*cherry picking*” no uso da legislação penal, revelando postura contraditória por parte do TCU. Ao mesmo tempo em que rejeitou o modelo de dosimetria proposto pelo MPTCU por ausência de previsão legal que o submetesse a normas penais, o Tribunal recorreu à Lei das Organizações Criminosas e à disciplina da proporcionalidade da pena no Código Penal para fundamentar a possibilidade de não sancionar.

### ***E. Inidôneo, mas apenas a um limite***

Comprovada fraude em licitação, o TCU pode proibir a empresa fraudadora de disputar contratos da administração pública federal por até cinco anos. É o que diz o art. 46 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU — LOTCU).<sup>172</sup> De relativa simplicidade, o

---

<sup>171</sup> Acórdão 1214/2018 – Plenário.

<sup>172</sup> “Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.”

dispositivo não parece deixar dúvidas quanto ao prazo máximo da sanção: cinco anos. Não é bem assim. Acontece no Tribunal grande debate acerca dos limites de duração da sanção e o Acórdão 1221/2018 – Plenário, de 30 de maio, relatado pelo ministro Benjamin Zymler, mapeia bem os argumentos suscitados.

Sobre o caso: tratava-se de representação acerca de fraudes em licitações da Petrobras para obras da Refinaria Abreu e Lima. Buscava-se apurar a participação da construtora Queiroz Galvão S. A. em dez licitações, que resultaram em cinco contratos.<sup>173</sup> O TCU concluiu que a empresa, juntamente com outras, havia agido de modo fraudulento, devendo ser declarada inidônea. É aí que se inicia discussão sobre quanto tempo a sanção deve perdurar, dado que a conduta punível se repetiu em diferentes certames. A dúvida: havendo reiteração da ilicitude, aplica-se a limitação de cinco anos à pena total?

Verificam-se dois posicionamentos contrastantes. Um, do Ministério Público de Contas — MPTCU, sustentando que a sanção não deve ser restringida ao máximo de cinco anos. Outro, de unidade técnica do TCU, com adesão dos ministros, no sentido de que a somatória das penas não pode superar cinco anos. Prevalece essa última, mas é interessante ver os fundamentos de cada posicionamento.

O MPTCU, com base em estudo da SeinfraOperações, concluiu que “o arsenal punitivo composto de multa limitada a 100% do valor do dano e de sanção da declaração de inidoneidade limitada temporalmente em cinco anos apresenta-se bastante aquém do tratamento dado às empresas corruptas nos países tomados como comparação”.<sup>174</sup> <sup>175</sup> A partir do entendimento de que estariam presentes os aspectos de crime continuado (art. 71 do Código Penal),<sup>176</sup> o MPTCU sugeriu que a empresa deveria ser declarada inidônea pelo prazo de 13 anos e 4 meses. Há uma metodologia por trás de sua conclusão.

---

<sup>173</sup> Acórdão 1.221/2018 – Plenário.

<sup>174</sup> Acórdão 1.221/2018 – Plenário.

<sup>175</sup> O estudo foi realizado na Tomada de Contas 036.335/2016-9, com propósito de avaliar os impactos da declaração de inidoneidade sobre a empresa Camargo Corrêa e sua efetividade para dissuadir a reincidência delitiva.

<sup>176</sup> Código Penal: “Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.”

Em suma, para o MPTCU: i) no caso de acúmulo de sanções, a declaração de inidoneidade não poderia ficar limitada a cinco anos; ii) deveria ser aplicado o concurso de crimes para o cálculo da pena (acúmulo material para o concurso material de infrações e exasperação da pena quando reconhecida a continuidade delitiva); e iii) deveria ser determinado o *quantum* da pena por infração autônoma, em função da participação da empresa no concurso de agentes. Os argumentos utilizados para defender essa metodologia são os de que inexistente lei estabelecendo restrição temporal à sanção e que a declaração de inidoneidade tem funções importantes de sancionar condutas reprováveis e dissuadir agentes econômicos de as cometerem.<sup>177</sup>

Já para o TCU, com direcionamento de sua unidade técnica, e mantendo posicionamento fixado em seu Acórdão 348/2016 – Plenário, de 24 de fevereiro de 2016, a dosimetria da declaração de inidoneidade, no caso de acúmulo de sanções: i) está limitada a cinco anos, por analogia ao art. 75, §§ 1º e 2º, do Código Penal;<sup>178</sup> ii) sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da punição, far-se-á nova unificação de penas, desprezando o período já cumprido; iii) sobrevindo condenação por fato anterior ao início do cumprimento da punição, deve a nova sanção ser lançada no montante total já unificado; iv) sobrevindo condenação após o cumprimento total da pena, deve a nova sanção ser cumprida como punição originária.<sup>179</sup>

O Tribunal utilizou o prazo de cinco anos para dupla finalidade. Primeiro, para limitar o valor da pena aplicada no caso, ainda que envolvesse uma série de condutas entendidas fraudulentas. Depois, para instituir espécie de “teto dinâmico”, que impede a empresa de acumular penalidades para além de cinco anos, num só tempo, em decorrência de condenações futuras. A justificativa para seu posicionamento, em suma, é que seria incorreto deixar de aplicar punição a quem praticou ilegalidades, mas

---

<sup>177</sup> Acórdão 1.221/2018 – Plenário.

<sup>178</sup> Código Penal: “Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido”.

<sup>179</sup> Acórdão 1.221/2018 – Plenário.

analogias com o Código Penal não podem ser feitas em prejuízo da acusada e o efeito prático da solução do MPTCU seria a extinção da empresa.<sup>180</sup>

Duas questões chamam a atenção.

A mais jurídica: a ausência de parâmetros normativos para a declaração de inidoneidade, quando diante de vários delitos. Não havendo procedimento específico para a penalidade administrativa, recorre-se a analogias como forma de trazer alguma segurança jurídica à atividade sancionatória. No entanto, como o caso demonstra, são várias as soluções “por aproximação” que podem ser adotadas — embora seja necessário dizer que, ao que parece, o TCU tem sido fiel à sua jurisprudência, atendo-se à mesma metodologia utilizada em casos anteriores semelhantes.<sup>181</sup>

A outra já tem a ver com a natureza dos discursos utilizados, por TCU e MPTCU, para formar seus respectivos posicionamentos. Ambos articulam discursos de *combate à corrupção e viabilidade econômica*. Mas para o MPTCU parece prevalecer a pretensão punitiva, sustentando que o impedimento para contratar com a administração federal pelo prazo de 13 anos e 4 meses não importaria necessariamente na “morte da empresa”.<sup>182</sup> O TCU, por outro lado, parece querer equilibrar os discursos, na medida em que busca soluções que não impliquem na impunidade, nem o fim da empresa.

O caso suscita reflexões. É que muito tem sido dito sobre o TCU extrapolar suas competências<sup>183</sup> e a falta de preocupação do Tribunal em demonstrar o modo como aplica sanções.<sup>184</sup> Mas aqui é diferente: não só há cuidado para buscar fundamentos normativos que justificam, ainda que por analogia, o seu agir, como são utilizados

---

<sup>180</sup> *Idem.*

<sup>181</sup> O acórdão ressalta que “o entendimento presente no acórdão 348/2016-Plenário vem sendo, desde então, aplicado pela jurisprudência subsequente desta Corte de Contas, conforme deduzido do acórdão 1.704/2017-Plenário. Além disso, as regras de limitação temporal para cumulação de sanções de declaração de inidoneidade, definidas no acórdão 384/2016-Plenário, foram adaptadas para as sanções de inabilitação para o exercício de cargo em comissão e função de confiança no âmbito da administração pública impostas ao mesmo responsável, limitando-as, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992, ao total de oito anos, a serem cumpridas sucessivamente (acórdão 714/2016-Plenário).” (Acórdão 1221/2018 – Plenário).

<sup>182</sup> Acórdão 1.221/2018 – Plenário.

<sup>183</sup> Cf. MARQUES NETO, Flávio de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (Coord.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21-38.

<sup>184</sup> Cf. GABRIEL, Yasser. Mais ou menos inidôneo? *Jota*, 18 Abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/mais-ou-menos-inidoneo-18042018>>; BUGARIN, Paulo. Uns mais inidôneos que outro. *Jota*, 03 Maio. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uns-mais-inidoneos-que-outros-03052018>>.

critérios para mensurar o tamanho da pena. Futuros julgados mostrarão se esse é um novo padrão comportamental do Tribunal ou se essa foi uma decisão “de ocasião”.

***F. Considerando a multiplicidade de controladores, o que seria uma atividade sancionatória eficiente?***

O tema da multiplicidade de controles sobre a administração pública é recorrente nas pesquisas e debates do Grupo Público da FGV Direito SP/sbdp.<sup>185</sup> No Observatório do TCU, aparece especificamente quando tratando de acordos de colaboração (nomeadamente, o acordo de leniência e a delação premiada) e das dificuldades enfrentadas para coordenar todos os agentes públicos que se consideram competentes para influenciar no conteúdo desses acordos. O Acórdão 1.744/2018, e relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, traz boas reflexões para o tema.

O voto do relator, seguido por unanimidade, somou entendimentos à construção que vem sendo feita no TCU sobre como acordos de colaboração devem impactar sua jurisdição — especialmente no que toca a aplicação de penalidades.<sup>186</sup> Mas, além disso, contribuiu para o debate da multiplicidade de controles da administração pública.

No caso, analisou-se a conduta da construtora OAS S.A. em licitações da Petrobras para construção da Refinara de Abreu e Lima, sendo decidido pela declaração de inidoneidade da empresa, impedindo-a de participar de licitações na administração pública federal e outros certames com objeto custeado com recursos federais, pelo prazo de cinco anos.<sup>187</sup>

Para o debate da multiplicidade de controles, chama atenção um fato trazido pela empresa para fundamentar pedido de suspensão do julgamento do caso: paralelamente ao processo do TCU, estavam em curso negociações junto ao Ministério Público

---

<sup>185</sup> Ver GABRIEL, Yasser. Como articular os controles sobre a administração pública? *Jota*, 7 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columas/controle-publico/como-articular-os-controles-sobre-administracao-publica-07032018>>.

<sup>186</sup> Ressalte-se que o tribunal enfatizou que, por mais que já tenha julgados tratando especificamente dos impactos dos acordos de leniência em seu poder sancionatório, ainda não considera haver precedente que estabeleça método específico para considerá-lo na dosimetria da pena: “... não há ainda julgado do TCU que tenha sopesado especificamente os efeitos do acordo de leniência, fundamentado na Lei 12.846/2013, na dosimetria da sanção de inidoneidade. Não que esta não possa ocorrer, mas não existe precedente específico, muito menos direito adquirido da empresa a tolher o exercício das competências constitucionais e legais do TCU em razão de uma possível assinatura de algum acordo de leniência com a CGU/AGU” (Acórdão 1.744/2018).

<sup>187</sup> Acórdão 1.744/2018.

Federal e outros órgãos de controle — Controladoria Geral da União (CGU) e Cade — para celebração de acordo de leniência, o que poderia impactar na avaliação feita pelo tribunal. Por conta disso, a OAS pediu ao TCU que sobrestasse seu julgamento até a conclusão das negociações no âmbito da CGU.

Originalmente, o processo estava pautado para ser julgado em 7 de fevereiro de 2018. Atendendo ao pedido da OAS, foi retirado de pauta. Nos meses que se seguiram, conforme relatado no acórdão, a empresa informou ao tribunal que continuava em negociações com a CGU, mas um arranjo final ainda não havia sido formalizado.<sup>188</sup> O processo voltou à pauta de julgamento em 4 de julho de 2018, ocasião em que a OAS requereu novamente o sobrestamento do julgamento pelo mesmo motivo. Em 1º de agosto de 2018, sem que houvesse sido celebrado o acordo de leniência, o caso foi julgado.

A conclusão pela impertinência da interrupção do julgamento do TCU até que as tratativas com a CGU fossem finalizadas foi baseada, essencialmente, em quatro fundamentos. Um deles, consiste em entendimento construído pelo Tribunal em casos anteriores, também trabalhados pelo Observatório: “a atividade sancionatória do TCU não está vinculada ao conteúdo de acordos de colaboração. Porém, caso no âmbito do acordo sejam produzidas provas que ajudem nas investigações do tribunal, ele poderá ter efeitos na dosimetria da pena”.<sup>189</sup>

A novidade, no entanto, está nos outros três entendimentos articulados pelo relator.

**Entendimento (i) — apesar do pedido de sobrestamento, não houve qualquer reconhecimento da prática do ilícito ou proposta de efetuar ressarcimento dos**

---

<sup>188</sup> “Em nova manifestação, datada de 16/4/2018, a empresa noticiou que aguardava para as próximas semanas pronunciamento da CGU acerca da viabilidade da celebração de novo memorando de entendimentos, o que iniciaria formalmente a celebração de um acordo de leniência amparado na Lei 12.846/2013. No dia 28/5/2018, nova petição informou que a CGU ainda não teria finalizado a análise da viabilidade de celebração de novo memorando de entendimentos e que a ‘OAS permanece em constante contato e colaborando com a CGU para possibilitar que o acordo de leniência<sup>a</sup> seja firmado” (Acórdão 1.744/2018).

<sup>189</sup> Ao utilizar esse fundamento, o voto faz referência ao Acórdão 1221/2018, analisado pelo Observatório: “Consoante exposto no voto condutor do Acórdão 1.221/2018-Plenário, em resposta a pedido semelhante, a eventual colaboração da empresa pode ser considerada para a dosimetria das sanções pelo TCU. Todavia, não impede a continuidade do presente processo tampouco o exercício das competências constitucionais deste Tribunal. Dessa forma, deve ser indeferido o pedido de sobrestamento deste processo.” (Acórdão 1.744/2018).

**prejuízos causados ao erário, tampouco os fatos que poderia apresentar no acordo de leniência que ajudassem nas investigações do TCU:**

“Em atenção a tais solicitações, observo que os pedidos não reconheceram expressamente nenhum ilícito nem se propuseram a efetuar o correspondente ressarcimento ao erário. A alegada intenção de colaborar com esta Corte de Contas não elencou nenhum documento a ser apresentado, tampouco se propôs a restituir alguma quantia ao erário e, com as vênias de estilo, não informou que fatos poderia ajudar a esclarecer.”<sup>190</sup>

“Mais do que oferecer uma mera intenção de “colaboração” in abstrato, seriam desejáveis eventuais propostas reconhecendo ilícitos ou para o recolhimento de débitos segundo a sua capacidade de pagamento (*ability to pay*).”<sup>191</sup>

**Entendimento (ii) — sanções premiaias, decorrentes de informações trazidas em acordos de leniência que ajudem nas investigações do tribunal, podem ser concedidas em grau de recurso:**

“Por ser tardia, a eventual colaboração da responsável arcará com o ônus decorrente. Isso não significa que esta não possa ser beneficiada por uma futura postura colaborativa, a qual poderá resultar em sanções premiaias no âmbito dos processos em que colabora e, em grau de recurso, a possibilidade de o TCU avaliar a boa-fé processual e contribuição prestada pela OAS, reduzindo a penalidade que lhe está sendo aplicada. Faço uma analogia com o art. 4º, §5º, da Lei 12.850/2013, que prevê que a colaboração premiada no âmbito do processo penal pode ocorrer após a sentença.”<sup>192</sup>

“Eventual colaboração poderia ser considerada inclusive em grau recursal, quando da apreciação de pedido de reexame contra a presente deliberação, enfatizando que os artigos 285 e 286 do Regimento Interno do TCU preveem prazo de até 180 dias para interposição de recurso em razão da superveniência de fatos novos, demonstrando que a empresa dispõe de período suficiente elástico para concluir eventual processo de negociação de acordo de leniência.”<sup>193</sup>

---

<sup>190</sup> Acórdão 1.744/2018.

<sup>191</sup> *Idem.*

<sup>192</sup> Acórdão 1.744/2018.

<sup>193</sup> *Idem.*

**Entendimento (iii) — sobrestar o julgamento do TCU implicaria em benefício indevido a colaboradores tardios:**

“Dar tratamento diferenciado à Construtora OAS S.A., que estaria supostamente na condição de colaboradora tardia, paralisando o presente processo, significaria tratar de forma diferenciada colaboradores que foram eficazes no início dos processos e trouxeram benefícios e elementos comprobatórios a outras jurisdições, inclusive a de contas.”<sup>194</sup>

“Aguardar indefinidamente a possibilidade de avaliar a eficácia de suposta colaboração da OAS significaria um benefício extraordinário para uma parte que, até o presente momento, em absolutamente nada contribuiu para a jurisdição de contas.”<sup>195</sup>

Esses entendimentos são acrescidos ao quebra-cabeça sobre como o TCU entende o impacto dos acordos de colaboração em sua jurisdição, cujas peças têm vindo a cada julgamento que trata do tema. Especificamente quanto aos posicionamentos adotados no acórdão 1.744, é possível fazer algumas considerações.

Parece que o Tribunal esperava que o pedido de sobrestamento acompanhasse declaração de culpabilidade ou proposta de ressarcimento do dano ao erário. A expectativa, no entanto, soa incoerente com a ideia de negociação incutida nos acordos de colaboração. É que, se o acordo de leniência é instrumento jurídico para se confessar ilícito e produzir provas em troca de algum benefício na pena, parece não fazer sentido que, sem assinatura do acordo, a empresa reconhecesse prática criminosa. Caso assim fosse, perderia parte de seu poder de barganha com a CGU, vez que uma confissão — ou algo parecido — já teria sido feita.

Já os outros dois entendimentos parecem fazer mais sentido. Se o acordo de leniência celebrado após a condenação da empresa contribuir para as investigações, é totalmente razoável que a sanção premial possa ser aplicada em grau de recurso. Afinal, a utilidade das informações e provas subsiste.

Do mesmo modo, quem demorou a colaborar com investigações não deve, de fato, utilizar esse atraso em benefício próprio, postergando eventual condenação que teria no âmbito do TCU. Entretanto, cabe ressaltar que a demora na celebração do

---

<sup>194</sup> Acórdão 1.744/2018.

<sup>195</sup> *Idem.*

acordo não decorre necessariamente da conduta da empresa. Outros fatores podem concorrer para o atraso das negociações. Daí que, se manter a equidade entre empresas em situação semelhante for de fato uma preocupação do tribunal, é necessário investigar as verdadeiras causas do atraso. Demora decorrente da complexidade das informações do caso parece ser diferente de uma protelação intencional.

Contudo, para além de o caso colaborar para a construção do posicionamento do TCU sobre como acordos de colaboração, o caso enseja a seguinte reflexão: *a demora na negociação dos acordos deveria impedir que outro órgão exerça regularmente suas respectivas competências controladoras?*

A depender de quem responda, a solução certamente irá variar. Obviamente, o controlador que nesse cenário ficaria tolhido dirá que sua autonomia deve ser preservada face aos demais controladores — como fez o TCU. E há, sim, um problema relevante ao se condicionar a atuação de um agente à de outro: qualquer ineficiência, atraso ou mesmo a natural demora que casos complexos impõem contaminará sua atuação. E por mais que possa ser questionada a pertinência de haver agentes diferentes atuando em paralelo sobre o mesmo caso, fato é que nosso ordenamento jurídico criou sistema de controle com essa característica.

Por outro lado, parece que, do ponto de vista lógico, não faz sentido que um caso que pode ser impactado por informações que estão sendo produzidas em investigação em curso seja resolvido abrindo mão de avaliá-las, sobretudo considerando o histórico de casos semelhantes, em que empresas lenientes apresentaram informações relevantes e obtiveram benefícios sancionatórios com base nos acordos de leniência produzidos. Além do mais, é curioso que parte da convicção formada no caso, que respaldou a condenação da OAS, tenha utilizado elementos produzidos em acordos de colaboração, o que prova a relevância desses instrumentos para a atividade investigativa do tribunal.<sup>196</sup>

Assim, fica a questão: considerando a multiplicidade de controladores, o que seria uma atividade sancionatória *eficiente*? Novamente, é provável que a opinião varie de acordo com quem responda. Pode ser aquela em que o agente controlador consegue

---

<sup>196</sup> Segundo consta no voto, para confirmar a ocorrência de conduta ilícita, foram utilizados, entre outros, “documentos apreendidos, termos de colaboração e declarações de executivos de empreiteiras, de operador financeiro e de dirigentes da Petrobras” (Acórdão 1.744/2018).

finalizar o processo rapidamente, ou aquela em que há maior coordenação entre controladores.

Vale dizer que a administração pública federal parece apostar na segunda opção. No início de 2019 foi editado o decreto 9.681, dando-se nova estrutura interna à CGU. Entre as novidades, foi instituída a Diretoria de Acordos de Leniência, à qual compete “fazer a interlocução com órgãos, entidades e autoridades, nacionais ou internacionais, no que tange às atividades relacionadas a acordos de leniência”.<sup>197</sup>

### ***G. Acordo de colaboração: empréstimo de prova e sobrestamento de processo de aferição de culpabilidade***

O tema é novamente acordos de colaboração e a análise recai sobre os Acórdãos 2.396/2018 e 2.446/2018, de relatoria do Min. Benjamin Zymler, julgados respectivamente em 17 e 24 de outubro de 2018. Ambos tratam de supostas fraudes em contratos de obras da Refinaria de Abreu e Lima – Rnest, com participação da empresa Construções e Comércio Camargo Correa S/A. Os casos agregam ao tema sob dois enfoques: i) *como o TCU pode utilizar provas produzidas em acordos de colaboração para suas investigações* (Acórdão 2.396/2018); ii) *como a assinatura de acordos de colaboração afeta o poder sancionatório do TCU* (Acórdão 2.446/2018). Vejamos.

#### **(i) – Conforme decisão judicial, o TCU não pode utilizar provas produzidas em acordos de colaboração para aplicar sanção ao colaborador ou declarar seus bens indisponíveis (Acórdão 2.396/2018)**

No tema do empréstimo de prova produzida em acordo de colaboração, a atuação do tribunal foi balizada por decisão judicial, a qual estipulou que o empréstimo de provas não poderia implicar na imposição de sanções a colaboradores, por parte do TCU e de outros controladores.

Fatos relevantes precederam o acórdão.

O TCU, em 6 de junho de 2018, recebeu do Ministério Público Federal (MPF) no Paraná o Ofício 5140/2018. O assunto era a possibilidade de empréstimo de provas

---

<sup>197</sup> Decreto 9.681/2019, art. 21, IV.

produzidas no âmbito de acordos de colaboração celebrados na Operação Lava jato. O conteúdo informava o TCU acerca de decisão da 13ª Vara Federal de Curitiba, assinada pelo então juiz Sérgio Moro, em 2 de abril de 2018. A decisão, respondendo a requerimento formulado pelo MPF, era a seguinte:

“(…) A inaplicabilidade de sanções diretas ou indiretas aos colaboradores ou lenientes com base em provas e elementos probatórios colhidos ou ratificados em processos de colaboração é medida que tende a amplificar a eficácia dos acordos. O acordo envolve obrigações bilaterais entre as partes e garantias, tanto durante as tratativas, quanto na fase posterior à homologação judicial. Se, de um lado, o colaborador reconhece a sua culpa e participa da colheita e produção de provas, do outro, o órgão de persecução não só oferece benefícios como deve garanti-los. De todo modo, a questão é relativamente complexa tendo em vista a autonomia entre as esferas criminal, cível e administrativa, a vinculação subjetiva dos acordos e a inexistência de um posicionamento assente na jurisprudência das Cortes Superiores. (...) Apesar do compartilhamento de provas para a utilização na esfera cível e administrativa ser imperativa, já que atende ao interesse público, faz-se necessário proteger o colaborador ou a empresa leniente contra sanções excessivas de outros órgãos públicos, sob pena de assim não fazendo desestimular a própria celebração desses acordos e prejudicar o seu propósito principal que é de obter provas em processos criminais. Ante o exposto, defiro o requerido pelo MPF e promovo o aditamento de todas as referidas decisões para a elas agregar que **está vedada a utilização dos elementos informativos e provas cujo compartilhamento foi anteriormente autorizado por este Juízo contra pessoas que celebraram acordo de colaboração com o Ministério Público no âmbito da assim denominada Operação Lava jato, bem como contra empresas que celebraram acordo de leniência. Caso pretendida a utilização das provas ou das informações com esta finalidade, ficará ela sujeita à autorização específica deste Juízo, ou seja, da apresentação de novo requerimento.**”<sup>198</sup> (grifo nosso)

A decisão aditou decisões anteriores daquele juízo que autorizavam o compartilhamento de termos de acordo e de depoimentos dos colaboradores, desde que a colaboração tivesse sido homologada e que seu conteúdo não fosse mais sigiloso. O objetivo foi restringir o uso que poderia ser feito desse conteúdo: outras autoridades controladoras não poderiam aplicar sanção àqueles que celebraram acordos com base

---

<sup>198</sup> Ofício 5140/2018 - PRPR/FT, pp. 5 - 6.

em informações neles produzidas. Mas eventual empréstimo de provas seria possível, desde que feito requerimento ao juízo especificando os fins pretendidos.

Então o TCU solicitou à 13ª Vara Federal de Curitiba autorização para utilizar provas previamente compartilhadas contra colaboradores e empresas lenientes para ações voltadas ao ressarcimento dos danos. Em resposta, sobreveio a seguinte decisão judicial, de 2 de outubro de 2018:

“O próprio conteúdo dos acordos de colaboração e de leniência é no sentido de que eles não eximem os colaboradores e lenientes da obrigação de reparar o dano decorrente de suas atividades ilícitas por completo. (...) Assim, é o caso de, na esteira da manifestação do MPF, autorizar o Tribunal de Contas da União a utilizar as provas compartilhadas mesmo contra colaboradores ou empresas lenientes para o fim exclusivo de ressarcimento dos danos decorrentes do crime. Cabe ressaltar que não poderão ser utilizadas para imposição de multas punitivas ou administrativas, inclusive declaração de inidoneidade ou proibição de contratar. Igualmente, deverá, como condição, o Tribunal de Contas da União admitir que as multas ou confiscos previstos e executados nos acordos de leniência e de colaboração sejam considerados para amortização dos valores das indenizações, se maiores, apuradas contra os colaboradores ou lenientes. Na linha do sugerido pelo próprio Tribunal de Contas da União, havendo responsáveis solidários pelos danos, deve-se dar preferência à cobrança da indenização dos não-colaboradores ou não-lenientes. Como o próprio Tribunal de Contas da União já decidiu, deverá ainda a Corte Administrativa se abster de utilizar as provas compartilhadas para decretar a indisponibilidade de ativos dos colaboradores ou lenientes, pois medida espécie poderá comprometer a solvência deles e, por conseguinte, prejudicar o cumprimento das obrigações indenizatórias previstas nos acordos celebrados com o Ministério Público Federal. (...) Observo, por oportuno, que não se trata aqui de traçar limites à autonomia do Tribunal de Contas da União, que exerce relevante função de fiscalização da atividade administrativa e de proteção do erário, mas apenas o de estabelecer limites e condições para utilização por ele de provas que foram colhidas em processos da responsabilidade deste Juízo.”<sup>199</sup>

O empréstimo de provas foi autorizado pelo juízo, mas vinculado a três condicionantes. A primeira: as provas poderiam ser utilizadas exclusivamente para fins de ressarcir o erário por danos decorrentes do crime investigado, ficando vedado aplicar sanções fundamentadas em tais provas ou a indisponibilidade de bens. A segunda:

---

<sup>199</sup> Trecho transcrito no Acórdão 2.396/2018.

multas ou confiscos executados nos acordos de colaboração deveriam ser levados em consideração pelo TCU para fins de amortização dos valores apurados. A terceira: havendo responsáveis solidários, o tribunal de contas deveria dar preferência à cobrança de não colaboradores.

Tais condicionantes foram incorporadas pelo TCU no Acórdão 2.396/2018 e é interessante analisar como o fez.

Trata-se de tomada de contas especial para apurar possíveis irregularidades no contrato 0800.0053457.08.2, firmado entre a Petrobras e o Consórcio CNCC - Camargo Correa - CNEC, para obras das Unidades de Coqueamento Retardado (UCR) da Rnest. O acórdão não contém decisão final para o caso. Ele apenas quantifica preliminarmente danos causados ao erário em função da contratação e determina citação dos responsáveis para que apresentem defesa ou paguem os valores apurados.

Em seu voto, o relator afirmou que “para a quantificação preliminar do débito, está-se utilizando de diversos elementos probatórios oriundos de autorização exarada pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba. (...) Dentre esses documentos, encontram-se vários oriundos de delações premiadas e acordos de colaboração que podem justificar a responsabilização dos próprios colaboradores.”<sup>200</sup> Daí sustentou que, em função do empréstimo de prova, será necessário o TCU analisar, ao longo da instrução processual, os potenciais efeitos de decisão sua à luz das condicionantes impostas pela 13ª Vara Federal de Curitiba.<sup>201</sup>

A preocupação de uma atuação do tribunal articulada com as condicionantes judiciais também fica clara no trecho final do acórdão, em seu item 9.2:

“9.2. nos termos das decisões proferidas pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba (Petição 5054741-77.2015.4.04.7000/PR), esclarecer, em relação aos seguintes responsáveis colaboradores perante aquele Juízo (Paulo Roberto Costa, Pedro José Barusco Filho, e empresas Consórcio CNCC - Camargo Corrêa – CNEC e Construções e Comércio Camargo Correa S.A.) que:

9.2.1. a citação a ser realizada destina-se exclusivamente para propiciar o contraditório referente ao débito preliminarmente apurado e, se for o caso, o posterior ressarcimento aos cofres da Petrobras, não tendo por escopo o exercício de pretensão punitiva por parte deste Tribunal;

---

<sup>200</sup> Acórdão 2.376/2018.

<sup>201</sup> *Idem.*

9.2.2. os valores de multas e ressarcimentos previstos e executados nos acordos de leniência e de colaboração serão considerados para amortização do débito objeto destes autos;

9.2.3. havendo responsáveis solidários pelos danos apurados nestes autos, será dada preferência à cobrança da indenização daqueles que não detenham a condição de colaboradores<sup>202</sup>

A importância do caso para a construção do entendimento do TCU sobre impacto de acordos de colaboração em sua jurisdição pode ser grande. Se o tribunal adotar esse procedimento — alinhamento com outros controladores sobre o uso que fará das provas, comprometimento de não aplicar sanção ao colaborador, consideração dos valores de multa e ressarcimento já estipulados em outros âmbitos e priorização da cobrança de devedores solidários que não colaboraram — para casos semelhantes, será importante passo para incremento da segurança jurídica nos acordos de colaboração, em um ambiente de multiplicidade de controladores.

Entretanto, como o procedimento foi criado por um juízo específico, é possível que, no futuro, o TCU considere que seu uso está restrito a casos sob a alçada da 13ª Vara Federal do Paraná.

**(ii) – Processo de apuração de danos com possibilidade de sanção fica suspenso se o responsável celebrou acordo de colaboração (Acórdão 2.446/2018).**

O Acórdão 2.446/2018 é importante para compreender os efeitos de acordos de colaboração sobre o poder sancionatório do TCU por duas razões. Primeiro, porque resultou na suspensão do processo em função da celebração do acordo. Depois, porque revela divergência de entendimentos entre atores internos do TCU sobre como o tribunal deveria proceder.

O caso consistia em representação para apurar a participação da empresa Construções e Comércio Camargo Correa S/A em supostas fraudes ocorridas nas licitações conduzidas pela Petrobras para implantação da Rnest. Nos autos, a empresa confessou a prática de ilícitos e informou que havia celebrado acordos de colaboração com CADE e MPF.

---

<sup>202</sup> *Idem.*

O voto do relator, aderido pela unanimidade do plenário, concluiu por sobrestar o processo até a demonstração de que a empresa cumpriu suas obrigações constantes nos acordos de colaboração celebrados. Ainda, suspendeu a prescrição da pretensão punitiva do TCU com relação aos fatos objeto do processo, até que haja manifestação dos órgãos controladores signatários dos acordos quanto ao cumprimento ou descumprimento das obrigações pactuadas. Designou que a SeinfraOperações acompanhasse periodicamente o cumprimento dessas obrigações.<sup>203</sup>

Particularidades do caso: a comprovação da culpa da empresa não foi feita com base nas provas produzidas em acordos assinados pela própria empresa. As provas vieram de acordos celebrados por outras empresas e pessoas físicas.<sup>204</sup> Daí pode-se dizer que a lógica do Acórdão 2.396/2018 (de evitar que provas produzidas pela empresa sejam utilizadas em sua própria condenação) não se aplica ao caso.<sup>205</sup>

Aqui, o fundamento da decisão foi outro:

“Em minha visão, há um dever de uniformidade e coerência, quando um outro órgão de estado, embora independente, não produz provas autônomas e utiliza, no exercício de suas competências, somente evidências obtidas de outro órgão, que deixou de exercer o seu poder sancionatório sobre um determinado administrado. Em outras palavras, sou da opinião que deve haver um compromisso de comunicabilidade de instância, por meio do qual o segundo órgão adere aos termos de cooperação firmado pelo primeiro e não impõe outra consequência jurídica além das já tomadas por este. Nesta hipótese, o segundo órgão também deixa de exercer seu poder sancionatório, em troca de todos os benefícios processuais que podem advir do uso dos elementos de prova juntados nos acordos de colaboração, em sua própria instância. (...) se a cooperação de uma pessoa junto a outra instância foi suficiente para evitar a aplicação de sanção pela violação de bem jurídico, também tutelado pelo o TCU, o Tribunal deve, numa atitude de deferência ao acordo firmado por outro órgão de controle e de respeito ao microssistema de combate à corrupção e de defesa da probidade administrativa, diante da ausência de provas autônomas em relação à produzida por aquela instância, recuar no exercício de

---

<sup>203</sup> Acórdão 2.446/2018.

<sup>204</sup> Especificamente: i) depoimento de Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, executivo do Grupo Setal; ii) depoimento de Pedro José Barusco Filho, ex-Gerente de Serviços da Diretoria de Serviços da Petrobras; iii) depoimento das empresas Setec Tecnologia S/A e SOG Óleo e Gás S/A (Acórdão 2446/2018, p. 102).

<sup>205</sup> “Como se vê, a imputação promovida no presente feito não utilizou provas nem informações trazidas pela empresa, nos compromissos firmados com os demais órgãos do estado, não havendo, por conseguinte, nenhuma quebra à confiança depositada nos aludidos instrumentos e nos órgãos signatários.” (Acórdão 2.446/2018).

seu poder sancionatório e reputar como suficiente a pena ou a medida substitutiva imputada pelo órgão do Estado.”<sup>206</sup>

A preocupação do tribunal foi com a coerência do que chamou *microssistema de combate à corrupção* e sua efetividade. A ideia é: se a empresa já celebrou acordo de colaboração outra instância controladora, e essa instância entendeu adequado relativizar seu poder sancionatório em função da relevância da colaboração, faz sentido que o TCU, tutelando bem jurídico semelhante, também relativize sua competência para aplicar sanção, inclusive suspendendo a tramitação do processo. Mais: considerando que as investigações do próprio tribunal utilizaram em grande parte provas produzidas em acordos de colaboração, faz sentido que se busque dar consistência ao uso desse instrumento.

Ressalte-se que a lógica da coerência de um microssistema de combate à corrupção já havia sido utilizada em casos passados, analisados pelo Observatório.<sup>207</sup> A reiteração denota que o TCU está de fato incorporando esse posicionamento em sua maneira de analisar impactos de acordos de colaboração em sua jurisdição, não se tratando de posicionamento tomado em caso isolado.

Mas ainda é interessante notar que o caso revela uma pluralidade de posicionamentos internos ao TCU. Alguns mais aderentes à ideia de coerência entre instâncias de controle, outros com viés punitivista mais acentuado.

Os auditores encarregados de instruir a matéria aduziram que a participação da empresa nas fraudes pôde ser comprovada independentemente dos acordos celebrados. Por essa razão, entenderam que a confissão da empresa e sua contribuição perante outras instâncias controladoras deveriam ser consideradas apenas na dosimetria das penas. Sendo assim, os auditores propuseram a aplicação da pena de declaração de inidoneidade para contratação com a administração federal de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, referentes à pena de 5 (cinco) anos prevista no art. 46 da LOTCU, reduzida de 2/3.<sup>208</sup>

A diretora da SeinfraOperações concordou com a proposta dos auditores. No entanto, sugeriu a suspensão temporária da aplicação da pena em 180 (cento e oitenta)

---

<sup>206</sup> Acórdão 2.446/2018.

<sup>207</sup> Acórdão 1.214/2018.

<sup>208</sup> Acórdão 2.446/2018.

dias, com o propósito de que fosse facultado à empresa apresentar planos para colaborar efetivamente com as apurações de débito em curso e para que fosse julgada tomada de contas 016.119/2016-9, que analisa o envolvimento das demais empresas envolvidas nas fraudes nas obras da Rnest.<sup>209</sup>

O Secretário da unidade técnica propôs sobrestar, por 30 dias, a apreciação acerca da responsabilidade, para que fosse verificada a intenção da empresa em contribuir com os processos de controle externo.<sup>210</sup>

Já o Ministério Público de Contas, em parecer do Subprocurador Paulo Soares Bugarin, discordou das propostas de suspender o processo e a pena. Utilizou metodologia própria de dosimetria da pena, em que aplicou, por analogia, os institutos penais de concurso material de crimes e do crime continuado, além da técnica da exasperação da pena. Divergindo do entendimento de que a cumulação de mais de uma sanção de inidoneidade aplicada a uma mesma licitante estaria limitada a 5 (cinco) anos, propôs que fosse declarada a inidoneidade da empresa para participar de licitação que utilize recursos públicos federais por um período de 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias.<sup>211-212</sup>

## **5. TCU E OS LIMITES DE SUAS COMPETÊNCIAS**

### ***A. Até onde vão os poderes cautelares do TCU?***

O TCU tem se utilizado de diferentes estratégias para ampliar sua presença e relevância no espaço público. Uma das principais talvez seja o alargamento de sua competência para tomar medidas cautelares interventivas.

A Constituição de 1988 e a legislação federal previram a possibilidade de a Corte de Contas agir cautelarmente em circunstâncias específicas, mas não transformou

---

<sup>209</sup> Acórdão 2.376/2018.

<sup>210</sup> *Idem*.

<sup>211</sup> Acórdão 2.376/2018.

<sup>212</sup> Essa visão do Ministério Público de Contas a respeito da aplicação analógica de institutos de direito penal à dosimetria da declaração de inidoneidade, bem como ao argumento de que a cumulação de penas aplicadas a uma mesma empresa não estaria limitada ao prazo de 5 (cinco) anos já foi trabalhada por este Observatório no artigo de junho de 2018, intitulado “Inidôneo ao limite”.

o controle preventivo em regra. Desde a Constituição de 1967, o TCU é definido pela legislação como órgão de controle *a posteriori*.<sup>213</sup> No entanto, casos concretos demonstram que, valendo-se do discurso de que é preciso evitar a consumação de prejuízo ou ilegalidade de gasto público, com frequência expede ordens cautelares com baixo grau de aderência ao Direito.

Em 21 de fevereiro de 2018, o TCU, em tomada de contas especial, apreciou relatório de auditoria relativo à construção da Ferrovia Norte-Sul, em Goiás (Acórdão 296/2018 – Plenário). Baseado em conclusão de unidade técnica pela existência de débito, o Tribunal, com fundamento no art. 44, § 2º, da LOTCU, combinado com os arts. 273 e 274 do Regimento Interno do TCU (RITCU), decidiu decretar, pelo prazo de um ano, a indisponibilidade de bens dos responsáveis. Entre eles havia pessoa jurídica contratada por ente estatal e pessoas físicas integrantes de seus quadros.<sup>214</sup>

Ocorre que a LOTCU circunscreveu a medida cautelar para decretação da indisponibilidade de bens a *agentes públicos*, pertencentes à máquina estatal.<sup>215</sup> Por determinação expressa do § 2º do art. 44, esse tipo de medida constritiva só pode ser aplicada pelo Tribunal “nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo”, ou seja, em relação a “responsável” que exerça “funções”, sob vigilância de “autoridade superior competente” (§ 1º do art. 44). Os dispositivos do RITCU repetem a redação da LOTCU. Nesse específico contexto, portanto, a expressão “responsável” assume sentido próprio, restrito.<sup>216</sup>

Outra decisão curiosa do TCU foi proferida no Acórdão 508/2018 – Plenário, julgado em 14 de março de 2018. O caso envolvia relatório de auditoria sobre contrato

---

<sup>213</sup> Sobre o tema, ver ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. op. cit. p. 226 e ss.

<sup>214</sup> No presente caso, o entendimento do TCU, no sentido da responsabilização dos empregados de pessoa jurídica contratada por ente estatal, parece destoar de decisões anteriores do Tribunal. No Acórdão 835/2015 – Plenário, por exemplo, a maioria dos ministros sustentou que a jurisprudência majoritária da Corte de Contas seria contrária à responsabilização dos empregados da empresa contratada pelo poder público.

<sup>215</sup> Sobre o tema, ver ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. op. cit., p. 246 e ss.

<sup>216</sup> É interessante observarmos que, no julgamento em questão, o Ministro Relator Benjamin Zymler faz alusão a duas decisões monocráticas de ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), proferidas nos âmbitos do MS 35.404 e MS 33.996, para sustentar que o STF viria reconhecendo ao TCU o poder geral de cautela. Na decisão monocrática proferida no MS 35.404, a Min. Rosa Weber de fato defende uma interpretação do art. 44, § 2º, da LOTCU no sentido de conferir poder geral de cautela à Corte de Contas. No entanto, o curioso é que, no MS 33.996, a decisão monocrática do Min. Dias Toffoli não discute a questão da competência do TCU para determinar medidas cautelares, mas sim a adequação de ato da Corte de Contas que determinou o bloqueio de ativos financeiros da empresa impetrante.

de supervisão de obras de lote da Ferrovia Norte-Sul. Considerando haver “prejuízo potencial elevado na avença” por conta de indícios de superfaturamento apurados por unidade técnica, o Tribunal determinou cautelarmente à empresa responsável pelas obras, nos termos do art. 276, *caput*, do RITCU, que suspendesse integralmente a execução do contrato de supervisão de obra e que se abstinhasse “de efetuar qualquer pagamento relacionado ao referido ajuste”, até que a Corte de Contas se pronunciasse quanto às questões de mérito.

O surpreendente é que a Constituição foi clara ao afirmar que, em sendo detectada alguma ilegalidade em contratos pelo TCU, cabe ao Congresso Nacional, com exclusividade, deliberar sobre “o ato de sustação” e solicitar “de imediato ao Poder Executivo as medidas cabíveis” (art. 71, IX e § 2º). Atos podem ser sustados diretamente pelo TCU (art. 71, X, da Constituição); contratos, não.

Em 28 de fevereiro de 2018, o TCU, ao julgar o Acórdão 380/2018 – Plenário, expediu medida cautelar de outro tipo, dessa vez para sustar efeitos de ato normativo editado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Nos termos do voto do relator, o TCU, considerando haver indícios de ilegalidade na Resolução Normativa nº 01/2015 da ANTAQ, decidiu, cautelarmente, com base no art. 45 da LOTCU e no art. 276 do RITCU, sustar dispositivo do diploma. O motivo foi a existência de suposta restrição ilegal à possibilidade de afretamento de embarcação estrangeira.<sup>217</sup>

O art. 45, § 1º, I, da LOTCU, repetindo o teor do art. 71, X, da Constituição, disse que o TCU poderá sustar “a execução do ato impugnado” caso a ilegalidade que tiver identificado não for sanada. Mas o ato a que a legislação se referiu foi o de efeitos concretos. Ato normativo geral e abstrato só poderia ter seus efeitos sustados pelo Judiciário. Pode até ser que a resolução contenha vícios de ilegalidade. O problema é que a via de controle eleita pelo Tribunal (sustação da norma) não parece encontrar respaldo no ordenamento.

Ainda com relação ao caso do Acórdão 380/2018 – Plenário, é interessante observar que nem a unidade técnica nem o Plenário do Tribunal expuseram, de forma

---

<sup>217</sup> De modo diverso, o TRF da 1ª Região, analisando exatamente a mesma resolução, entendeu que a ANTAQ atuou em conformidade com os limites do poder normativo. Dessa forma, surge a seguinte dúvida: considerando o nosso sistema de jurisdição una, qual decisão vale, afinal? A do Judiciário ou a do TCU?

clara, o fundamento da competência do TCU para determinar a suspensão dos efeitos de uma norma. No acórdão, consta apenas o argumento do Min. Benjamin Zymler no sentido de que “a natureza jurídica de serviço público de transporte aquaviário atrai a incidência do Direito Administrativo e a competência do TCU”.

Ao tomar decisões, o TCU não parece preocupado em explicitar e detalhar os fundamentos jurídicos que o autorizariam a exercer poder cautelar. Em havendo constatação de dano potencial ao erário, direto ou indireto, supõe suficiente alegar a presença de *fumus boni juris* e *periculum in mora* para justificar a adoção da medida que julgar mais ajustada e eficiente para evitar suposta lesão ou ameaça a direito. A impressão é a de que o TCU se vê como imagem e semelhança do Judiciário, a quem a Constituição conferiu de modo expresso poder geral de cautela (art. 5º, XXXV).<sup>218</sup>

Em decisão dúbia, o Supremo Tribunal Federal (STF) chegou a afirmar, em autêntico *obter dictum*, que o TCU teria amplo poder de cautela (MS 24.510). Mas o fez em ação na qual a competência do TCU para agir cautelarmente era inequívoca (discutia-se a possibilidade de sustação de edital de licitação, que é autorizada pelo art. 71, X, da Constituição, c/c art. 113, § 2º, da lei 8.666/93). Em decisões monocráticas, ministros do STF têm se demonstrado dispostos a barrar medidas cautelares de diversos tipos adotadas pelo TCU (v. MS 34.357, MS 34.392, MS 34.421, MS 34.410 e MS 35.192).

A Constituição não equiparou o TCU ao Judiciário, no que tange a suas missões ou competências. Sustentar que o TCU teria poder geral de cautela implicaria em ignorar decisões expressas tomadas pela legislação em nível constitucional e legal. A observância do texto das normas não é preciosismo acadêmico. É condição necessária para que haja um mínimo de segurança jurídica e previsibilidade, ingredientes indispensáveis ao bom funcionamento das instituições. A deterioração de parâmetros pode ter efeitos positivos imediatos, mas à custa da produção de efeitos deletérios de longo prazo e de dimensão impossível de ser mensurada *a priori*.

---

<sup>218</sup> Para uma defesa da possibilidade de exercício do poder geral de cautela pelo TCU, ver BIM, Eduardo Fortunato. O poder geral de cautela dos tribunais de contas nas licitações e nos contratos administrativos. *Interesse Público*, ano 8, n. 36, 2006. Em sentido contrário, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara entendem que “não (...) parece compatível com a Constituição de 1988 o reconhecimento de um genérico “poder cautelar” para o Tribunal de Contas, pois isso implicaria, na prática, a avocação para si de decisão expressamente reservada ao Poder Legislativo” (Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 204.

### ***B. Auditorias, em sentido estrito, podem contribuir para a boa gestão pública***

Como aprimorar a governança pública? Como melhorar o modo de a administração se organizar, funcionar e decidir? Essas são questões que estão no centro do debate contemporâneo sobre gestão pública no Brasil.<sup>219</sup>

Desde meados dos anos 2000, o TCU, órgão de controle externo da administração, tem procurado construir parâmetros referenciais para a boa governança e, por meio de auditorias, levantamentos e outros instrumentos de coleta de dados, apontar problemas de coordenação e controle nas mais variadas estruturas do Estado<sup>220</sup>

O Acórdão 588/2018 – Plenário, julgado em 21 de março de 2018, insere-se nesse contexto. Nele o TCU analisou o levantamento TC 017.245/2017-6, de relatoria do ministro Bruno Dantas, realizado em 581 órgãos e entes da administração pública federal.<sup>221</sup> Segundo o relator, o objetivo do levantamento foi “obter e sistematizar informações sobre a situação da governança pública e da gestão nas áreas de tecnologia da informação (TI), contratações, pessoas e resultados finalísticos” (§ 1º do voto). Na sua visão, ao realizar esse tipo de trabalho, o TCU identificaria “as causas primárias de inefetividade estatal” e incentivaria “a adoção das boas práticas de governança e gestão”, com o intuito de contribuir para que a administração pública federal, como um todo, se organizasse “de forma adequada para prestar bons serviços à sociedade” (§ 8º do voto).

Para elaborar o estudo, o TCU se valeu de questionários enviados às organizações federais (autarquias, bancos, conselhos profissionais, empresas estatais, fundações, fundos, instituições de ensino, ministérios, tribunais, entre outros). Apesar

---

<sup>219</sup> Tanto que, em 22 de novembro de 2017, o Presidente da República editou o decreto 9.203 para organizar a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

<sup>220</sup> Cf. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial Básico de Governança: Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública*. 2ª versão. Brasília: TCU, 2014. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24F0A728E014F0B34D331418D>>.

<sup>221</sup> De acordo com o Regimento Interno do TCU, o levantamento é instrumento utilizado pelo Tribunal para: (i) “conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, incluindo fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais no que se refere aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais”; (ii) “identificar objetos e instrumentos de fiscalização”; e (iii) “avaliar a viabilidade da realização de fiscalizações” (art. 238, incisos I a III).

de 581 órgãos e entes terem sido consultados, apenas 488 forneceram respostas consideradas válidas pelo órgão de controle.

O questionário sobre governança foi dividido em temas (liderança, estratégia e *accountability*) e em operações (gestão de pessoas, de tecnologia da informação e de aquisições). Como esclareceu o relator, o estudo decorreu, “essencialmente, da autoavaliação dos integrantes das organizações participantes” (§ 16 do voto), concluindo que “58% das organizações estariam em estágio de capacidade inicial em governança e gestão, 39% em estágio intermediário e apenas 3% em estágio aprimorado” (§ 22 do voto).

À luz desse diagnóstico, o TCU decidiu, entre outras coisas, tornar seus achados públicos (item 9.1. do acórdão); encaminhar relatório individualizado para cada uma das organizações federais participantes do levantamento, “discriminando seus respectivos resultados e comparações com os resultados gerais e resultados médios das organizações dos seus segmentos de negócio, como forma de subsidiar o planejamento, incluindo no relatório a ser enviado sugestão para que as organizações, em atenção ao art. 6º da lei 12.527/2011, promovam a divulgação, preferencialmente na internet, das informações constantes do seu relatório individualizado (...)” (item 9.5.1. do acórdão); entregar “a cada órgão governante superior federal cópia eletrônica dos dados das respostas das organizações da sua esfera de atuação” (item 9.5.2. do acórdão); e dar ciência do levantamento “ao Comitê Interministerial de Governança, constituído nos termos dos arts. 7º a 12 do Decreto 9.203/2017, para que estude a possibilidade de inserir, em suas próximas reuniões, avaliações sobre o diagnóstico realizado pelo TCU e suas implicações nas ações necessárias à implementação da Política de Governança Pública” (item 9.6. do acórdão).

O método e os resultados do levantamento podem ser alvo de críticas, claro. Mas para os fins do presente artigo, o que realmente importa destacar é que o acórdão põe em evidência um modo de agir bastante particular do TCU.

A decisão não teve por objeto apurar irregularidades, desvios ou danos. Dela também não decorreram punições ou comandos específicos a agentes públicos ou privados. Ela se limitou a veicular diagnóstico sobre a eficiência de estruturas da administração pública e de procedimentos administrativos e a torná-lo público (à sociedade em geral e a sujeitos relevantes, com especial interesse no tema).

Tratou-se de manifestação do TCU na condição de verdadeiro auditor externo, envolvendo o manejo de sua competência para *levantar dados e produzir informações* (art. 71, IV, da Constituição).

O ordenamento jurídico conferiu ao TCU, entre outras competências, a de atuar com a finalidade de levantar dados — isto é, reunir, por iniciativa própria ou de terceiros, fatos e fragmentos de informação no âmbito de sua jurisdição e nos limites de suas atribuições — e de produzir informações — ou seja, sistematizar, dar organicidade, refletir e imprimir um sentido técnico aos dados que tiver coletado ou que lhe tiverem sido encaminhados por órgãos, entes ou pessoas (físicas ou jurídicas).<sup>222</sup>

Os produtos do exercício dessa competência (relatórios, opiniões etc.) não tem efeito vinculante imediato para a administração. Em princípio, servem para dar ciência, para informar.

Ao prevê-la, o Direito deu amplas possibilidades de controle ao TCU — algo distinto do que se verifica em relação às competências mais interventivas do Tribunal. Para comprová-lo, basta comparar a redação dos incisos IV e IX do art. 71 da Constituição.

No primeiro caso (inciso IV do art. 71), o TCU pode agir de ofício ou por provocação, realizando investigações por instrumentos variados nas mais distintas matérias (contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial). Poucos freios e condições à atuação do Tribunal. No segundo caso, a Constituição foi muito mais cautelosa, prevendo competência bem delimitada. De acordo com o inciso IX do art. 71, ao TCU compete “assinar prazo” apenas para a adoção de “providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”, unicamente em relação a pessoas estatais (“o órgão ou a entidade”).

Faz sentido a decisão do ordenamento de conferir amplas possibilidades de controle ao TCU no exercício de sua competência para levantar dados e produzir informações, privilegiando-a.

É que, por conta de suas características estruturais, o TCU tem especial vocação produzir informações (isto é, juízos qualificados) sobre as finanças públicas e sobre a gestão pública em geral. Afinal, tem posição institucional privilegiada (observador

---

<sup>222</sup> Cf. ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. op. cit. p. 275.

externo, independente); possui corpo técnico qualificado (selecionado por concursos públicos) e proveniente de múltiplas áreas do conhecimento (Engenharia, Direito, Contabilidade, Economia, Administração Pública etc.); possui estrutura interna sofisticada e especializada nos mais variados nichos de atuação do Estado (infraestrutura, petróleo e gás, energia elétrica, agricultura, meio ambiente etc.); e é capaz de centralizar dados provenientes de toda administração, permitindo-lhe ter uma visão macro sobre seu funcionamento, identificar gargalos de gestão e refletir sobre melhores práticas no ambiente público.<sup>223</sup>

No arranjo institucional brasileiro, o TCU é peça-chave, tendo como uma de suas missões mais relevantes a de se valer de sua independência e de sua expertise (especialmente em questões financeiras, orçamentárias, patrimoniais e contábeis) para levantar dados e produzir informações (como fez no acórdão 588/2018), elaborando subsídios fundamentais para que terceiros (Legislativo, Executivo, Judiciário, Ministério Público etc.) possam aprimorar suas atividades e desempenhar suas funções de modo mais adequado e eficiente.<sup>224</sup>

### ***C. Qual é o critério do TCU para decretar a indisponibilidade de bens de contratados pela administração?***

A edição de medidas cautelares pelo TCU já foi objeto de análise pelo *Observatório do TCU*. É tema cada vez mais recorrente na jurisprudência do Tribunal.<sup>225</sup>

O Acórdão 874/2018 – Plenário, julgado em 25 de abril, sob a relatoria do Ministro Bruno Dantas, versou sobre a fiscalização do contrato de obras civis da usina termonuclear de Angra 3 (contrato NCO-223/83). O relatório apontou sobrepreço e superfaturamento nas obras, gestão fraudulenta do contrato e gestão temerária do empreendimento. Os fatos, segundo a unidade técnica, ensejariam a responsabilização de gestores da Eletronuclear, da empreiteira contratada (Andrade Gutierrez) e de seus dirigentes.

---

<sup>223</sup> Cf. ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. op. cit. p. 312.

<sup>224</sup> Cf. *Idem, ibidem*.

<sup>225</sup> Para uma análise das competências cautelares do TCU, ver ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. 2016. op. cit., p. 246 e ss.

No âmbito das operações Lava Jato e Radioatividade, a Andrade Gutierrez, em relação ao mesmo contrato, celebrou acordo de leniência com Ministério Público Federal (MPF) e iniciou tratativas para viabilizar outro acordo junto à Controladoria Geral da União (CGU). O fato foi levado ao TCU pela empresa como justificativa para não fornecer informações abarcadas pelo sigilo dos acordos e de suas negociações, bem como para evitar aplicação de sanções. Para a unidade técnica, a postura da empresa denotaria indisposição em cooperar com as investigações conduzidas pelo TCU.

Em face de rumores de que poderia ser declarada inidônea pelo TCU mesmo tendo firmado acordo de leniência com o MPF, a empresa ingressou com mandado de segurança no Supremo Tribunal Federal (STF).<sup>226</sup> O processo corre em segredo de justiça. Em decisão monocrática, o Ministro Gilmar Mendes concedeu a segurança, impedindo o TCU de decretar a inidoneidade da empresa no âmbito do processo TC 016.991/2015-0 (MS 35.435 MC/DF).

Por maioria, nos termos do voto do relator, o TCU decidiu, entre outras coisas: i) decretar, cautelarmente, com base no art. 44, § 2º, da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU – LOTCU) c/c os arts. 273 e 274 do Regimento Interno do TCU (RITCU), pelo prazo de um ano, a indisponibilidade de bens da Andrade Gutierrez de modo a “garantir o integral ressarcimento do débito em apuração, no valor original de R\$ 290.613.598,39 (...), que resulta no montante atualizado de R\$ 508.341.306,30”; ii) converter o processo em tomada de contas especial, com fundamento no art. 47 da LOTCU c/c art. 252 do RITCU, visando analisar, “de forma conclusiva, o débito associado à irregularidade” e delimitar “a responsabilização dos agentes e o montante de dano causado ao erário”; e iii) recomendar a comitê interno do TCU que, com o objetivo de viabilizar os acordos de leniência firmados no âmbito da União, “avalie a conveniência de elaborar uma norma interna específica para potencializar as formas de cooperação dos jurisdicionados para o deslinde efetivo e tempestivo dos processos relevantes em curso no Tribunal de Contas, estabelecendo normas e critérios minimamente objetivos (...)”.

Segundo o relator, não era o caso de conferir sanção premial à empresa, pois ela não estaria colaborando “satisfatoriamente com a apuração das irregularidades a ela imputadas neste processo”. Isso porque não teria “admitido, até o momento,

---

<sup>226</sup> Sobre o tema, ver PIRES, Breno. TCU quer declarar inidoneidade da Andrade Gutierrez”, *O Estado de São Paulo*, 14 abr. 2018. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/tcu-quer-declarar-inidoneidade-da-andrade.70002267799>>.

participação nas irregularidades ora tratadas”, nem apresentado “documentação fiscal e contábil que comprovasse, com segurança, os custos reais por ela incorridos”. A postura não colaborativa da empresa seria “reforçada pela escolha da via judicial para combater a atuação do Tribunal, em substituição à via consensual inaugurada no âmbito do Acórdão 483/2017-TCU -Plenário, julgado em 14 de março de 2018, e à qual aderiram as demais empresas favorecidas por aquela decisão”.

Nesse caso, como em vários outros, o TCU decidiu decretar a indisponibilidade de bens de pessoa jurídica contratada pela administração. A competência para fazê-lo, nas palavras do relator, estaria prevista no art. 44, § 2º, da LOTCU e teria sido reconhecida pelo STF nos mandados de segurança 30.593/DF, 33.092/DF, 33.996/DF e 34.446/DF.

Representante do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), em parecer, também concluiu pela viabilidade jurídica de o TCU decretar a indisponibilidade de bens de pessoas contratadas pela administração. O parecer sustentou que “considerado os dispositivos constitucionais e legais aplicáveis à jurisdição e à competência do TCU, em conjunto com o respaldo jurisprudencial que sobressai das decisões colegiadas do STF, assiste ao TCU – na qualidade de órgão incumbido do controle externo da administração pública federal – o direito de declarar a indisponibilidade de bens de pessoas físicas e jurídicas, nesse caso, inclusive as não integrantes da esfera pública, em sede de medida cautelar, resguardadas as condições impostas pela legislação em vigor”.

A jurisprudência do STF — invocada pelo relator e pelo MPTCU para embasar seus posicionamentos — não é uníssona, como o próprio parecer do MPTCU apontou. Há decisões monocráticas de ministros do STF que chegam a conclusões opostas.

O Ministro Marco Aurélio, por exemplo, não admite a possibilidade jurídica de o TCU declarar a indisponibilidade de bens de contratados pela administração. Na sua avaliação, ainda que se reconheça poder geral de cautela ao Tribunal, ele não alcançaria particulares contratantes com a administração pública. Para o Ministro, a legislação não teria conferido ao TCU (um “órgão administrativo”, nas suas palavras) a possibilidade de bloquear, “por ato próprio, dotado de autoexecutoriedade, os bens de particulares contratantes com a Administração Pública”. É que o art. 44 da LOTCU estaria direcionado a servidores públicos, e não a particulares. Além do mais, medida gravosa

como essa geraria perigo de mora reverso, pois poderia sujeitar as sociedades empresárias à “morte civil” (MS 34.357/DF).

A Ministra Rosa Weber, por outro lado, tem posição diversa. Ao decidir o MS 34.446/DF (mencionado pelo relator do TCU em seu voto), afirmou que a “interpretação restritiva” do § 2º do art. 44 da LOTCU — segundo a qual a indisponibilidade de bens se aplicaria apenas a agentes do estado — não mereceria guarida. Tal conclusão decorreria de duas “premissas”: i) o poder geral de cautela se destinaria a assegurar o resultado útil das decisões do TCU; e ii) as decisões do TCU poderiam contemplar a condenação de particulares contratantes com entes da administração pública federal. Para a Ministra, a Constituição, quando dá os fins, confere, “ainda que de modo não expresso, os meios necessários para o seu efetivo cumprimento”.

De fato, segundo se depreende da simples leitura dos arts. 70 e 71 da Constituição, pessoas privadas, externas ao aparelho do estado, a depender das circunstâncias, podem estar inseridas na jurisdição do TCU. De acordo com o parágrafo único do art. 70, “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada” — e, portanto, integrante ou não do aparelho do estado — “que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária”, estão sujeitas ao controle do Tribunal. Por força desse dispositivo, não há dúvida, por exemplo, que organizações do Terceiro Setor que recebem repasses de recursos federais têm o dever de prestar contas a órgãos de controle (TCU incluso).

Mas o fato de pessoas não integrantes do estado, a depender das circunstâncias, estarem abarcadas pela jurisdição do TCU não quer dizer, necessariamente, que: i) pessoas contratadas pelo poder público estejam inseridas na jurisdição do Tribunal (eventual conclusão pela existência dessa competência teria de levar em conta o fato de que os recursos que particulares recebem a título de contraprestação não têm natureza pública); e ii) o TCU esteja, de modo automático, autorizado a desempenhar qualquer uma de suas competências em face de contratados pelo poder público.

Nem a Constituição nem a LOTCU estabeleceram que as competências do Tribunal (julgar contas, aplicar sanções, sustar atos etc.) incidem em bloco sobre jurisdicionados, de modo uniforme; as possibilidades de controle do TCU variam em

função do sujeito, das circunstâncias e do tipo de instrumento de controle manejado pelo Tribunal. Para aferir suas possibilidades de controle, portanto, é preciso atentar para o teor das normas e para as características dos casos concretos.

No que tange à competência do Tribunal para decretar a indisponibilidade de bens de responsáveis, a LOTCU, de modo expresso, circunscreveu a medida cautelar apenas a agentes públicos, pertencentes à máquina estatal. Por determinação do § 2º do art. 44, esse tipo de medida constritiva só pode ser aplicada pelo Tribunal “nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo”, ou seja, em relação a “responsável” que exerça “funções”, sob vigilância de “autoridade superior competente” (§ 1º do art. 44). Os dispositivos do RITCU repetem a redação da LOTCU. Nesse específico contexto, a expressão “responsável” assume sentido próprio.

Parece equivocado dizer que essa leitura da norma (segundo a qual a medida cautelar de indisponibilidade de bens só seria aplicável a agentes do estado) seja restritiva. Afinal, ela não limita algo que fora autorizado por lei (não se extrai do texto do art. 44 da LOTCU a autorização para que o Tribunal decrete a indisponibilidade de bens de contratados pela administração pública).

Também não parece correta a suposição do STF segundo a qual a LOTCU, ao restringir o manejo de cautelares de indisponibilidade de bens, teria inviabilizado o controle efetivo das contratações públicas pela Corte de Contas. O TCU tem amplo poder de investigação, podendo assinar prazo para a correção de ilegalidades, sustar atos, aplicar sanções, constituir débitos etc. E nos casos em que não está autorizado a praticar ele próprio atos de comando, tem a possibilidade de provocar outros agentes de controle (Ministério Público, Advocacia Geral da União, Judiciário etc.), inclusive para a adoção de medidas cautelares.

A impressão é que as decisões monocráticas do STF que sustentaram a viabilidade jurídica de o TCU adotar medidas desse tipo em face de contratados pela administração acabaram desconsiderando o texto da lei, presumindo que ela teria dito bem mais do que realmente disse, sob o argumento genérico de que “quem dá os fins, dá os meios”. O problema é que, fosse possível inferir competências contra a lei, não faria sentido que as normas, ao disporem sobre órgãos e entes, se preocupassem em detalhar as específicas circunstâncias em que as medidas tais e quais poderiam ser

tomadas. Regra desse tipo seria inócua, já que poderia ser ignorada pelo intérprete sempre que discordasse da lei.

A se admitir, contudo, que o TCU possa decretar a indisponibilidade de bens de contratados pela administração, é fundamental identificar os elementos que, presentes, dão ensejo à edição da medida constritiva de direitos. As ações do Tribunal têm de ser pautadas por critérios claros, pois arbitrariedades são vedadas pelo Direito brasileiro. Desse modo, a pergunta que precisa ser respondida é a seguinte: *o que o acórdão 874/2018 revela sobre os critérios do TCU para a decretação da indisponibilidade de bens de contratados?*

De acordo com o relator, “como qualquer medida cautelar, a indisponibilidade dos bens somente pode ser decretada se estiverem presentes os requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*”. Adicionalmente, sustentou ser necessário “que a prática [objeto de investigação] seja altamente reprovável, pois não seria plausível a aplicação de medida tão severa em qualquer tomada de contas especial que tramita nesta Corte”.

O curioso é que, para o TCU, o *periculum in mora* pode ser presumido, dispensando, inclusive, a demonstração de indícios concretos de dilapidação do patrimônio ou de qualquer outra ação tendente a inviabilizar o ressarcimento ao erário — esse entendimento encontraria respaldo em outros julgados do Tribunal (Acórdãos 1.601/2017 de 26 de julho de 2017, 2.428/2016 de 21 de setembro de 2016 e 224/2015 de 11 de fevereiro de 2015, todos do plenário). A presunção se daria a partir da “grandiosidade dos montantes estimados, ao lado da gravidade e da robustez dos indícios de comportamento ilícito dos possíveis responsáveis” — a ideia é ilustrada pelo relator por meio de excerto do voto da Ministra Rosa Weber, do STF, no MS 34.446/DF.

Para o TCU, seria impertinente, no caso, falar em *periculum in mora* reverso (risco de a adoção da medida de constrição de bens comprometer a saúde financeira da empresa e, conseqüentemente, prejudicar o ressarcimento de valores devidos no âmbito de investigações), pois a empresa, mesmo após a indisponibilidade de bens, continuaria apta a contratar com a administração — no ponto, o relator recordou a decisão do STF que impediu o TCU de decretar a inidoneidade de empresa no processo voltado à investigação do contrato de obras civis da usina termonuclear de Angra 3.

No que tange ao *fumus boni iuris*, este decorreria da gravidade das irregularidades e da reprovabilidade das condutas em apuração. O caráter preliminar dos achados da investigação foi reconhecido pelo próprio TCU, que determinou a instauração de tomada de contas especial para apurar o real valor do débito e individualizar condutas.

A partir dos fatos e dos argumentos utilizados pelo Tribunal para a tomada da medida cautelar no Acórdão 874/2018 – Plenário, seria possível extrair a seguinte *ratio decidendi* para a decretação da indisponibilidade de bens de contratados pela administração pública:

*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 premiaias 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.*

A regra que emerge do caso concreto é problemática. Fosse ela utilizada para pautar o comportamento futuro do Tribunal, é possível que em quase toda contratação pública sob investigação houvesse a decretação de indisponibilidade de bens da empresa contratada (suspeitas de irregularidades em contratos administrativos quase sempre são graves e com frequência envolvem montantes elevados). Na hipótese de a empresa ter firmado acordo de leniência, a única chance que parece ter de não ver seus bens declarados indisponíveis é acatando passivamente todas as demandas do Tribunal (a despeito do ambiente de insegurança jurídica e do risco de, ao atender às exigências do TCU, vir a descumprir acordos de leniência já firmados, ou em negociação).

O mais adequado, talvez, teria sido o Tribunal ter seguido as recomendações do MPTCU para o caso.

No parecer que acostou aos autos, o MPTCU afirmou que o momento do processo investigativo não seria o mais adequado para a decretação de indisponibilidade de bens. Isso porque ainda não haveria maturidade suficiente quanto à “quantificação do dano e identificação dos responsáveis”, sendo difícil assegurar, “com máxima precisão, o valor devido e a cadeia de responsabilização dos diferentes agentes envolvidos”. Para o MPTCU, “tais elementos encerram notável relevo para que se adote uma medida tão

severa e impactante como a de indisponibilidade de bens que ultrapassa a cifra de meio bilhão de reais, em valores atualizados”.

Na visão do MPTCU, o mais recomendável teria sido a “conversão [do processo] em tomada de contas especial, oportunizando-se à contratada e à Unidade Técnica a que se promova um melhor detalhamento dos débitos imputados, sobretudo elucidando as ponderações apresentadas pela contratada acerca da potencial inadequação de algumas premissas metodológicas utilizadas para balizar o *quantum* devido, a teor da defesa apresentada nestes autos”. Isso “sem prejuízo de que preliminarmente ao deslinde do mérito do julgamento das contas especiais a Unidade Técnica venha a provocar a jurisdição do Tribunal quanto à adoção da medida cautelar ora impugnada”.

À luz de indicativos de que empresas que firmaram acordos de leniência com o MPF estariam enfrentando dificuldades para cooperar com o TCU (em função da ausência de norma interna do Tribunal que traçasse parâmetros mínimos para cooperações), o MPTCU sugeriu ao Tribunal que, nos limites de sua competência, adotasse “postura cooperativa e proativa”, estudando a conveniência e oportunidade de editar norma para criar “ambiente negocial favorável à cooperação dos potenciais interessados, preliminarmente à aplicação de eventuais penalidades”.

É possível que a decisão do TCU de seguir adiante com a decretação de indisponibilidade de bens, a despeito do parecer do MPTCU, tenha tido algo a ver com o fato de que, na sua visão, a empresa parte do acordo de leniência não estaria colaborando “satisfatoriamente” com o Tribunal. Se esse tiver sido o caso, o TCU estaria manejando medida constrictiva de direitos para pressionar empresa sob investigação a acatar suas determinações.

Ações como essa são perigosas pois podem dar ensejo à responsabilização patrimonial do estado. É que, segundo o art. 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), incluído pela Lei 13.655/2018, 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.

#### ***D. Pode o TCU controlar opções político-estratégicas de estado? O caso do Seguro de Crédito à Exportação***

Teria o Poder Executivo discricionariedade para atribuir a certos países risco diverso daquele atribuído a esses mesmos países por organismos internacionais (calculado a partir de parâmetros mais consensuais), com o objetivo de ampliar o financiamento a exportações brasileiras? Em outras palavras, para fortalecer a presença do Brasil em países específicos, teria o Poder Executivo liberdade para tomar riscos mais elevados para garantir operações de crédito voltadas a estimular exportações brasileiras? Caso o Poder Executivo viesse a se comportar desse modo, haveria espaço para a responsabilização de gestores pelo TCU? Tal comportamento importaria (ou poderia importar) em dano ao erário?

Essas são dúvidas que emergem do Acórdão 1031/2018 – Plenário, de 9 de maio, relatado pelo ministro Augusto Sherman Cavalcanti, por meio do qual o TCU julgou processo de auditoria de conformidade<sup>227</sup> realizada em sete entidades e órgãos integrantes da administração pública federal direta e indireta.<sup>228</sup> O objetivo foi avaliar a adequação de procedimentos relacionados à concessão de financiamentos à exportação de serviços de engenharia.

Interessa ao presente artigo destacar as análises e conclusões do TCU acerca do Seguro de Crédito à Exportação (SCE). O tema tem frequentado o noticiário.<sup>229</sup>

O SCE, conforme dispõe a Lei 6.704/1979, é garantia dada pela União a exportações nacionais contra riscos comerciais (inadimplemento pelo importador), políticos (interferência de governos no recebimento da venda pelo exportador nacional) e extraordinários (catástrofes naturais). O seguro pode cobrir financiamento concedido por qualquer banco, público ou privado, brasileiro ou estrangeiro, a exportações

---

<sup>227</sup> Informações adicionais sobre as auditorias de conformidade no TCU podem ser obtidas neste link: <<https://portal.tcu.gov.br/controle-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-de-conformidade.htm>>.

<sup>228</sup> Nomeadamente: 1) Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. (ABGF); 2) Banco do Brasil S.A. (BB); 3) Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); 4) Câmara de Comércio Exterior da Presidência da República (CAMEX); 5) Comitê de Financiamento e Garantia das Exportações da Camex (COFIG); 6) Secretaria de assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda (SAIN/MF); e 7) Secretaria do Tesouro Nacional (STN).

<sup>229</sup> Ver, por exemplo: “Governo vai reformular seguro para exportações”, *O Estado de S. Paulo*, 13.11.2018. Link: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-vai-reformular-seguro-para-exportacoes,70002605628>.

brasileiras, sem restrições de bens ou serviços ou quanto ao país do importador. O objetivo último é aumentar a inserção de companhias brasileiras no mercado internacional.<sup>230</sup>

Na prática, como funciona o SCE?

Para se valer dessa modalidade de seguro, a operação tem de ser submetida à análise da Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. (ABGF).<sup>231</sup> Caso cumpra os requisitos, o pedido segue para aprovação pelo Comitê de Financiamento e Garantia das Exportações (COFIG). Em sendo aprovado, o Ministério da Fazenda emite o Certificado de Garantia de Cobertura (CGC).

Para garantir a cobertura do seguro, é preciso pagar um prêmio de risco (como nos seguros de automóveis), que é calculado em função do prazo da operação, da classificação de risco do devedor (que tem de honrar o pagamento do financiamento para aquisição de bens ou serviços) e dos mitigadores de risco (contragarantias).<sup>232</sup> Esses prêmios compõem a receita do Fundo de Garantia à Exportação (FGE),<sup>233</sup> o qual, por sua vez, confere lastro às operações de SCE.<sup>234</sup>

Caso aconteça algum evento que prejudique o contrato comercial ou financeiro (sinistro), o seguro pode ser acionado, permitindo ao exportador ou ao banco financiador uma redução de eventuais prejuízos da operação, de acordo com a porcentagem de cobertura.

Após analisar um conjunto de operações de SCE, a equipe de auditoria do TCU identificou problemas ligados à classificação de riscos para sua concessão.

---

<sup>230</sup> Informações colhidas do sítio eletrônico do Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/dezembro/entenda-como-funciona-o-seguro-de-credito-a-exportacao>.

<sup>231</sup> A ABGF assessora o Ministério da Fazenda a operar o SCE com amparo do FGE, sendo a porta de entrada para exportadores interessados.

<sup>232</sup> Informações colhidas do sítio eletrônico do Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/dezembro/entenda-como-funciona-o-seguro-de-credito-a-exportacao>.

<sup>233</sup> O FGE é fundo de natureza contábil, instituído pela Lei 9.818/1999. De acordo com o diploma, o patrimônio do fundo é constituído por ações do Banco do Brasil e da Telebrás; pela reversão de saldos não aplicados; por dividendos e remuneração de capital das ações; pelo resultado das aplicações financeiras dos recursos; pelas comissões decorrentes da prestação de garantia; e pelos recursos provenientes de dotação orçamentária do Orçamento Geral da União (arts. 2º e 3º).

<sup>234</sup> Sobre o tema, ver página do Ministério da Fazenda sobre o SCE: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/dezembro/entenda-como-funciona-o-seguro-de-credito-a-exportacao>.

Consta do relatório a seguinte premissa: “[o]s prêmios a serem pagos pelos países tomadores de crédito à exportação, para a obtenção do seguro ao financiamento, deveriam, a teor das notas técnicas aprovadas pela Camex [Câmara de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços] durante os exercícios de 2001 e 2002, seguir a classificação de risco adotada pela OCDE [Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico], que é padrão internacional, a qual é dividida em sete categorias em ordem crescente de risco, onde 1 seria o menor risco, implicando, portanto em pagamento de menor prêmio de seguro, e 7 o maior risco, implicando em pagamento de maior prêmio”.

Com base nela, concluiu que a Resolução Camex 44, de 23 de dezembro de 2003, teria estabelecido “uma exceção para precificação do prêmio do Seguro de Crédito à Exportação – SCE”. Referido diploma determinou que “[t]odas as operações financiadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e pelo Programa de Financiamento às Exportações – PROEX, cursadas através do Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos – CCR, a partir desta data, serão classificadas, para efeito de enquadramento e precificação no Seguro de Crédito à Exportação, na categoria de *risco 1*, observados os prazos de financiamento de cada operação” (art. 1º).

O Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos (CCR) a que alude a resolução foi firmado em 25 de agosto de 1982, no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração (Aladi), dele sendo signatários os bancos centrais dos países membros da Aladi — Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela (exceto Cuba) — e da República Dominicana.<sup>235</sup> Assim, por força da Resolução Camex 44/2003, operações financiadas pelo BNDES e PROEX envolvendo quaisquer desses países obrigatoriamente tinham de ser consideradas de baixo risco (risco 1) para fins de SCE, a despeito do risco atribuído a esses países por organismos internacionais.

Na avaliação da equipe de auditoria, essa decisão da Camex teria representado “uma redução na arrecadação de prêmios de SCE”. Isso porque “as operações de financiamento à exportação de serviços de engenharia cursadas no CCR foram efetuadas principalmente com países originalmente das classes de risco ‘5’, ‘6’ e ‘7’,

---

<sup>235</sup> Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/rex/ccr/resumo\\_ccr.asp](https://www.bcb.gov.br/rex/ccr/resumo_ccr.asp).

conforme os padrões da OCDE”. A estimativa é a de que “para 30 operações celebradas com países do CCR, concretizadas ou finalizadas”, teria havido “uma redução significativa na arrecadação em prêmios de SCE, da ordem de R\$ 735,72 milhões (redução de R\$ 834,82 milhões para R\$ 99,1 milhões), em relação aos valores que teriam sido pagos se observada a classificação original”.

Com a finalidade de analisar os fundamentos técnicos que balizaram a decisão da Camex, a equipe de auditoria “solicitou informações aos órgãos envolvidos sobre os necessários estudos técnicos”. As respostas, segundo relatos da unidade técnica, “não conseguiram demonstrar a existência de estudos que fundamentassem a referida exceção”.

A avaliação foi a de que o fato de a resolução ter sido fruto de uma “decisão de Estado” não seria suficiente “para dispensar a necessidade de estudos técnicos e/ou atuariais prévios que demonstrassem os impactos que poderiam advir para o FGE a médio e longo prazo, uma vez que os custos e riscos de uma ‘decisão de Estado’ também devem ser previamente avaliados”.

Assim, propôs a equipe de auditoria a apuração da “responsabilidade dos diversos agentes dos órgãos e entidades envolvidos com a matéria, a exemplo de Camex, Cofig, Sain/MF e SBCE, pela referida omissão”. Mas como a pretensão punitiva já estava prescrita, sugeriu que fossem “ouvidos os gestores subsequentes pela manutenção da decisão tomada por meio da Resolução Camex 44/2003 até 2015”.

O relator foi cauteloso ao analisar os fatos e achados do corpo técnico.

Reconheceu que “a situação, conforme descrita pela equipe de auditoria”, era “complexa em termos de responsabilização”. E, divergindo do corpo técnico, entendeu que “tal clareza de atribuição não pode ser estendida aos gestores e técnicos em momentos subsequentes”, pois não estaria claro “se caberia a eles rever, necessariamente, a norma então vigente”, tampouco o momento ou a periodicidade com que a norma deveria ser revista. Na sua avaliação, também não estaria claro “a quem deveria caber a iniciativa de tal revisão, se aos técnicos que procedem a estudos financeiros, se aos novos gestores, ou se à área operacional que aplicou repetidamente a resolução”. Eventual responsabilização exigiria a constatação de “algum evento externo ou algum alerta por parte de qualquer dos envolvidos sobre a inadequação da norma”.

No entanto, afirmou que não seria “razoável ou justificável” que uma norma “não adequadamente fundamentada, com indícios de ser prejudicial aos interesses nacionais”, permanecesse “vigente por 12 anos sem qualquer reavaliação, sem qualquer crítica, sem detecção de eventuais problemas”.

Em contradição com a premissa de seu voto, propôs que fosse “instaurado um processo apartado de representação” para analisar “a conveniência, razoabilidade e regularidade da questão de fundo, ou seja, a redução da classificação de risco dos países do CCR, com auxílio das disposições legais e regulamentares incidentes sobre a matéria, da doutrina e da jurisprudência desta corte e de outros tribunais”. Em se identificando “fundamentos de eventual responsabilização ainda não prescrita”, determinou que fossem “ouvidos em audiência os agentes responsáveis, após especificadas as respectivas condutas”.<sup>236</sup>

Por fim, ordenou análise para aferir se a suposta redução da arrecadação do FGE (decorrente da resolução da Camex) representaria, por si só, dano ao erário. Em caso de resposta positiva, determinou que fosse “analisada a possibilidade e oportunidade da conversão da referida representação em tomada de contas especial, em cujo âmbito seriam identificados os responsáveis, estimado o montante do eventual dano e descrita a metodologia adotada para tal estimativa”.

O caso é desafiador.

Parece seguro dizer que a decisão de atribuir risco diverso daquele calculado por organismos internacionais a certos países teve cunho político. O objetivo da Resolução Camex 44/2003 foi ampliar a presença do Brasil em países da América Latina, estreitando relações internacionais, por meio de estímulos a exportações brasileiras.

---

<sup>236</sup> Adicionalmente, o relator propôs acolher a proposta de encaminhamento constante do parágrafo 356 do relatório da unidade técnica. Veja-se o que consta desse parágrafo do relatório:

“356. Assim, entende-se necessário propor que seja atuado um processo apartado, com natureza de representação, a fim de que seja apurada a responsabilidade dos diversos dirigentes e gestores dos órgãos e entidades envolvidas com a matéria, a exemplo da Camex, Cofig, Sain/MF e SBCE, pela manutenção até 2015 da decisão tomada através da Resolução Camex 44/2003, sem que tenham sido, ao longo desse período, elaborados e apreciados estudos técnicos e/ou atuariais formais e detalhados sobre seus impactos, adequação, viabilidade, conveniência e oportunidade no que diz respeito à precificação das operações cursadas no CCR, em desalinho com (i) os princípios da moralidade e eficiência insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988; (ii) os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público e eficiência definidos no caput do art. 2º da Lei 9.784/1999; (iii) a orientação contida no §2º do art. 10 da Resolução 48/2007 do Senado Federal; e (iv) as diretrizes traçadas na Nota Técnica Atuarial da SBCE de 2001, aprovada pela Camex em sua Resolução sem número de 26/2/2002”.

Mas a decisão da Camex, em princípio, não parece ter violado o Direito. Colhe-se do ordenamento elementos que sugerem que o órgão tinha competência para tomar decisão com esse teor.

A Camex é órgão do Executivo federal (parte do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços) e dele fazem parte um conjunto de ministros de estado — pela redação atual do Decreto 4.732/2003, o Conselho de Ministros, órgão de deliberação superior e final, é composto pelo chefe da Casa Civil; da Indústria, Comércio Exterior e Serviços; das Relações Exteriores; da Fazenda; dos Transportes; Portos e Aviação Civil; Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; e chefe da Secretaria Geral da Presidência da República (art. 4º).

De acordo com o Decreto 4.732/2003, insere-se no rol de competências da Camex, por exemplo, “definir diretrizes e procedimentos relativos à implementação da política de comércio exterior visando à inserção competitiva do Brasil na economia internacional” (art. 2º, I) e “fixar diretrizes para a política de financiamento das exportações de bens e de serviços, bem como para a cobertura dos riscos de operações a prazo, inclusive as relativas ao seguro de crédito às exportações” (art. 2º, IX). Para tanto, o órgão pode editar normas (art. 4º, § 3º).

Ocorre que a resolução, independentemente de ter sido editada em conformidade com o Direito, pode ter trazido impactos ao erário. De um lado, ao permitir o pagamento de prêmios menores do que normalmente seriam pagos ao FGE quando da ocorrência de operações de SCE (se adotados os parâmetros da OCDE). De outro, ao ampliar a exposição do FGE a riscos políticos.

A dúvida, portanto, é saber se a Camex, um órgão político, com competência para fixar a política de financiamento das exportações de bens e serviços, tinha poderes para definir o interesse público a ser perseguido (fixando e mantendo, com base em critérios e avaliações suas, medida de estímulo ao crédito à exportação), ou se só poderia fazê-lo mediante demonstração de suas razões e da apresentação de estudos que provassem benefícios ao “interesse nacional”?

É comum, e mesmo normal, que, para fomentar certas atividades ou comportamentos tidos como de interesse público, haja dispêndio de recursos públicos — às vezes, até mesmo a fundo perdido. É o caso, por exemplo, do município que doa um

terreno a uma grande indústria para estimular a geração de empregos e renda e da desoneração tributária de nicho empresarial específico voltado à inovação. A própria Constituição vê com naturalidade o sacrifício de recursos públicos em prol de atividades de interesse público – por exemplo, ao conferir imunidade tributária a livros, jornais periódicos e papéis destinados a sua impressão (Constituição, art. 150, VI, “d”) ou ao viabilizar apoio financeiro do poder público à inovação (art. 213, § 2º).

Assim, não parece correto supor que o mero fato de atividades de fomento importarem em dispêndio de recursos públicos seja suficiente para caracterizar dano ao erário ou, então, para dar ensejo à responsabilização dos agentes públicos que decidiram instituir ou manter iniciativas de fomento estatal. Para isso seria preciso haver a demonstração, pelo Tribunal, de algo a mais (por exemplo, dolo).

O acórdão levanta um bom ponto: é importante que decisões, mesmo de cunho político, sejam motivadas. A motivação é princípio geral de Direito, constante inclusive da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 20). Mas apesar de a motivação ser positiva, nem sempre é obrigatória.

No caso, a decisão de instituir ou manter medida de fomento à exportação a certos países (com o intuito de estreitar relações com o Brasil) envolvia *opção político-estratégica* do estado. Esse tipo de decisão cabe ao Executivo, com exclusividade. E para tomá-la, não tem o dever de se justificar, pois foi eleito justamente para isso. Sua legitimidade decorre do mandato, do voto popular.

Ao solicitar o detalhamento das razões que justificaram a “redução de risco dos países do CCR”, o TCU pede que o Executivo preste contas de opção político-estratégica. Mas além de o Executivo não estar obrigado a fazê-lo, faltam ao TCU instrumentos adequados para o controle desse tipo de decisão estatal (e, por conseguinte, legitimidade para controlá-la).

Por exemplo, como poderia o Tribunal medir os impactos da resolução da Camex na qualidade das relações diplomáticas entre o Brasil e países da América Latina (ingrediente intrínseco à equação de custo-benefício dessa medida de estímulo ao SCE)?

A realidade é que opções político-estratégicas não estão sujeitas a controle pelo TCU. O fato de poderem gerar repercussões econômico-financeiras à União é insuficiente para atrair a jurisdição do Tribunal. Tentativas de controle desse tipo de

decisão podem conduzir a indevida transferência da discricionariedade do administrador para o controlador.<sup>237</sup>

### ***E. Há fundamento jurídico para o TCU controlar Procedimentos de Manifestação de Interesse?***

Por meio do Acórdão 1340/2018 – Plenário, relatado pelo ministro Walton Alencar Rodrigues, o TCU analisou representação formulada pelo MPTCU para apurar possível falta de transparência, superestimação de investimentos e inobservância de entendimento anterior do TCU em Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) lançados pelo Governo Federal para subsidiar a modelagem de concessões de aeroportos.

O relator, ao iniciar seu voto, recordou que a representação, após oitiva prévia, tivera seu provimento cautelar indeferido. Na ocasião, a Corte de Contas, por meio do Acórdão 273/2016 – Plenário, de 17 de fevereiro de 2016, havia determinado à SeinfraAeroTelecom, unidade técnica do TCU, que avaliasse se os parâmetros utilizados para o cálculo dos valores de ressarcimento pelos estudos e projetos dos aeródromos de Florianópolis/SC, Fortaleza/CE, Porto Alegre/RS e Salvador/BA estavam fundamentados em dados objetivos, vinculados aos respectivos custos de elaboração dos estudos selecionados, incluindo margem de lucro compatível com a natureza do serviço e com os riscos envolvidos e baseados em preços de mercado para serviços de porte e complexidade similares.

Após as diligências, o relator concluiu que os valores aprovados de ressarcimento estariam em patamar compatível com as referências. Assim, tendo sido cumpridas as determinações contidas no Acórdão 273/2016 – Plenário, e não havendo motivo para a retificação dos valores de ressarcimento pelos estudos e projetos aprovados para os aeródromos de Florianópolis/SC, Fortaleza/CE, Porto Alegre/RS e Salvador/BA, propôs o arquivamento dos autos.

---

<sup>237</sup> Para aprofundamento sobre o tema, ver: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 332-338. MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo. (Org.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 228-231. ROSILHO, André. *Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União*. *op. cit.* p. 343-346.

Pelo Acórdão 1340/2018, o plenário, alinhando-se à proposta do relator, considerou cumpridas as determinações veiculadas no Acórdão 273/2016 e determinou o arquivamento dos autos.

PMIs são procedimentos de consulta ao mercado, prévios à licitação de concessões. Portanto, não se confundem com a licitação, tampouco com a própria concessão. Servem para elaborar estudos que, no futuro, poderão, eventualmente, subsidiar a licitação de concessões.<sup>238</sup>

Vale notar que o poder público não tem o dever de utilizar os estudos elaborados em PMI em eventual e futura licitação. Também é importante observar que, caso o poder público opte por utilizar estudos elaborados em PMI para modelar edital de licitação, quem remunerará o autor (ou os autores) do estudo não será o poder público, mas a concessionária (art. 20 da Lei 8.987/1995).

Se do PMI em si considerado não decorre dispêndio de recurso público, qual seria o fundamento jurídico para o controle desse tipo de procedimento pelo TCU?

É questionável a jurisdição do TCU em PMI. Cabe ao TCU zelar pelo erário, isto é, pelos recursos federais. É por isso, inclusive, que sua jurisdição, como regra, se estende a todos que de algum modo administram dinheiros, bens ou valores públicos (Constituição, art. 70, parágrafo único). Mas ao TCU não compete tutelar o interesse público de um modo geral, amplo. Esse papel é reservado pela Constituição ao Judiciário (art. 5º, XXXV), que, no Brasil, também é competente para decidir causas que envolvam o estado.<sup>239</sup>

Poder-se-ia argumentar que os critérios de ressarcimento de estudos de PMI, no limite, podem onerar indiretamente os cofres públicos – na hipótese de o poder público decidir licitar a concessão com base nos estudos produzidos em PMI –, reduzindo valores eventualmente pagos por outorgas ou encarecendo a prestação do serviço.

---

<sup>238</sup> Para uma análise acerca da natureza e funcionamento das PMIs, ver: SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. A estruturação das concessões por meio de parceria com particulares autorizados (art. 21 da Lei 8.987/1995). *Revista de Direito Administrativo*, v. 275, p. 41-66, 2017. Sobre o tema, ver também: MONTEIRO, Vera. Contratação de serviço de consultoria para a estruturação de projeto de infraestrutura: Qual o melhor caminho? e REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: Três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projeto. Ambos em: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coord.). *Parcerias público-privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>239</sup> A França é exemplo de país com jurisdição dúplice. Nesse país, de modo diverso do Brasil, causas que envolvam a administração pública são decididas pela justiça administrativa, e não pelo Judiciário.

É verdade que o reembolso do custo de elaboração de estudos pode impactar o pagamento de outorgas pelo licitante vencedor. Mas o impacto provavelmente será pequeno, haja vista que projetos de concessão costumam envolver valores muito elevados (é, inclusive, o que reconheceu o relator no Acórdão 1340/2018 – Plenário). E, no que tange ao argumento da oneração do serviço, eventual custo adicional da concessionária com ressarcimentos seriam repassados aos usuários, e não ao erário (a administração só poderia ser impactada com repasses desse tipo em parcerias público-privada, nas quais ao menos parte da remuneração da concessionária advém de patrocínio público).

Além de o controle pelo TCU parecer impróprio no âmbito de PMIs, pelo fato de ser implausível a possibilidade de dano ao erário, não há norma jurídica que o autorize a interferir em contratações antes de publicado edital de licitação (art. 113 da Lei 8.666/1993).<sup>240</sup> A máxima de que “prevenir é melhor do que remediar” não é suficiente para justificar que o TCU possa agir do modo que lhe convier, no tempo que lhe parecer adequado

#### ***F. Pode o TCU declarar indisponíveis bens de empresas em recuperação judicial?***

A declaração de indisponibilidade de bens é tipo de medida cautelar constritiva de direitos que o Tribunal está autorizado a aplicar. Sua razão de ser é garantir a preservação das condições materiais necessárias ao ressarcimento de algum débito em apuração. É prevista pelo § 2º do art. 44 da lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU – LOTCU) e disciplinada pelo art. 274 do Regimento Interno de TCU (RITCU). Como apontado pelo *Observatório do TCU* em textos anteriores, a legislação, ao conferir essa atribuição ao Tribunal, não lhe autorizou a utilizá-la de modo indiscriminado. Seu uso foi circunscrito a situações e sujeitos específicos.

O art. 44, *caput*, da LOTCU previu que, “[n]o início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou

---

<sup>240</sup> Sobre o tema, ver: JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? *op. cit.* p. 215-221.

dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento”. O § 1º do art. 44, por sua vez, falou em responsabilidade solidária da “autoridade superior competente que, no prazo determinado pelo Tribunal, deixar de atender à determinação prevista no *caput* deste artigo [afastamento temporário do responsável]”.

A possibilidade de decretar a indisponibilidade de bens está consignada no § 2º do art. 44, o qual, de modo expresso, previu que essa medida constritiva teria de ser aplicada “nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo”. Ou seja, só pode ser manejada em face de “responsável” que exerça “funções”, sob vigilância de “autoridade superior competente”, em havendo constatação de risco de “retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar seu ressarcimento”.

Nesse específico contexto, a expressão “responsável” assume sentido próprio. Diferentemente do que tem entendido o TCU, refere-se apenas a agentes públicos — sujeitos integrantes do aparelho estatal ou sujeitos particulares externos ao estado que atuam como delegados responsáveis pelo exercício da função de gerir recursos públicos. O texto não autorizou o uso dessa medida constritiva de direitos em face de simples contratados da administração (fornecedores de bens ou serviços).<sup>241</sup> Estes não desempenham função pública alguma; não gerem recursos públicos.

O acórdão 1.639, julgado pelo plenário do TCU em julho de 2018, contém elementos que ajudam a pôr em evidência problemas práticos decorrentes de interpretação ampliativa da competência do Tribunal em questão.

---

<sup>241</sup> No STF, a possibilidade de o TCU declarar a indisponibilidade de bens de contratados representa questão controversa. No âmbito de decisões monocráticas, alguns ministros têm admitido a possibilidade de o TCU declarar a indisponibilidade de bens de contratados. A posição adotada no MS 33.092 (rel. min. Gilmar Mendes, j. 24.03.2015), por exemplo, é no seguinte sentido: “a decretação cautelar da indisponibilidade dos bens dos administradores envolvidos, (...), mostra-se cabível e até mesmo recomendável na hipótese em exame, ante o risco de frustração da utilidade do processo administrativo em curso na Corte de Contas”. Em sentido contrário, em outras decisões também monocráticas, a possibilidade de o TCU declarar a indisponibilidade de bens de contratados tem sido negada – ver, por exemplo, os MSs 34.357 (rel. min. Marco Aurélio, j. 31.08.2016) e 34.392 (rel. min. Marco Aurélio, j. 09.09.2016). Em sua decisão no MS 34.357, o min. Marco Aurélio, comentando o art. 44 da LOTCU, destacou que “[o] dispositivo está voltado à disciplina da atuação do responsável pelo contrato, servidor público, não abrangendo o particular. O exame da Lei nº 8.443/1992 respalda o entendimento. O preceito encontra-se na Seção IV, a qual regula a fiscalização de atos e contratos dos quais resulte receita ou despesa, realizados pelos “responsáveis sujeitos à sua jurisdição”. A lei direciona a servidor público, não a particular”.

O caso envolvia reanálise do conteúdo da decisão que o TCU proferira no acórdão 632/2017 – plenário. Na ocasião, o Tribunal, ante indícios de irregularidades em obras do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro (Comperj), havia determinado a indisponibilidade de bens de um conjunto de empresas contratadas, no valor total de R\$ 544 milhões.

A reanálise foi motivada por decisão proferida pelo STF no âmbito do Mandado de Segurança 34.793 (rel. min. Edson Fachin, j. 29.06.2017), interposto por Alumini Engenharia S.A., uma das empresas atingidas pela indisponibilidade. O min. Fachin, relator da ação, decidiu que, tendo em vista que a empresa se encontrava em recuperação judicial, não caberia ao TCU impor medidas constritivas de patrimônio à impetrante. Tal providência só poderia ser imposta pelo juízo da vara de falências.<sup>242</sup>

Provocada a se manifestar, a unidade técnica do TCU identificou que outras duas empresas envolvidas na investigação de irregularidades em obras do Comperj também se encontravam em situação jurídica similar à da Alumini Engenharia S.A. Assim, conforme o relator, “[c]om o fito de se antecipar a eventuais demandas das outras contratadas, o auditor responsável pela instrução do feito lavrou proposta para estender o cancelamento da indisponibilidade para as empresas Galvão Engenharia S/A e Iesa Óleo & Gás S/A, também em recuperação judicial”. A medida “se basearia no aproveitamento de situação peculiar concedida a uma parte para as outras partes envolvidas, já que a motivação demandada guarda similitude de requisitos e propósito”. Com base nessas razões, propôs a unidade técnica “o levantamento das cautelares impostas por decisão deste TCU às outras duas empresas” e “a solicitação formal à Advocacia-Geral da União (AGU) para que esta formule pedido de constrição patrimonial ao juízo falimentar competente”.

Dirigentes da SeinfraPetróleo aproveitaram o tema em discussão para formular proposta adicional aos ministros do TCU: determinar que medidas cautelares de indisponibilidade de bens incidissem “sobre o patrimônio de cada empresa na proporção

---

<sup>242</sup> Confira-se a conclusão do min. Fachin no referido MS: “Assim, concedo parcialmente a medida liminar pleiteada, suspendendo em parte a eficácia do ato coator atacado (Acórdão nº 632/2017), para determinar ao Tribunal de Contas da União que, pretendendo efetivar a medida cautelar de indisponibilidade de bens em face da Impetrante, requirite à Advocacia-Geral da União que formule o pedido perante a 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo, competente para apreciar medidas de constrição patrimonial contra a empresa Alumini Engenharia S/A – em recuperação judicial”.

da participação dessas pessoas no ambiente contratual, quando se considera a execução da obra sob a formação de consórcios”. A preocupação era a de que “imputar o valor integral aos responsáveis nos casos de decretação de indisponibilidade de bens” poderia “acarretar excesso de cautela, uma vez que, a depender do número de solidários, a reserva individual do valor da integralidade do dano pode multiplicar de forma exponencial o valor acautelado, como no caso do Acórdão 1.083/2017-TCU-Plenário, em que o montante indisponibilizado pode alcançar dezessete vezes o valor dos danos em apuração”.

Em voto seguido pelos demais ministros do TCU, o relator, em face da decisão do STF, reconheceu a suspensão da eficácia da indisponibilidade de bens da empresa Alumini Engenharia S/A. Anotou, ainda, que a medida constritiva também teria perdido eficácia em relação à Galvão Engenharia S/A — isso porque o STF, em julgado mais recente, decidira que, pelo fato de a companhia estar em recuperação judicial, só a vara de falências poderia decretar o bloqueio de seus bens (MS 35.158, rel. min. Edson Fachin, j. 26.10.2017).<sup>243</sup> Diante da relevância dos valores envolvidos, solicitou à AGU que adotasse “as medidas judiciais cabíveis para assegurar, no âmbito dos respectivos juízos de recuperação judicial e falências, a indisponibilidade de bens bastante para garantir o integral ressarcimento do débito apurado nos autos”.

No entanto, decidiu não acolher a proposta da unidade técnica de revogar a indisponibilidade de bens da terceira empresa objeto de investigação que estava em recuperação judicial (Iesa Óleo & Gás S/A). Segundo o relator, as decisões liminares proferidas pelo STF em mandado de segurança individual não imporiam “a aplicação automática dos efeitos das liminares deferidas para outras partes não integrantes dos *writs*, já que, em regra, o referido remédio constitucional produz efeitos *inter partes*”.

Quanto à proposta dos dirigentes da SeinfraPetróleo, optou por não a acolher. Esclareceu que o tema seria objeto de discussão em grupo de trabalho voltado “a conferir maior efetividade às medidas acautelatórias de indisponibilidade de bens no âmbito do TCU”.

---

<sup>243</sup> É nesse sentido a conclusão do MS 35.158: “[a]ssim, concedo parcialmente a medida liminar pleiteada, suspendendo em parte a eficácia do ato coator atacado (Acórdão nº 632/2017), para determinar ao Tribunal de Contas da União que, pretendendo efetivar a medida cautelar de indisponibilidade de bens em face da Impetrante, requirite à Advocacia-Geral da União que formule o pedido perante a 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, competente para apreciar medidas de constrição patrimonial contra a empresa Galvão Engenharia S/A – em recuperação judicial”.

Ao menos dois aspectos merecem ser destacados na decisão do Tribunal.

O primeiro é que, ao se admitir que o Tribunal possa decretar a indisponibilidade de bens de contratados, aumenta-se a possibilidade de instâncias de controle distintas (TCU e Judiciário) atuarem de modo sobreposto ou concorrente. E na hipótese de o contratado estar em recuperação judicial, tal sobreposição traz o risco de o TCU acabar prejudicando, ou mesmo inviabilizando, o mecanismo legal de proteção a empresas em dificuldades.

A recuperação judicial foi desenhada pela lei 11.101/2005 (Lei de Falências) para “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (art. 47). Trata-se de instrumento voltado à consecução não só de interesses individuais da empresa ou do empresário, mas também da coletividade como um todo (haja vista que a empresa gera riquezas e empregos e cumpre função social).

Para viabilizar a recuperação de empresas em dificuldade, a Lei de Falências diz que o devedor deverá apresentar um plano de recuperação judicial (art. 53), que tem de ser aprovado por assembleia-geral de credores (art. 35, I, “a”) e por um juiz de direito (art. 3º). As atividades do credor e o cumprimento do plano de recuperação judicial são fiscalizados pelo administrador judicial (art. 22, II, “a”). E, segundo a lei, constituem meios de recuperação judicial, por exemplo, trespasse de estabelecimento, dação em pagamento, venda parcial de bens etc. (art. 50).

A premissa do diploma parece ter sido a de que a superação das dificuldades da empresa passaria pela organização de suas pendências financeiras e pela criação de mecanismo voltado a coordenar estratégias para resolvê-las. Daí a centralização do controle das dívidas e do plano para sua quitação nas figuras do juiz e do administrador judicial.

A possibilidade de o TCU, de modo independente do Judiciário, vir a decretar a indisponibilidade de bens de empresa em recuperação judicial pode acabar minando a eficácia desse instrumento jurídico. Afinal, com a indisponibilidade, alguns dos meios legalmente admitidos para se recuperar a saúde financeira da empresa, como a alienação parcial de bens, não poderiam ser manejados. No limite, a medida constritiva poderia

desorganizar o plano de recuperação judicial a ponto de levar a empresa, já em dificuldade, à falência — algo que o diploma claramente pretendeu evitar.

O segundo aspecto a ser destacado na decisão consiste no fato de que o Tribunal, ao reavaliar decisão anterior, considerou adequado e normal conferir tratamento distinto a pessoas em situação jurídica idêntica.

De fato, das três empresas em recuperação judicial, apenas duas tinham sido diretamente beneficiadas por mandados de segurança individuais julgados pelo STF (ações com efeitos apenas *inter partes*). Assim, do ponto de vista formal, não parece que o TCU tinha o dever de revogar a indisponibilidade em relação à terceira empresa em recuperação judicial. Ocorre que apesar de os mandados de segurança produzirem efeitos apenas *inter partes*, é fato que o STF, ao julgá-los, deixou expressa a incompetência do TCU para decretar a indisponibilidade de bens de empresas contratadas em recuperação judicial. Nessas circunstâncias, era razoável dizer que a Corte de Contas não poderia editar atos dessa natureza. Tanto é que a própria unidade técnica propôs tratamento uniforme a todas as empresas que estivessem em situação jurídica semelhante.

É compreensível a defesa da ampliação do campo de atuação do TCU. Busca-se, com isso, aumentar os controles sobre o mundo público e, por conseguinte, reduzir os espaços para a ocorrência de ilegalidades e desvios de um modo geral. Contudo, além de essa estratégia produzir resultados questionáveis,<sup>244</sup> envolve custos, nem sempre aparentes. Como o acórdão revela, produz insegurança jurídica.

---

<sup>244</sup> A doutrina não é pacífica quanto aos efeitos da multiplicação dos controles como estratégia de combate à corrupção. Nesse sentido, defendendo os benefícios da “multiplicidade institucional” no âmbito do combate à corrupção, Lindsey Carson e Mariana Mota Prado concluem que “[c]orruption is a complex, secretive activity and therefore presents unique challenges to accountability institutions. As such, functional overlap may be the best mechanism to ensure that corruption, whether entrenched or opportunistic, is ultimately exposed and sanctioned. Institutional multiplicity could reduce the risk of failures in each step of the corruption accountability process, increase the resources available and/or enhance institutional performance” (ver Carson, Lindsey D.; Prado, Mariana Mota. Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 52, pp. 56-65, 2016. p. 63). Em sentido contrário, Floriano Marques Neto, comentando a questão da multiplicidade de instâncias de controle no Brasil, sustenta que “[n]em sempre, no entanto, a multiplicidade de controles gera eficiência, podendo mesmo, se exercido de maneira randômica e sobreposta, constituir entrave ao bom funcionamento da máquina estatal” (ver Marques Neto, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: Modesto, Paulo. (Coord.) Nova organização administrativa brasileira. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010. p. 230).

Não é por acaso que a legislação reservou ao Judiciário a competência para editar medidas constritivas do patrimônio de particulares contratados pela administração. O TCU é órgão de controle cuja atuação é voltada à preservação de interesses públicos específicos (em geral, conectados à proteção do erário federal). Seu olhar para a realidade é de certo modo limitado. O Judiciário, por sua vez, tem atuação mais ampla. É o garante do interesse público como um todo. Seu olhar para a realidade é mais diversificado, plural. É vocacionado a identificar interesses públicos diversos e potencialmente conflitantes e a ponderá-los caso a caso.

A ampliação das possibilidades de intervenção direta do TCU para além dos limites fixados pelo ordenamento jurídico pode levar à desorganização do sistema de controle criado pela legislação.

#### ***G. Pode o TCU aplicar multas a particulares?***

Por meio do acórdão 1.874, julgado em março de 2018 pelo plenário, o TCU analisou auditoria realizada em dois contratos de repasse firmados entre a União e o Município de Guarantã do Norte, Mato Grosso. Referidos contratos tinham por objeto a realização de obras de pavimentação asfáltica com drenagem de águas pluviais e a implantação de pavimentação em vias públicas urbanas no município.

A equipe de auditoria identificou que a distância média de transporte de material de base e sub-base seria superior à necessária em ambos os contratos de repasse (utilização de jazida mais distante, havendo outras mais próximas); e que os projetos não teriam previsto serviços de terraplenagem e regularização do solo, essenciais à execução do calçamento nas obras pactuadas nos referidos contratos.

Em razão desses achados, o engenheiro contratado como projetista – e, posteriormente, como fiscal da obra – foi convocado para apresentar suas razões.

Apresentadas as defesas, a unidade técnica sugeriu, dentre outras medidas, que fosse determinado ao município a adoção de medidas administrativas apropriadas para apurar, ou mesmo elidir, o valor do prejuízo efetivamente ocasionado na execução do contrato de repasse, bem como fosse aplicada multa ao engenheiro pelas supostas falhas (com fundamento no art. 58, III, da LOTCU).

Ao analisar o caso, o relator discordou da proposta de aplicação de multa prevista no art. 58 da LOTCU ao engenheiro contratado como fiscal da obra. Por conseguinte, determinou sua exclusão da relação processual. Para o relator, não haveria que se falar em ato de gestão que pudesse ser apenado pelo TCU, pois o engenheiro fora contratado pela prefeitura. A multa prevista no art. 58, III, da LOTCU seria aplicável apenas a gestores públicos.

O relator parece ter razão. É o que se depreende do art. 71, VIII, c/c o art. 70, parágrafo único, da Constituição. De acordo com os dispositivos, poderão ser sancionados pelo TCU mediante a constatação de despesas ilegais ou declaração de irregularidade de contas: (1) todo aquele (pessoa física ou jurídica, pública ou privada e – diga-se – integrante ou não do aparelho estatal) que de alguma maneira gerencie (em sentido amplo) dinheiros, bens ou valores da União (recursos públicos, portanto); (2) todas as pessoas que gerenciem (em sentido amplo) recursos, mesmo privados, pelos quais a União responda; e (3) todos aqueles que assumam obrigações de natureza pecuniária em nome da União.

Em função da abrangência do texto constitucional, tanto “responsáveis” integrantes da Administração Pública direta e indireta como “responsáveis” externos à estrutura do estado poderão ser sancionados pelo TCU. Nessa última categoria de “responsáveis” estaria inserida, por exemplo, entidade do Terceiro Setor que recebesse repasse de recursos federais por convênio ou por outro instrumento congêneres. Contudo, o enquadramento de agentes privados *contratados* pela administração pública no conceito de “responsáveis” do art. 70, parágrafo único, da Constituição não é simples.

Como já abordado no presente relatório, agentes privados contratados não recebem, por delegação, a função de gerir recursos públicos. Ademais, recursos recebidos por particulares a título de contraprestação, apesar de serem públicos em sua origem, têm natureza *privada*, eliminando, assim, a possibilidade de enquadramento de contratados na primeira parte do parágrafo único do art. 70 da Constituição (que alude a gestores, em sentido amplo, de dinheiros, bens ou valores públicos federais). Seria estranho imaginar que recursos transferidos pelo estado a particulares em decorrência de

vínculo contratual permanecessem atemporalmente públicos pelo simples fato de terem advindo de ente público.<sup>245</sup>

O fato de texto constitucional ter restringido a possibilidade de o TCU sancionar entes privados que possuam vínculo contratual com o estado não quer dizer que esteja impedido de fiscalizá-los. Afinal, o TCU poderia, para além de fiscalizar os processos de contratação (licitação, contratação direta etc.), valer-se de instrumentos de controle inseridos na sua jurisdição indireta (na qual não praticam atos impositivos), a exemplo da representação (art. 71, XI).

#### ***H. Pode o TCU desconsiderar a personalidade jurídica de empresas?***

Em 29 de agosto de 2018, o TCU julgou o Acórdão 2018/2018 – Plenário (rel. Min. Aroldo Cedraz), por meio do qual se manifestou sobre tomada de contas especial instaurada pelo Ministério da Integração Nacional contra ex-prefeitos, em razão de omissão no dever de prestar contas relativas a convênio celebrado com município para a “construção e recuperação de açudes”.

O relatório de tomada de contas especial concluiu pela existência de dano ao erário, sob a responsabilidade dos ex-prefeitos, e que sociedade de fachada fora beneficiária de pagamentos realizados com recursos transferidos pela União ao Município por meio do convênio (fato que teria sido comprovado por operações policiais e corroborado por sócio da empresa).

À luz do exposto, decidiu o TCU, entre outras medidas, desconsiderar a personalidade jurídica da empresa. A decisão foi fundamentada no art. 50 do Código Civil e se escorou em proposta de encaminhamento da área técnica do Tribunal e em parecer do Ministério Público junto ao TCU.

A dúvida que se põe é: mesmo havendo indícios consistentes de abuso da personalidade jurídica, teria o TCU competência para, ele próprio, desconsiderar a personalidade jurídica de empresa, atingindo o patrimônio de seus sócios? Essa é a redação do art. 50 do Código Civil: “Em caso de abuso da personalidade jurídica,

---

<sup>245</sup> Na avaliação do Ministro do STF Marco Aurélio Mello (voto vencido) o art. 71 da Constituição não teria dado ao TCU a atribuição de aplicar sanções a particulares contratados pelo Estado, pois: “Quando se contrata e se tem a contraprestação, quer o serviço, quer o produto, não se ‘arrecada dinheiro público’” (MS 30.788, rel. para o acórdão min. Roberto Barroso, j. 21.05.2015).

caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, *pode o juiz decidir*, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no *processo*, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

A legislação impõe dois requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica. O primeiro é de ordem material e envolve o motivo justificador da medida: para que a desconsideração ocorra é necessário que reste caracterizado “abuso da personalidade jurídica”, a ser consubstanciado “pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial”. O outro requisito é de ordem formal: a medida depende de processo judicial, isto é, só pode ser decretada pelo Poder Judiciário.

Disso decorre que mesmo havendo motivo justificador da medida (prova cabal de uso indevido da personalidade jurídica), não poderia o TCU desconsiderar, ele próprio, a personalidade jurídica de empresa. O TCU não recebeu atribuição constitucional ou legal para fazê-lo.

O Código de Processo Civil, inclusive, disciplina em procedimento específico a maneira de se promover, pela via judicial, a desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 e seguintes). Trata-se de medida que demanda contraditório e ampla defesa, sendo vedada a decretação de ofício, mesmo pelo Judiciário.

O TCU é um órgão concebido para atuar no controle externo da administração pública e de seus agentes públicos. Sua expertise está na análise das finanças públicas, da economicidade das ações estatais, bem como de legalidade e da legitimidade dos atos administrativos envoltos nessa seara. A apuração dos deveres e das atuações de acionistas e administradores de empresas privadas desborda do cerne de atuação de seus técnicos. A caracterização de fraude ou de abuso no uso da personalidade jurídica é assunto alheio ao campo de atuação dos Tribunais de Contas.

Em suma: a desconsideração da personalidade jurídica depende de processo judicial, no qual seja garantido prévio contraditório, conforme exigido no Código Civil (art. 150) e no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137); o TCU não dispõe de competência constitucional ou legal para adotar preventivamente a medida.

Não obstante, diante de indícios de irregularidades, o TCU pode obter a desconsideração da personalidade jurídica por meio de sua competência para representar (art. 71, XI, da Constituição), acionando o Poder Judiciário. Esse parece ser o caminho

desenhado pelo ordenamento jurídico. Seu desrespeito pode ocasionar uma sobreposição de atribuições institucionais, que tende a aumentar a insegurança jurídica tanto para controlados como para controladores.

---

**[ESTA É UMA VERSÃO PRELIMINAR DO BALANÇO CRÍTICO DA ATUAÇÃO DO TCU NO ANO DE 2018. POR FAVOR, NÃO CITAR]**