

GRUPO PÚBLICO

Observatório do TCU

Julgamentos de julho e agosto de 2018

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	2
2. O TCU E A GESTÃO PÚBLICA.....	2
A. Regulando com base em presunções: o TCU e a adesão à ata de registro de preços	2
3. TCU E REGULADORES EM PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO.....	15
A. Pode o TCU interferir na regulação a partir de juízo de mérito?.....	15
4. TCU E SUA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA	22
A. Considerando a multiplicidade de controladores, o que seria uma atividade sancionatória <i>eficiente</i> ?.....	22
5. TCU E OS LIMITES DE SUAS COMPETÊNCIAS.....	28
A. Pode o TCU declarar indisponíveis bens de empresas em recuperação judicial? ...	28
B. Pode o TCU aplicar multa a particulares?.....	36

1. INTRODUÇÃO¹

Em continuidade aos trabalhos do *Observatório do TCU*, o presente artigo reúne análises de relevantes decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União – TCU ao longo dos meses de julho e agosto.

A primeira parte do artigo utiliza decisão do TCU versando sobre a questão da adesão à ata de registro de preços para mostrar como, por vezes, o Tribunal parece regular o funcionamento da administração com base em presunções. A segunda parte traz julgado da Corte de Contas no qual o órgão teve por intuito influir na regulação estatal a partir de juízo de mérito, apontando os problemas decorrentes de tal atuação. A terceira parte analisa decisão do Tribunal acerca dos acordos de colaboração (acordo de leniência e delação premiada) para entender o que seria uma atividade sancionatória *eficiente* diante da multiplicidade de controladores. Por fim, a quarta parte contém duas seções que exploram os limites da jurisdição do TCU, sendo que a primeira analisa se o Tribunal pode declarar indisponíveis bens de empresas em recuperação judicial e a segunda se a Corte pode aplicar multas a particulares.

2. O TCU E A GESTÃO PÚBLICA

A. 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

¹ Participaram da elaboração do artigo: André Braga; André Rosilho; Conrado Tristão; Daniel Bogéa; Gilberto Gomes; Gustavo Maia Pereira; Pedro Lustosa; Vitória Damasceno; e Yasser Gabriel.

(“órgão gerenciador”). Ao disciplinar o tema, o decreto 3.931 foi bastante singelo e impôs poucas exigências para a validade da carona.²

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.

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

² 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*).

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 quíntuplo 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,³ um sentido possível para o princípio da 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.

³ 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.

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.⁴

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 denominam de

⁴ 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.

“negligência das probabilidades” na tomada de decisões.⁵ 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”.⁶

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.”⁷

⁵ SUNSTEIN, Cass. Beyond the precautionary principle. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 151, n. 3, p. 1003-1058, 2003.

⁶ Acórdão 1.487/2007.

⁷ *Idem*.

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 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.”⁸

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.

⁸ Acórdão 2.692/2012.

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’.”⁹

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.

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:

⁹ *Idem.*

“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.”¹⁰

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.¹¹ 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 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?

¹⁰ Acórdão 757/2015.

¹¹ 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 de 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”.

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,¹² 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

¹² 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”.¹³

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

¹³ 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”.

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 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.¹⁴ 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.

¹⁴ 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.

3. TCU E REGULADORES EM PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO

A. Pode o TCU interferir na regulação a partir de juízo de mérito?

Nas decisões do TCU, é frequente a assertiva de que o Tribunal é deferente às escolhas regulatórias da administração. Tal postura, em princípio, parece ir ao encontro do argumento doutrinário de que a deferência é um *standard* básico para a atuação do órgão de controle externo em relação às atividades finalísticas das agências reguladoras.¹⁵

Contudo, em certas oportunidades, a Corte de Contas demonstra atuação que não se coaduna com a autodeclarada postura, revelando um TCU *não deferente*. É o caso, por exemplo, do acórdão 1.704, julgado em julho de 2018 pelo plenário, no qual o Tribunal determinou à Antaq a correção de norma editada pela agência e aplicou multa a diretores e ex-diretores.

No caso, o TCU analisou a Resolução Antaq 2.389/2012, que dispõe sobre a possibilidade de operadores (terminais) portuários cobrarem a THC2¹⁶ dos recintos alfandegados (terminais retroportuários) pelos serviços de segregação de contêineres, nas operações de importação.

O TCU reconhece, no acórdão, que se trata de tema bastante controvertido no setor portuário,¹⁷ noticiando a existência de decisões judiciais em sentidos diferentes e de posições divergentes no âmbito da agência ao longo da última década.

¹⁵ Nesse sentido, ver, por exemplo, 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.

¹⁶ Os terminais portuários fazem jus ao recolhimento da *Terminal Handling Charge* (THC), que é um preço cobrado em função dos serviços de movimentação horizontal de contêineres. Já a THC2 constitui uma denominação extraoficial de uma taxa adicional exigida por esses terminais para efetuar a segregação e a liberação de contêineres destinados a recintos alfandegados independentes, nas operações de importação. A THC2, cujo início da cobrança remonta a momento anterior às concessões de arrendamento portuário para empresas privadas, tem sido questionada nas relações entre os terminais arrendados e os recintos alfandegados. Argumenta-se basicamente, contra a cobrança, que os serviços de segregação e de liberação de contêineres não representam custos adicionais ou que tais custos estariam abarcados pela THC.

¹⁷ No relatório de fiscalização, há informação de que a contenda tem se estabelecido pelo menos nos portos de Salvador/BA e de Santos/SP desde 2002. O debate vem ocorrendo em múltiplas esferas de competência, contando-se com decisões favoráveis e contrárias à pertinência da taxa. Há questionamentos nos âmbitos

A controvérsia pode ser sintetizada a partir de uma distinção conceitual, que diz respeito à definição dos serviços que seriam, de fato, incluídos na cesta de serviços, ou *Box Rate*, e aqueles que seriam realizados à parte pelos terminais portuários, merecendo remuneração própria. Nesse sentido, a questão jurídica fundamental reside na dúvida sobre o que exatamente é remunerado pela THC: (i) se toda a movimentação da carga, inclusive a segregação e entrega a terminais retroportuários (hipótese em que não faria sentido a cobrança da chamada THC2); (ii) ou se apenas a retirada da embarcação e o empilhamento no terminal (havendo, assim, um serviço adicional não remunerado pela THC).

Ao regular a matéria, a Antaq reconheceu expressamente que os serviços de segregação e entrega a terminais retroportuários, por ocasião da importação, não são remunerados pela THC, autorizando sua cobrança à parte. A agência optou por deixar que o valor da tarifa seja definido por livre negociação entre os agentes de mercado envolvidos (no caso os terminais portuários e os recintos alfandegados independentes – também chamados de terminais retroportuários).¹⁸ Ademais, a regulação previu a possibilidade de fixação de um teto tarifário para a THC2 pelas autoridades portuárias.

No âmbito do acórdão 1.704, o Tribunal, seguindo a posição defendida pelo Ministério Público junto ao TCU (MPTCU), entendeu que a resolução não conteria

judiciais, tanto federal quanto estaduais, no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), na própria Antaq e mesmo no TCU.

¹⁸ Conforme sumarização da Ministra Relatora do acórdão, “a controvérsia acerca da THC2 envolve atores de um mercado regulado pela Agência Nacional de Transporte Aquaviário. Trata-se de uma taxa exigida por terminais de contêineres arrendados em portos públicos organizados, em face de recintos alfandegados independentes. Ambos atuam na cadeia logística do comércio exterior, mas apenas os terminais portuários possuem interface com o transporte aquaviário. Dessa forma, as arrendatárias dos terminais molhados prestam serviços de carga e descarga de navios, movimentação de contêineres dentro da área arrendada, armazenagem da carga e despacho aduaneiro. Por sua vez, os recintos alfandegados independentes localizam-se na retroárea do porto ou noutro ponto do território nacional, conforme autorização da autoridade aduaneira, e oferecem os mesmos serviços que os terminais molhados, à exceção da carga e descarga dos navios” (Acórdão 1.704/2018).

qualquer ilegalidade específica,¹⁹ mas que teria sido malfeita.²⁰ Nesse sentido, o TCU considerou que a Antaq, ao optar por “deixar a cobrança sob livre negociação entre os terminais portuários e os recintos alfandegados”, não teria cumprido seu mandato legal de regular adequadamente o setor.²¹

Um argumento central utilizado pela ministra relatora no TCU foi o de que o modelo de liberdade contratual adotado pela regulação da Antaq daria margem a eventuais condutas anticoncorrenciais, tendo em vista a posição dominante do operador portuário em face do recinto alfandegado.²² Nesse sentido, é relevante observarmos que o tema está, também, no raio de atuação do Cade, tendo a ministra relatora no TCU utilizado manifestações da agência para reforçar sua argumentação.

A autoridade concorrencial já se pronunciou algumas vezes sobre a cobrança de THC2 (antes e depois da edição da resolução da Antaq), manifestando-se de forma

¹⁹ Nesse sentido, confira-se excerto do voto condutor: “De igual forma, concordei com o MPTCU no sentido de que a Resolução 2.389/2012 não é ilegal – em que pese sua incapacidade para regular o conflito instaurado –, porque seus dispositivos não afrontam regras do ordenamento jurídico nacional” (Acórdão 1.704/2018). Em sentido diverso, a unidade técnica defendia que a resolução seria ilegal, por restringir indevidamente o conceito de capatazia, previsto na Lei de Portos (argumentação que não foi acolhida pela relatora e pelo plenário).

²⁰ Confira excerto da decisão: “a Resolução nº 2.389/2012 não contém elementos capazes de solucionar o embate histórico sobre a cobrança da THC2. Ao contrário, a agência reguladora desregulamentou o ponto conflituoso e deixou-o como livre negociação entre o terminal portuário e o recinto alfandegado independente, mesmo conhecendo a posição privilegiada do primeiro em relação ao segundo na cadeia do comércio exterior” (Acórdão 1.704/2018).

²¹ Conforme trecho da decisão: “Essa atitude configura patente descumprimento do art. 20, inciso II, da Lei nº 10.233/2001 e do art. 2º, inciso II, do Decreto nº 4.122/2002, porquanto a Antaq foi criada tendo como finalidade regular o mercado de transporte aquaviário e de exploração de infraestrutura portuária; harmonizar os interesses de usuários e de arrendatárias; arbitrar conflitos de interesse e impedir situações que configurem competição imperfeita ou infração à ordem econômica e garantir a modicidade das tarifas. Com essa Resolução, a agência reguladora permanece esquivando-se de regular um mercado de concorrência nitidamente imperfeita, em que se instalou um conflito há mais de uma década e que ainda não obteve solução satisfatória. Essas características são impeditivas para que o agente regulador faça a opção por não regular” (Acórdão 1.704/2018).

²² Eis o argumento do TCU: “No art. 9º, caput, e parágrafo único, foi esclarecido que o serviço de entrega de cargas na importação não faz parte da THC nem da Box Rate. Sobre tais serviços, a Resolução declara que, quando for o caso, a autoridade portuária estabelecerá preço máximo. Entretanto, não há indicação dos casos em que essa intervenção seria necessária, deixando a decisão ao arbítrio das autoridades portuárias locais. Tampouco há diretriz para a determinação do valor máximo permitido. Além disso, a Antaq se eximiu de participar ativamente da resolução do conflito de interesses, delegando essa atribuição difusamente para as autoridades de cada porto, sem estabelecer orientações e responsabilidades” (Acórdão 1.704/2018).

contrária à tarifa.²³ Em sua manifestação mais recente sobre o assunto, o plenário do Cade, contrariando posição de sua Superintendência-Geral, de sua Procuradoria Federal e do representante do MPF que lá oficia, entendeu, por maioria, que, mesmo após a regulação da matéria, em caráter geral e abstrato, pela agência reguladora setorial, não estaria afastado o caráter anticoncorrencial da cobrança.²⁴

Ainda com relação à questão concorrencial, o plenário do Tribunal chamou a atenção para a alteração de dois dispositivos da Resolução Antaq 2.389/2012 uma semana após a sua publicação original, sem que tenha sido apresentada qualquer justificativa. Na redação original da norma, publicada em 22 de fevereiro de 2012, havia, no art. 5º, a necessidade de observância dos tetos tarifários fixados pela autoridade portuária. Já na versão da mesma resolução publicada em 29 de fevereiro, o texto passou a prever que a fixação de teto tarifário, a cargo da autoridade portuária, passaria a se dar “quando for o caso” (art. 9º, parágrafo único).

Tal alteração, na visão do Tribunal, teria tornado a norma excessivamente subjetiva e esvaziado sua eficácia,²⁵ favorecendo práticas anticoncorrenciais.

A partir de tais argumentos, o plenário do TCU concluiu pela existência de omissão regulatória e atribuiu responsabilidade pessoal aos dirigentes da agência, expedindo determinação para que a Antaq “proceda à revisão da regulamentação

²³ O TCU aponta no acórdão a existência de precedente judicial anulando uma das decisões do Cade, em ação movida pelo Grupo Libra (processo nº 2005.34.00.037482-6), já julgada pelo TRF da 1ª Região e pendente de julgamento pelo STJ.

²⁴ Eis a conclusão do entendimento do Conselheiro Relator: “Em suma, por estas razões: (i) ausência de uma norma impositiva, (ii) ausência de mecanismos efetivos para coibir abusos do poder econômico e (iii) ausência de uma política clara de imunidade antitruste (que são complementares umas às outras, ou seja, bastaria a verificação de uma delas), entendo não haver, no caso ora examinado, uma isenção antitruste capaz de afastar a competência do CADE para analisar a questão, pelo que divirjo, neste ponto específico, dos entendimentos exarados pela SG, ProCade e MPF, para condenar a conduta também neste período compreendido entre a Resolução n.º 2.389/12 da Antaq até os dias atuais” (Processo Administrativo nº 08012.001518/2006-37).

²⁵ “Sem especificar os casos/portos/terminais que devem adotar a regra, não é possível prever a efetividade regulatória do dispositivo, uma vez que seu emprego se coloca como decisão estritamente subjetiva, afinal, não é orientada por requisitos mínimos que possam caracterizar sequer uma escolha discricionária. Nos demais artigos da Resolução 2.389/2012, não há referência a qualquer mecanismo regulatório para coibir eventual uso abusivo do poder de mercado pelos operadores portuários frente aos recintos alfandegados (...)” (Acórdão 1.704/2018).

concernente à cobrança do serviço de segregação e entrega de contêiner (SSE ou THC 2), de modo a adequá-la ao novo arcabouço jurídico-institucional estabelecido pela lei 12.815/2013 e pela lei 12.529/2011, com vistas a dar cumprimento à sua obrigação legal de harmonizar e arbitrar conflitos de interesse entre terminais portuários e recintos alfandegados independentes”.

Floriano Marques Neto e Rafael Vêras entendem que tal decisão da Corte de Contas consagraria a sua *indeferência* à regulação, em uma manifestação do que chamaram de *ativismo do controle externo*.²⁶

De acordo com os autores, a posição do TCU, além de contrariar o regime legal de autonomia de que se revestem as agências reguladoras, invadiu espaço reservado ao regulador – o qual é interdito até mesmo ao Poder Legislativo.²⁷ Segundo essa ótica, o Tribunal não poderia fazer controle de juridicidade da norma da agência, da mesma forma que não pode examinar a constitucionalidade de uma lei.

Interessante notar que, embora o TCU tenha identificado uma falha procedimental aparentemente relevante, que foi a alteração do texto da resolução sem passar novamente pelos órgãos técnico e jurídico da agência,²⁸ o Tribunal não apontou ilegalidade na norma. No entanto, o Tribunal considerou problemática a redação supostamente mais vaga e

²⁶ Ver MARQUES NETO, Floriano; VÉRAS, Rafael. Decisão do Tribunal de Contas da União consagra “indeferência” à regulação. *Consultor Jurídico*, 17 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-17/opiniao-decisao-tcu-consagra-indeferencia-regulacao>>.

²⁷ Floriano Marques e Rafael Vêras mencionam a decisão proferida pelo STF na ADI 5501, que suspendeu a eficácia de lei que liberou a utilização da pílula do câncer sem a autorização da ANVISA. O STF entendeu haver um espaço reservado ao regulador, que não poderia ser ocupado nem mesmo pelo Poder Legislativo.

²⁸ A falha procedimental foi apontada como argumento para fundamentar a responsabilização pessoal dos diretores da agência: “A responsabilidade dos três ex-diretores no processo fundamenta-se no fato de terem aprovado a Resolução 2.389/2012 com alteração no texto do caput do art. 5º, por meio da supressão do trecho que continha a incidência de teto de preços a ser aplicado pela Autoridade Portuária, o que estabeleceria valor máximo para a cobrança do THC2. Tal modificação no teor do normativo não foi acompanhada de qualquer justificativa, o que era exigível no caso, uma vez que todo o seu processo de formulação foi pautado, no âmbito técnico e jurídico, pelo emprego desse mecanismo regulatório na respectiva minuta, inclusive para debater contribuições lançadas pelos interessados em audiência pública sobre a matéria” (Acórdão 1.704/2018).

imprecisa do regulamento, entendendo que isso configuraria uma grave omissão regulatória, apta a justificar a intervenção do Tribunal.²⁹

O min. Benjamin Zymler, em seu voto revisor, enfatiza a relevância do caso, chamando-o inclusive de *leading case*, e chama a atenção para o fato de a solução proposta pela ministra relatora significaria uma alteração em relação à praxe do Tribunal:

“Ao longo das últimas duas décadas, o TCU tem avaliado a atuação das diversas agências reguladoras. Nessas ocasiões, o Tribunal tem detectado irregularidades e determinado as respectivas correções, no exercício do controle objetivo anteriormente mencionado neste voto.

Entretanto, não é praxe a aplicação de sanções aos responsáveis por eventuais irregularidades, uma vez que o controle objetivo tem sido privilegiado em relação ao subjetivo. Assim sendo, tem se buscado precipuamente solucionar os problemas e afastar as irregularidades.

Assim sendo, por se tratar de um *leading case*, avalio que este processo, no que concerne à aplicação de multas aos dirigentes de agências reguladoras, deve ser avaliado com uma atenção ainda maior.”³⁰

O ministro defendeu, contudo, que fosse avaliada a responsabilidade de todos os ex-dirigentes da Antaq desde 2001, quando começaram os conflitos na matéria, até 2012, quando foi editada a resolução em questão. O min. Zymler demonstrou entender que a conduta daqueles dirigentes que permaneceram efetivamente omissos nesse período seria potencialmente mais grave do que a postura dos diretores que pelo menos tentaram regular a matéria, ao editar o diploma em questão.

²⁹ Conforme trecho da decisão: “Neste ponto, destaco a necessidade de atuação do TCU, já mencionada no início deste voto. Em típica fiscalização de segunda ordem, é dever do Tribunal identificar se as agências estão a cumprir adequadamente seus objetivos institucionais, entre os quais o de fiscalizar e regular as atividades sob sua esfera de competência. De igual forma, concordei com o MPTCU no sentido de que a Resolução 2.389/2012 não é ilegal – em que pese sua incapacidade para regular o conflito instaurado –, porque seus dispositivos não afrontam regras do ordenamento jurídico nacional” (Acórdão 1.704/2018).

³⁰ Acórdão 1.704/2018.

Além da novidade ressaltada pelo min. Zymler, a linha adotada pelo TCU no caso parece contrariar a ideia segundo a qual o Tribunal só poderia expedir atos de comando e sancionatórios diante de ilegalidades constatadas no controle da atividade financeira do Estado.³¹

Merece destaque, ainda, o fato de que a análise se deu em sede de auditoria operacional, teoricamente vocacionada para o aperfeiçoamento da gestão pública, por meio do levantamento de dados e informações acerca da performance da administração e da expedição de recomendações. Acabou, como se vê, resultando em uma determinação para a correção da norma regulatória e aplicação de penalidade a diretores e ex-diretores.

Em suma, o plenário do TCU rechaçou o argumento da unidade técnica de que a regulação seria ilegal, mas rejeitou a solução construída pela Antaq por não a considerar a mais adequada, determinando à agência a revisão da regulamentação sobre o tema. Assim, o Tribunal buscou influir na regulação a partir de juízo de mérito – algo que não encontra respaldo na Constituição ou na legislação.

Mais uma vez, o Tribunal buscou colocar-se no lugar do regulador.

Em vista dos inúmeros conflitos setoriais que são decididos rotineiramente pelas agências de infraestrutura, fica a questão: cabe ao TCU revisar todas essas soluções? Tem a Corte de Contas competência para avaliar a *qualidade* da regulação e com base nisso emitir determinações e responsabilizar agentes públicos (ainda que não se tenha identificado nenhuma ilegalidade)?

Em vista da postura de não deferência da Corte de Contas, cumpre refletir se esse modo de atuação do órgão não cria um ônus excessivo para agentes responsáveis por regular mercados. A punição de agentes reguladores por decisão regular do ponto de vista da legalidade, mas que não é considerada a mais adequada pelo controlador, além de não

³¹ 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.

contar com respaldo constitucional ou legal, contribui para o problema do “apagão decisório”.³²

4. TCU E SUA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA

A. 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.³³ 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, julgado em agosto de 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.³⁴ Mas, além disso, contribuiu para o debate da multiplicidade de controles da administração pública.

³² Nesse sentido, o min. Bruno Dantas, do próprio TCU, já asseverou que “[d]eve haver, (...), equilíbrio entre gestão e seu controle, sob pena de criarmos no país um “apagão decisório”, despertando nos gestores temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores”. Ver DANTAS, Bruno. O risco de “infantilizar” a gestão pública. *O Globo*, 6 jan. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>>.

³³ Ver GABRIEL, Yasser. Como articular os controles sobre a administração pública? *Jota*, 7 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/como-articular-os-controles-sobre-administracao-publica-07032018>>.

³⁴ 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).

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.³⁵

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 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.³⁶ 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

³⁵ Acórdão 1.744/2018.

³⁶ “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 seja firmado’ (Acórdão 1.744/2018).

sejam produzidas provas que ajudem nas investigações do tribunal, ele poderá ter efeitos na dosimetria da pena”.³⁷

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 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.”³⁸

“Mais do que oferecer uma mera intenção de “colaboração” in abstracto, seriam desejáveis eventuais propostas reconhecendo ilícitos ou para o recolhimento de débitos segundo a sua capacidade de pagamento (*ability to pay*).”³⁹

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

³⁷ 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).

³⁸ Acórdão 1.744/2018.

³⁹ *Idem*.

“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.”⁴⁰

“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.”⁴¹

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.”⁴²

⁴⁰ Acórdão 1.744/2018.

⁴¹ *Idem.*

⁴² Acórdão 1744/2018.

“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.”⁴³

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 inculcada 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 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

⁴³ *Idem.*

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 exercessem 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.⁴⁴

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

⁴⁴ Segundo consta no voto, para confirmar a ocorrência de condita 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”.⁴⁵

5. TCU E OS LIMITES DE SUAS COMPETÊNCIAS

A. 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 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

⁴⁵ Decreto 9.681/2019, art. 21, IV.

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 expreso, 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).⁴⁶ 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 ampliada da competência do Tribunal em questão.

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

⁴⁶ 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”.

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.⁴⁷

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

⁴⁷ 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).⁴⁸ 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*”.

⁴⁸ 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, requisite 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”.

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”.

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 do 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 mecanismos de coordenação do modo pelo qual serão concretamente resolvidas. 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 tinha o direito de 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,⁴⁹ envolve custos, nem sempre aparentes. Como o acórdão revela, produz insegurança jurídica.

⁴⁹ 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

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. É natural, assim, que procure fazer o que estiver ao seu alcance para cumprir sua missão. 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 desorganiza o arranjo do sistema de controle criado pela legislação. Nesse sentido, a edição de medidas constritivas pelo TCU relativamente aos fornecedores de bens ou serviços para a administração é algo que foge dos contornos fixados pela Constituição e pela lei, uma vez que, em regra, o TCU está autorizado a praticar atos constitutivos ou desconstitutivos de direitos apenas em relação a agentes públicos. Vejamos.

O TCU é órgão responsável por auxiliar o Congresso Nacional no controle externo da administração. A Constituição delimitou o escopo do controle externo, prevendo sua incidência sobre “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária” (art. 70, parágrafo único). Desse modo, a atuação do controle externo pode recair sobre pessoa

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).

física ou jurídica privada, mas para tanto é preciso que o particular tenha assumido a condição de agente público – utilizando, arrecadando, guardando, gerenciando ou administrando dinheiro, bens e valores públicos.

Tal dispositivo constitucional não alcança particulares fornecedores da administração pública federal não são responsáveis por recursos públicos, já que os recursos que recebem como contraprestação, uma vez incorporados a seu patrimônio, passam a ter natureza privada.

Com relação especificamente às competências do TCU, a Constituição prevê que cabe ao órgão “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” (art. 71, II). Desse modo, estão sujeitos ao controle do TCU os agentes públicos integrantes da administração (*administradores*) e os particulares que atuem como delegados responsáveis pelo exercício da função de gerir recursos públicos (*demais responsáveis*).

Aqui, novamente, os fornecedores não foram abrangidos pela Constituição, uma vez que não são administradores e não são responsáveis por gerir recursos públicos – na realidade, são os destinatários dos gastos públicos.

É preciso esclarecer que a competência do TCU para julgar as contas “daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” não estende a jurisdição do TCU para além dos administradores e gestores de recursos públicos. Isso porque, como exposto, a competência do Tribunal está circunscrita àqueles sujeitos que têm a obrigação constitucional de prestar contas: as autoridades integrantes da administração e os particulares que façam a gestão delegada de recursos públicos.

Portanto, resta claro que, para os fornecedores da administração, a Constituição não autorizou o TCU a editar, ele próprio, medidas interventivas — por exemplo, cabe ao

Congresso Nacional sustar a execução de contratos (art. 71, §§ 2º e 3º, da Constituição).⁵⁰ Nesses casos, o TCU pode investigar e produzir informações a partir de seus achados, mas tem de recorrer a outros órgãos de controle para a prática de medidas constritivas (art. 71, XI, da Constituição).

Boa ou má, essa foi uma opção do ordenamento para equilibrar controle e segurança jurídica. É possível que o estímulo à atuação sobreposta de órgãos de controle reduza o espaço para a ocorrência de desvios, mas a custa de efeitos deletérios para a gestão pública.

B. Pode o TCU aplicar multa 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

⁵⁰ Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara sustenta que: “[a] CF foi clara, em seu art. 71, § 1º, ao atribuir a competência de sustar contratos só ao Parlamento. Sendo assim, a competência decisória do Tribunal de Contas, a que se refere o § 2º do art. 71, derivada da omissão do Executivo e do Legislativo na sustação de contratos, só pode dizer respeito à adoção de medidas que estejam na sua esfera de competências (como a punição de responsáveis), jamais a providências que foram clara e expressamente retiradas de sua esfera de atuação” (Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites, *op. cit.*, p. 212).

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.⁵¹

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).⁵²

Para citar esse artigo: GRUPO PÚBLICO DA FGV DIREITO SP/SBDP. **Observatório do TCU: julgamentos de julho e agosto de 2018**. São Paulo, SP, 2018. Disponível em: <<https://direitosp.fgv.br/grupos/grupo-publico>>.

⁵¹ 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).

⁵² Sobre os instrumentos de controle inseridos na jurisdição indireta do TCU ver, de modo amplo: ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União - Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.