

GRUPO PÚBLICO

Observatório do TCU

Julgamentos de novembro e dezembro de 2018

Sumário

1. INTRODUÇÃO	2
2. O TCU E A GESTÃO PÚBLICA	2
A. O ‘conforto espiritual’ do TCU.....	2
3. TCU E REGULADORES EM PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO.....	4
A. O TCU e a deferência ao regulador: quando as aparências enganam	4
4. TCU E SUA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA.....	5
A. Novo regulamento do TCU sobre acordos de leniência: algo mudou?	5
5. TCU E OS LIMITES DE SUAS COMPETÊNCIAS	7
A. Para o TCU, qual o valor da lei?	7

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 novembro e dezembro.

A primeira parte do artigo trata do instituto das consultas ao TCU, mostrando sua relevância diante de um cenário de expansão do controle exercido pelo Tribunal. A segunda parte explora o modo como o TCU analisou a Resolução ANAC nº 400, verificando se no caso teria havido verdadeira deferência por parte do Tribunal em relação à agência. A terceira parte cuida da IN 83/2018, o novo regulamento do TCU sobre acordos de leniência, analisando se houve alguma inovação. Por fim, a quarta parte aborda o modo como o TCU tem interpretado suas competências legais, verificando se o Tribunal estaria exercendo consistentemente o ônus argumentativo.

2. O TCU E A GESTÃO PÚBLICA

A. O ‘conforto espiritual’ do TCU

Certas autoridades públicas podem formular consultas ao TCU a fim de esclarecer dúvidas sobre a aplicação de dispositivo legal ou regulamentar. As respostas do tribunal têm caráter normativo e vinculam a atuação futura de seus jurisdicionados.

No fim de 2018, em julgamento sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal, o ministro Bruno Dantas afirmou que, em algumas situações, o governo federal apresenta consultas ao TCU com o intuito de obter um mero “conforto espiritual” (sessão plenária de 12/12/2018).

O que se atribuiu ao plano espiritual talvez tenha outra faceta, mais mundana, ligada ao fenômeno que se convencionou chamar de “apagão das canetas”: com receio de ser punido, o gestor trilha caminhos decisórios menos naturais, como o que passa pelo TCU,

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.

ou simplesmente não decide. “Quem já dançou sempre tem medo dos homens, baby”. Hely Lopes? Não. Arnaldo Baptista, dos Mutantes.

Mas o receio da sanção parece não ser a única explicação. Consultas aparentemente sem sentido também podem ser um efeito colateral da expansão das atividades do TCU nos últimos 25 anos.

A evolução do controle exercido em desestatizações é um exemplo.

Tímida na década de 1990, a fiscalização do TCU sobre editais de concessão ganhou corpo. Passou a ser feita previamente aos leilões e, hoje, pode resultar em alterações incisivas da modelagem proposta pelas agências reguladoras.

Decisões recentes indicam que esse movimento de expansão do controle continua ocorrendo.

Em outubro de 2018, em processo envolvendo a Telebras, o TCU analisou pela primeira vez em profundidade um contrato celebrado com base em nova hipótese de contratação direta prevista na Lei 13.303, que afasta a necessidade de licitação “*nos casos em que a escolha do parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas*” (art. 28, §3º, II).

No exame da parceria firmada pela Telebras, o TCU optou por realizar ampla revisão de suas cláusulas contratuais e premissas econômico-financeiras, especulando inclusive sobre qual deveria ser o “*lucro normal*” do parceiro privado e recomendando a renegociação de várias cláusulas (Acórdão 2.488/2018 – Plenário).

A complexidade inerente a esses contratos (concessões e parcerias estratégicas de estatais) e a postura do TCU de avaliar suas minúcias tornam alta a probabilidade de o tribunal encontrar, no mínimo, algum ponto a ser aprimorado ou alguma insuficiência na justificativa técnica da contratação.

Nesse ambiente, obter manifestação prévia do TCU – por meio de consulta formal ou de alinhamento informal – é o caminho mais racional para se garantir segurança jurídica às partes envolvidas.

Ao buscar livrar a administração pública de todo e qualquer pecado, o TCU convida os fiéis gestores à sua porta.

3. TCU E REGULADORES EM PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO

A. O TCU e a deferência ao regulador: quando as aparências enganam

Em dezembro de 2018, o TCU analisou, em atendimento a uma Solicitação do Congresso Nacional, a Resolução ANAC nº 400, que autorizou empresas aéreas a cobrar por bagagens despachadas (Acórdão nº 2.955/2018, rel. Min. Bruno Dantas).

A Câmara dos Deputados pediu que o TCU identificasse “se a evolução dos preços das passagens, após a entrada em vigor da norma” teria ocorrido “em benefício do consumidor”, ou se, ao contrário, teria implicado “aumento dos preços.”

Ao analisar a norma da ANAC, o TCU afirmou que a redução dos preços não era o objetivo principal da mudança e se posicionou em favor da desregulamentação da franquia de bagagem, considerando-a importante medida de flexibilização regulatória no setor aéreo.

Seria um caso típico de deferência do controlador ao regulador? Penso que não.

Eduardo Jordão e Renato Toledo² chamam atenção para a distinção entre a deferência pelo resultado e a deferência pela amplitude do controle. A primeira nada mais é do que a manutenção da decisão administrativa. A segunda corresponde a uma atitude autocontida do controlador quanto à extensão do controle. A deferência pelo resultado pode perfeitamente significar uma postura intrusiva do controlador, caso este realize o controle da substância do ato. De outro lado, há verdadeira orientação deferencial quando o controle delimita seu alcance aos aspectos formais e procedimentais dos atos controlados.

Uma atitude deferente quanto à amplitude do controle significa menor intromissão no conteúdo e maior rigor na análise formal. Isso poderia resultar em decisões regulatórias mais transparentes e melhor informadas, com menos riscos de disputas e sobreposições.

O Tribunal de Contas, no caso da regra sobre bagagens, fez considerações sobre os estudos que antecederam a edição da resolução e sobre a participação de órgãos e entidades

² JORDÃO, Eduardo; CABRAL JR., Renato Toledo. *A teoria da deferência e a prática judicial: um estudo empírico sobre o controle do TJRJ à ANERSA*. Revista Estudos Institucionais, v. 4, n. 2, p. 537-571, 2018.

interessados no tema. Mas a consistência do processo regulatório não foi o foco central da análise. O TCU fez uma revisão minuciosa do conteúdo da norma, externando uma visão positiva e otimista acerca da desregulamentação no setor aéreo, para concluir que a regra “tende a ser favorável ao consumidor, assim como as demais medidas de flexibilização regulatória setorial.”

No caso, apesar da aparente deferência pelo resultado, não houve deferência quanto à amplitude, pois o TCU fez controle substancial da regulação, e não se limitou à fiscalização do procedimento.

O resultado favorável à ANAC, portanto, não se deu porque o tribunal foi deferente (no sentido de ser autocontido quanto aos limites do controle) à agência, mas sim porque o órgão de controle concordou com as razões que a levaram a editar a norma.

A deferência pelo resultado pode acabar disfarçando a “indeferência” pela amplitude do controle. É o que se viu no caso da bagagem. A norma regulatória permaneceu intacta, mas foi objeto de um controle extenso, que analisou não só o processo regulatório, mas sobretudo o conteúdo da regulação.

4. TCU E SUA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA

A. Novo regulamento do TCU sobre acordos de leniência: algo mudou?

Há nova norma do Tribunal de Contas da União – TCU disciplinando o envolvimento do órgão na celebração de acordos de leniência. É a instrução normativa (IN) 83, de dezembro de 2018, que expressamente revogou a IN 74/2015. O que mudou?

A IN revogada condicionava a eficácia dos acordos de leniência a pronunciamento prévio do TCU, em todas as etapas do processo de celebração, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade das condições pactuadas (arts. 1º e 3º). Também frisava que o acordo não afastaria as competências do tribunal, inclusive para aplicar sanção à empresa signatária (art. 6º).

Esse modelo de controle gerou problemas com a Controladoria Geral da União – CGU e a Advocacia Geral da União – AGU, que têm competência para representar a União nesse tipo de acordo. É o que se extrai do Aviso Interministerial 22, de julho de 2018, assinado conjuntamente pelo Ministro da CGU e Advogado Geral da União e endereçado à presidência do TCU.

O aviso relatou dificuldades de interação entre membros da CGU e AGU com auditores do TCU: “... a equipe técnica desse Colegiado tem realizado reuniões com as comissões de negociação [composta por membros da CGU e da AGU] ... nas quais os auditores dessa Corte de Contas registram a necessidade de apresentação dos CPFs dos participantes para fins de responsabilização eventual, inquirindo os integrantes da comissão a respeito de cada cláusula e registrando resposta em ata. Tal postura tem gerado desnecessária situação de desconforto, quando é certa a ausência de competência dessa Corte de Contas para aferir a conduta de tais membros no âmbito dos acordos de leniência.”

Sustentou ainda que cláusulas dos acordos não dizem respeito à aplicação de recursos públicos, de modo que “não se enquadram na perspectiva fiscalizatória de natureza contábil, financeira ou orçamentária”, que deve pautar a atuação do TCU. Também afirmou que o acesso do tribunal a informações obtidas por meio dos acordos dependeria do compromisso de não as utilizar contra a empresa que as forneceu — salvo em caso de dano ao erário não abrangido pelo acordo.

A nova IN 83 parece, em alguma medida, haver reagido a esses argumentos. Ela diz que o tribunal poderá solicitar informações e documentos relativos às fases da celebração do acordo de leniência (art. 2º, caput) e que sua fiscalização sobre o acordo levará em conta critérios de risco, materialidade e relevância (art. 3º). Ainda que preveja possibilidade de avaliação pelo TCU das condições pactuadas, a grande novidade é que não há mais exigência de sua chancela prévia como condição de eficácia do acordo.

Isso significaria a sensibilização do tribunal quanto à necessidade de ter postura mais colaborativa com demais instâncias de controle?

Essa impressão pode encontrar respaldo em julgados da corte, abordados no Balanço Crítico de 2018 do Observatório do TCU, cuja íntegra em breve será pública.

Por outro lado, a IN 83, entre outros dispositivos duros, prevê que autoridades celebrantes do acordo poderão ser responsabilizadas por cláusulas que limitem ou dificultem a atuação do TCU (art. 4º, caput).

Veremos qual tendência irá prevalecer.

5. TCU E OS LIMITES DE SUAS COMPETÊNCIAS

A. Para o TCU, qual o valor da lei?

No acórdão 2469/2018-Plenário, o Tribunal de Contas da União (TCU) avaliou se manteria cautelar de indisponibilidade de bens expedida em processo voltado a apurar irregularidades na aquisição da refinaria Pasadena por subsidiária da Petrobras.

Visando à revogação da medida, uma das partes sustentou que, à luz do art. 44 da Lei Orgânica do TCU (LOTUCU), o Tribunal só pode decretá-la quando houver indícios suficientes de que o responsável, caso permaneça no exercício de suas funções, possa “retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao erário ou inviabilizar o devido ressarcimento”.

O argumento reproduziu texto expresso da LOTUCU. O diploma, ao autorizar a medida (§ 2º do art. 44), estabelece que o Tribunal só pode editá-la “nas mesmas circunstâncias do caput”. O caput do dispositivo trata do afastamento temporário de responsável (outro tipo de cautelar), fixando que o TCU só pode determiná-lo caso exista “indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções”, haja a possibilidade de “retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento”.

Mas o relator, em posicionamento seguido pelos demais ministros, chegou a conclusão diversa, afastando-se do texto da lei. Na sua avaliação, o caput do art. 44 teria disposto “especificamente acerca do afastamento do responsável de suas funções em razão da possibilidade da prática de atos futuros que possam afetar a efetividade da prestação

jurisdicional de contas”. Esses atos não guardariam “relação com a medida de indisponibilidade de bens prevista no § 2º desse mesmo artigo 44”.

Para ilustrar o que chamou de “equivoco de interpretação”, o relator transcreveu trecho de decisão relatada pela Min. Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal (STF), no MS 35.404. Ocorre que o STF, no caso, sequer analisou se também seriam aplicáveis à declaração de indisponibilidade de bens as condições para afastamento de responsável de suas funções. Partindo da premissa de que o TCU teria poder geral de cautela e de que teria competência para condenar “particulares contratantes com entes da administração pública federal”, o STF se limitou a afirmar que o TCU poderia declarar indisponíveis bens de particulares contratados — decisão sujeita a críticas, como o Observatório já procurou demonstrar. Não se examinou se a indisponibilidade dispensava o requisito legal substantivo, como faz crer o TCU.

Em seu acórdão, o TCU afirmou o óbvio: afastar cautelarmente responsável de função é diferente de declarar a indisponibilidade de seus bens. Todavia, para respaldar sua conclusão, invocou decisão do STF que não dialoga diretamente com o caso.

É preciso haver boas razões jurídicas para afastar a literalidade de texto de lei, em especial quando direitos estão em jogo. Para justificar sua competência, não basta o TCU afirmá-la, ou invocar, em abstrato, um suposto poder geral de cautela. No estado, ninguém tem salvo-conduto para agir como julga adequado para perseguir o interesse público. A legitimidade das decisões do TCU, como as de qualquer tribunal, tem de ser conquistada por meio do exercício consistente de ônus argumentativo, lastreado em normas do ordenamento.

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