

GRUPO PÚBLICO

Observatório do TCU

Julgamentos de setembro e outubro de 2018

Sumário

1. INTRODUÇÃO	2
2. O TCU E A GESTÃO PÚBLICA	2
A. A interferência do TCU em contratos e parcerias de empresas estatais.....	2
3. TCU E REGULADORES EM PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO.....	12
A. Quais os limites para o controle do TCU sobre a regulação?	12
4. TCU E SUA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA.....	17
A. Acordo de colaboração: empréstimo de prova e sobrestamento de processo de aferição de culpabilidade.....	17
5. TCU E OS LIMITES DE SUAS COMPETÊNCIAS	25
A. Pode o TCU desconsiderar a personalidade jurídica de empresas?	25

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 setembro e outubro.

A primeira parte do artigo aborda a atuação do TCU nos contratos e parcerias das empresas estatais, verificando se o controle externo ocasionaria maiores custos à administração. A segunda seção discute os limites do controle do TCU sobre a regulação, a partir de casos envolvendo concessões nos setores ferroviários e aeroportuários. A terceira parte trata do empréstimo de prova e sobrestamento de processo de aferição de culpabilidade nos acordos de colaboração. E a quarta parte analisa a possibilidade de o TCU desconsiderar a personalidade jurídica de empresas.

2. O TCU E A GESTÃO PÚBLICA

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

Em tempos recentes, a estatal Telebras celebrou dois grandes contratos que acabaram se tornando objeto de controle incisivo pelo TCU, como revelam diversos acórdãos emitidos de julho a outubro de 2018.² Por meio da análise dessas decisões, é possível enxergar certos riscos relacionados à forma como o TCU vem fiscalizando e propondo modificações em contratos administrativos e acordos de parceria celebrados por empresas estatais.

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.

² No processo que tratou do contrato entre a Telebras e o Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (Representação 023.481/2018-8), o Plenário do TCU proferiu três acórdãos: 1.692/2018, rel. Min. Ana Arraes, j. em 25/07/2018; 2.213/2018, rel. Min. Ana Arraes, j. 19/09/2018; e 2.487/2018, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 31/10/2018). O acordo de parceria entre Telebras e a empresa Viasat foi objeto do processo de Representação 022.981/2018-7, que deu origem ao Acórdão 2.488/2018, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 31/10/2018.

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

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

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

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

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

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

Constituiria uma deficiência do processo de contratação, por exemplo, o fato de o contrato ter sido celebrado com “excessiva celeridade”, “*somente treze dias*” após a análise da área técnica do ministério sobre a viabilidade de contratação direta. De forma

semelhante, causou “estranheza” ao TCU a alteração dos requisitos de qualificação técnica “*somente dez dias*” antes da assinatura do contrato.

Essa postura, já adotada pelo TCU em outros processos de fiscalização,³ pode trazer consequências indesejadas. Uma delas é, obviamente, o incentivo à lentidão na administração pública. Além disso, como o TCU não define, em sua jurisprudência, o que seria um prazo razoável para a tomada de decisões, gera-se um fator de insegurança jurídica que dá margem a questionamentos sobre os mais variados atos praticados pelo setor público.

Os próprios ministros do TCU teriam dificuldade para comprovar formalmente que suas decisões são tomadas somente após o devido estudo e reflexão. No processo que examinou o contrato entre MCTIC e Telebras, percebe-se que, entre o fim da análise da unidade técnica e a decisão cautelar do Plenário, passaram-se apenas três dias úteis.⁴ No julgamento do mérito da representação, o voto do relator foi distribuído aos demais ministros poucas horas antes do início da sessão plenária.⁵

Um segundo ponto a ser destacado nos fundamentos da decisão cautelar diz respeito à maneira pela qual o TCU analisou os riscos presentes na contratação. Veja-se, por exemplo, como o tribunal encarou o fato de o contrato ter duração de cinco anos. De acordo com o TCU, esse prazo de cinco anos representaria um risco de dano ao erário, pois o serviço de conexão à internet via satélite estaria em “dinâmica evolução” e, portanto, um prazo contratual extenso “poderia impedir possíveis ganhos de eficiência e modernização do setor”. Com base nesse argumento principal, o TCU determinou que o MCTIC avaliasse a conveniência e oportunidade de “negociar a redução do prazo contratual”⁶.

³ Ver, por exemplo, o Acórdão 800/2017 (rel. Min. Augusto Sherman, j. 26/04/2017), em que o Plenário do TCU expôs o entendimento de que a aprovação de determinada operação da BNDESPAR, subsidiária do BNDES, ocorreria em tempo incompatível com um processo decisório cauteloso e bem informado.

⁴ Conforme o histórico do processo 023.481/2018-8, disponível na página eletrônica do TCU, o pronunciamento da unidade técnica foi concluído no dia 20 de julho 2018. A apreciação pelo Plenário ocorreu no dia 25 de julho de 2018.

⁵ Essa informação foi compartilhada pelo Ministro Walton Rodrigues durante sessão plenária ocorrida no dia 31 de outubro de 2018. O vídeo da sessão está disponível no seguinte endereço eletrônico: <<https://portal.tcu.gov.br/sessoes/>>. A fala do Ministro Walton Alencar aparece após 2h43min do início da sessão.

⁶ A determinação ao MCTIC está presente no Acórdão 2.487/2018, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 31/10/2018.

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

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

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

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

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

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

Não surpreende, portanto, que o órgão de controle tenha considerado inadequado o prazo de cinco anos previsto no contrato entre MCTIC e Telebras, alegando que o ministério não levava em conta a “dinâmica evolução” do setor de telecomunicações, nem realizara estudos técnicos sobre o tema. Argumento parecido (existência de riscos não avaliados em estudos prévios) foi utilizado pelo TCU para apontar falhas na qualificação técnica e financeira exigida da Telebras⁷.

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

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

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

⁷ No Acórdão 1.692/2018 – Plenário, lê-se: “A ausência de análise pelo MCTIC sobre tais critérios [de qualificação] ou sobre sua dispensabilidade pode afetar significativamente a segurança jurídica do contrato, trazer prejuízo ao erário (caso a empresa não consiga cumprir suas obrigações contratuais) e inviabilizar a prestação do serviço (deixando a população desassistida)”.

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

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

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

O caso é particularmente interessante porque, pela primeira vez, o TCU interpretou com maior profundidade os requisitos de validade de nova hipótese de contratação direta aplicável a empresas estatais (art. 28, §3º, II, da Lei 13.303/2016⁸).

Os fatos requerem certa retrospectiva.

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

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

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

⁸ Art. 28. (...) § 3º São as empresas públicas e as sociedades de economia mista dispensadas da observância dos dispositivos deste Capítulo nas seguintes situações: (...) II – nos casos em que a escolha de parceiro esteja associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo.

Diante disso, o governo federal, em 2012, concebeu projeto para construção de satélite próprio, que ficou conhecido como Satélite Geoestacionário de Defesa e Comunicações (SGDC). Lançado ao espaço no fim de 2017, o satélite possui capacidade de operação em duas bandas de frequência. A Banda X, operada pelo Ministério da Defesa para uso militar, e a Banda Ka, gerida pela Telebras⁹ e destinada à comunicação entre entes públicos e à execução do Plano Nacional de Banda Larga.

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

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

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

A área jurídica da estatal enquadrou essa parceria na hipótese prevista no art. 28, § 3º, II, da Lei 13.303/2016, que autoriza a contratação direta nos casos em que a “escolha

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

do parceiro está associada a suas características particulares, vinculada a oportunidades de negócio definidas e específicas, justificada a inviabilidade de procedimento competitivo”.

Trata-se de hipótese de contratação direta que alcança determinados negócios não abordados explicitamente na Lei 8.666, como a formação de *joint ventures* e a aquisição de participação acionária em empresas privadas, situações em que a realização de uma licitação é incompatível com a adequada negociação dos termos da parceria e a escolha do parceiro privado.

Segundo alguns autores, essa nova previsão legal buscou garantir maior segurança jurídica¹⁰ e simplificar¹¹ a cooperação entre empresas estatais e parceiros estratégicos.

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

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

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

Note-se: ao abraçar a missão de avaliar, de modo amplo, as premissas das projeções econômico-financeiras utilizadas e o conteúdo das cláusulas contratuais, o TCU assumiu

¹⁰ COSTA, Diego Vasconcelos; BAUMANN, Marcelo Lindos; SANTOS, Isabel Luiza dos. Afastamento de regras sobre licitação efetiva função social das estatais. *Consultor Jurídico*, 17 mai. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-17/opiniao-liberar-estatais-licitacao-efetiva-funcao-social>>.

¹¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTI, Marinês Restelatto. A Lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos? *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 141, pp. 84-105, 2018.

um papel de instância revisora do acordo celebrado pela Telebras. Isso fica claro em vários trechos do Acórdão 2.488/2018. Citem-se dois: o que tratou do prazo da parceria e o relativo à avaliação da taxa interna de retorno do parceiro privado.

Originalmente, Telebras e Viasat estipularam um prazo de 10 anos para a parceria, prorrogáveis por mais cinco. A prorrogação ocorreria a critério exclusivo da Viasat. No voto condutor do acórdão, o Ministro Benjamin Zymler entendeu que atribuir a decisão sobre a prorrogação exclusivamente à Viasat geraria um “risco elevado” para a Telebras, pois existiria a “possibilidade de ocorrerem mudanças significativas no setor de telecomunicações nos próximos 10 anos”, que poderiam tornar o contrato excessivamente oneroso em caso de prorrogação. Baseado nesse argumento, o TCU determinou a alteração da cláusula sobre prazo contratual, de modo que a prorrogação ficasse condicionada à demonstração da vantajosidade para a Telebras.

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

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

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

Se entendermos que a análise de riscos realizada pelo TCU deve prevalecer e que o tribunal pode, com fundamento em suposições de prejuízos futuros, determinar alterações em cláusulas contratuais, então chegaremos à conclusão de que não há limites para a

interferência do TCU nas parcerias celebradas por empresas estatais, num cenário em que a discricionariedade do controlador substitui a discricionariedade do gestor público.

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

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

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

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

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

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

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

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

3. TCU E REGULADORES EM PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO

A. Quais os limites para o controle do TCU sobre a regulação?

Entre setembro e outubro de 2018, o Tribunal de Contas da União aprovou o primeiro estágio de desestatização de dois importantes projetos do Governo Federal: a subconcessão do Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul (TC 026.071/2017-7) e a 5ª rodada de concessões aeroportuárias (TC 024.301/2018-3).

Nas duas ocasiões, a atuação da Corte assumiu uma postura cautelosa e, por vezes, deferente, sendo claro o esforço do Tribunal em respeitar limites de sua atuação frente ao espaço de discricionariedade do gestor, com referências em diversas passagens dos votos do Ministro Bruno Dantas, relator de ambos os processos, ao objeto da atuação do TCU e à competência precípua do Poder Concedente para definição de políticas públicas. Essa postura, no entanto, não impediu que o Tribunal fizesse a ressalva de que tem competência para verificar os resultados das opções regulatórias em casos concretos.

É simbólico, nesse sentido, trecho do Acórdão 2.462/2018-Plenário, que trata da 5ª rodada de concessões aeroportuárias, em que o Ministro Relator destacou não ser o objeto dos autos a análise ou aprovação das escolhas regulatórias em si, mas antes a verificação

do adequado embasamento legal e técnico das escolhas empreendidas pelo gestor¹². Indo além, há expressa manifestação de confiança no concessionário e reconhecimento de que, enquanto operador do aeroporto, é o agente mais qualificado para definição de questões como valor de tarifas, em uma postura deferente em prol de maior eficiência ao projeto¹³.

No Acórdão 2195/2018-Plenário, referente à subconcessão do Tramo Central da Ferrovia Norte-Sul, é de se destacar a reflexão do Ministro Relator quanto aos limites de atuação do Tribunal e os possíveis efeitos reversos negativos da hipertrofia do controle e da possível infantilização da gestão pública. O voto-relator registra, assim, que, para bem exercer sua competência de controle externo e contribuir para o aperfeiçoamento da regulação, deve o Tribunal de Contas “*exercer contínua e exigente vigilância para não ultrapassarmos a linha tênue que separa o controle externo da gestão pública, o mérito da legalidade, o controle de primeira ordem do de segunda ordem*”. Em conclusão, afirma que alguns remédios para a hipertrofia do controle seriam o exercício da deferência às escolhas regulatórias do Poder Público e a dosagem do consequencialismo das decisões do Tribunal – o que se alinha, por exemplo, às preocupações que repercutiram na recente modificação legislativa na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Além de tais observações de caráter mais genérico e abstrato, o Ministro Bruno Dantas aplica em concreto esse entendimento ao longo de seu voto. Apesar de convergir com preocupações externadas pelo Ministério Público junto ao TCU, mais de uma vez, deixou de acolher determinações propostas, em reconhecimento aos limites constitucionais

¹² Nesse mesmo sentido, trecho Acórdão 2195/2018-P: “*Sabe-se que a missão constitucional deste TCU transita pela convergência de atos e contratos aos estritos ditames da lei. Sempre que a norma prescreve a forma de agir e os requisitos exigíveis, o Tribunal determina seu cumprimento. Por outro lado, ao perscrutar a eficiência e a efetividade, em geral recomenda a adoção de melhores práticas*”.

¹³ “*O exame técnico aponta para consideráveis ganhos de eficiência desse novo modelo, uma vez que o responsável pela definição do valor das tarifas é justamente quem possui maior conhecimento do funcionamento do aeroporto – o operado. [...] Isso permite soluções de mercado mais eficientes do que aquelas que poderiam advir do regulador, uma vez que tais atores presumidamente possuem melhores informações sobre a atividade do aeroporto*”.

de atuação da Corte e ao necessário respeito às escolhas regulatórias, desde que alinhadas com as políticas públicas vigentes. Percebe-se, portanto, nos processos de desestatização analisados, claro esforço de deferência em relação às escolhas do regulador, bem como o amadurecimento de um processo de reflexão sobre as consequências práticas da atividade de controle externo exercida pelo Tribunal de Contas da União.

Em contraponto, o tratamento de questões regulatórias no Acórdão nº 2486/2018-Plenário, proferido no âmbito do TC 005.313/2018-0, aponta para uma postura um tanto diferente.

O TC 005.313/2018-0 cuidava de monitoramento para avaliar atos e procedimentos adotados pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA), pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e pelas Autoridades Portuárias para a prorrogação antecipada dos contratos de arrendamentos portuários e para a fiscalização de seu cumprimento. Dentre as determinações contidas no Acórdão nº 2486/2018-TCU-Plenário, destaca-se determinação cautelar à Agência e ao Ministério dos Transportes para que se abstivessem de assinar novas prorrogações antecipadas de contratos de arrendamento portuário – de forma genérica e abstrata – até nova deliberação do TCU sobre a matéria.

A fundamentação para a cautelar decretada seria a suposta incapacidade institucional da Agência em cumprir adequadamente procedimentos de análise, acompanhamento e fiscalização de realização de investimentos e execução de contratos, tendo por consequência a deturpação da finalidade das prorrogações antecipadas – antecipação de investimentos, modernização do setor portuário e geração de empregos. Além das limitações institucionais da Antaq, o Ministro Relator Walton Alencar acusa as Agências, em geral, e a Antaq em particular, de deixar de cumprir suas obrigações regulatórias para beneficiar interesses privados, em um alegado cenário de “captura da agência”. Ao fim, após ter exposto situação caótica e imoral, no seu entender, externa um

certo inconformismo com as críticas realizadas à hipertrofia de controle e aos limites de atuação do TCU¹⁴.

Ao comparar este último julgado com os dois outros expostos anteriormente, nota-se diferenças marcantes, desde o tom de tratamento direcionado às Agências até o entendimento em relação aos limites de atuação do Tribunal e a necessidade de deferência às escolhas regulatórias. Interessante observar o relevante papel que o Ministro Relator possui dentro do processo no TCU, influenciando de forma determinante o tom do posicionamento aprovado em Plenário. Apesar das diferenças marcantes, todos os casos foram aprovados unanimemente na deliberação colegiada.

Com efeito, nos dois primeiros casos analisados, muito embora o Ministro Relator não necessariamente concordasse com a escolha regulatória do Poder Concedente e da Agência, indicou ao Plenário a necessidade de se adotar postura de cautela e autocontenção, limitando-se a analisar a razoabilidade e suficiência de motivação das escolhas regulatórias, bem como sua coerência com a política pública em vigor. A deferência à competência do regulador é evidenciada pelo elogio a modelo regulatório que confere maior liberdade ao concessionário, a partir do entendimento de que, em vista das assimetrias existentes, o operador do empreendimento é o mais qualificado para definir as soluções de mercado mais eficientes. Ficou marcada a compreensão de que, tanto o excesso de regulação, quanto o excesso de controle, ao invés de contribuírem para um ambiente regulado mais eficiente e seguro, acabam por gerar distorções negativas.

Em sentido diverso, o entendimento externado no voto condutor do Acórdão nº 2486/2018-TCU-Plenário pressupõe a má-fé dos agentes privados, e mesmo dos agentes públicos, acusados de cometerem ilícitos ao dolosamente deixarem de exercer suas funções de regulação para beneficiar, de forma irregular, os concessionários. Não foram

¹⁴ Cabe transcrever: “E a cada vez que o TCU mostra uma situação com a presente, em setor da vital da economia, decorrente da inércia das agências, o TCU é acusado de haver invadido a esfera regulatória das agências, cuja situação é de verdadeiro descalabro ético e administrativo, no que tange ao cumprimento de suas funções constitucionais”.

mencionados, a esse respeito, quaisquer elementos probatórios concretos que tenham sido coletados pela unidade técnica do próprio Tribunal, o que reforça a percepção de que pré-compreensões diferentes dos respectivos relatores acerca do papel da Corte no controle da regulação foram determinantes para as conclusões alcançadas pelo colegiado.

Assumindo postura que se apoia na necessidade de se resguardar o interesse público que estaria sendo maculado por escolhas regulatórias ruins e capturadas¹⁵, o Acórdão nº 2486/2018 possui um alcance maior do que seu escopo inicial de análise. Além de determinar uma fiscalização mais aprofundada sobre as prorrogações antecipadas já assinadas, determinou cautelarmente que o Ministério e a Antaq deixem de exercer competência legal – reconhecidamente conferida pela Lei nº 12.815/2013 – para assinar qualquer nova prorrogação antecipada até nova deliberação do TCU sobre a matéria.

Isto é, de acordo com esse posicionamento, a suposta falta de capacidade institucional da Agência conferiria ao Tribunal o poder de suspender o exercício de uma competência legal.

Interessante notar, a esse respeito, que em outro processo que analisou a desestatização da Rodovia de Integração Sul¹⁶, já analisado pelo Observatório, o Tribunal deixou de acatar proposição da SeinfraRodoviaAviação que sugeria determinação para que a ANTT se abstinhasse de celebrar contratos de concessão enquanto não se estruturasse institucionalmente para regular e fiscalizar as concessões de forma adequada.

Parece, assim, haver diferentes percepções dentro do próprio TCU acerca dos limites constitucionais de atuação do Tribunal de Contas da União no controle da regulação. É, pois, uma tarefa institucional do Tribunal aprofundar as reflexões acerca do tema, atentando tanto para os aspectos normativos abstratos quanto para os efeitos práticos das

¹⁵ Cumpre ressaltar o descontentamento, externado ao longo de todo o voto, em relação à escolha regulatória do Poder Público, qual seja, privilegiar o instituto das prorrogações antecipadas, em detrimento da realização de novas licitações de arrendamentos portuários. Nas palavras do Relator: “*Com base nesses argumentos, o Estado abriu mão, em uma pluralidade de contratos de arrendamento, de aguarda-lhes o encerramento e de relicitar, vantajosamente, todos esses empreendimentos, segundo as leis do mercado, considerando e defendendo a tese de ser mais conveniente a imediata realização de investimentos nos terminais e a manutenção de suas costumeiras arrendatárias, titulares de antigos contratos de arrendamento*”.

¹⁶ Acórdão nº 1.174/2018-Plenário.

determinações e recomendações exaradas. É inegável a importância da atuação da Corte de Contas para o aperfeiçoamento do ambiente regulatório, por isso a consistência jurisprudencial é um critério de primeira ordem para definir o alcance do controle externo sobre a regulação.

4. TCU E SUA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA

A. Acordo de colaboração: empréstimo de prova e sobrestamento de processo de aferição de culpabilidade

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

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

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

Fatos relevantes precederam o acórdão.

O TCU, em 6 de junho de 2018, recebeu do Ministério Público Federal (MPF) no Paraná o Ofício 5140/2018. O assunto era a possibilidade de empréstimo de provas produzidas no âmbito de acordos de colaboração celebrados na Operação Lava jato. O conteúdo informava o TCU acerca de decisão da 13ª Vara Federal de Curitiba, assinada pelo então juiz Sérgio Moro, em 2 de abril de 2018. A decisão, respondendo a requerimento formulado pelo MPF, era a seguinte:

“(…) A inaplicabilidade de sanções diretas ou indiretas aos colaboradores ou lenientes com base em provas e elementos probatórios colhidos ou ratificados em processos de colaboração é medida que tende a amplificar a eficácia dos acordos. O acordo envolve obrigações bilaterais entre as partes e garantias, tanto durante as tratativas, quanto na fase posterior à homologação judicial. Se, de um lado, o colaborador reconhece a sua culpa e participa da colheita e produção de provas, do outro, o órgão de persecução não só oferece benefícios como deve garanti-los. De todo modo, a questão é relativamente complexa tendo em vista a autonomia entre as esferas criminal, cível e administrativa, a vinculação subjetiva dos acordos e a inexistência de um posicionamento assente na jurisprudência das Cortes Superiores. (...) Apesar do compartilhamento de provas para a utilização na esfera cível e administrativa ser imperativa, já que atende ao interesse público, faz-se necessário proteger o colaborador ou a empresa leniente contra sanções excessivas de outros órgãos públicos, sob pena de assim não fazendo desestimular a própria celebração desses acordos e prejudicar o seu propósito principal que é de obter provas em processos criminais. Ante o exposto, defiro o requerido pelo MPF e promovo o aditamento de todas as referidas decisões para a elas agregar que **está vedada a utilização dos elementos informativos e provas cujo compartilhamento foi anteriormente autorizado por este Juízo contra pessoas que celebraram acordo de colaboração com o Ministério Público no âmbito da assim denominada Operação Lava jato, bem como contra empresas que celebraram acordo de leniência. Caso pretendida a utilização das provas ou das informações com esta finalidade, ficará ela sujeita à autorização específica deste Juízo, ou seja, da apresentação de novo requerimento.**”¹⁷ (grifo nosso)

¹⁷ Ofício 5140/2018 - PRPR/FT, pp. 5 - 6.

A decisão aditou decisões anteriores daquele juízo que autorizavam o compartilhamento de termos de acordo e de depoimentos dos colaboradores, desde que a colaboração tivesse sido homologada e que seu conteúdo não fosse mais sigiloso. O objetivo foi restringir o uso que poderia ser feito desse conteúdo: outras autoridades controladoras não poderiam aplicar sanção àqueles que celebraram acordos com base em informações neles produzidas. Mas eventual empréstimo de provas seria possível, desde que feito requerimento ao juízo especificando os fins pretendidos.

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

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

estabelecer limites e condições para utilização por ele de provas que foram colhidas em processos da responsabilidade deste Juízo.”¹⁸

O empréstimo de provas foi autorizado pelo juízo, mas vinculado a três condicionantes. A primeira: as provas poderiam ser utilizadas exclusivamente para fins de ressarcir o erário por danos decorrentes do crime investigado, ficando vedado aplicar sanções fundamentadas em tais provas ou a indisponibilidade de bens. A segunda: multas ou confiscos executados nos acordos de colaboração deveriam ser levados em consideração pelo TCU para fins de amortização dos valores apurados. A terceira: havendo responsáveis solidários, o tribunal de contas deveria dar preferência à cobrança de não colaboradores.

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

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

Em seu voto, o relator afirmou que “para a quantificação preliminar do débito, está-se utilizando de diversos elementos probatórios oriundos de autorização exarada pelo juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba. (...) Dentre esses documentos, encontram-se vários oriundos de delações premiadas e acordos de colaboração que podem justificar a responsabilização dos próprios colaboradores.”¹⁹ Daí sustentou que, em função do empréstimo de prova, será necessário o TCU analisar, ao longo da instrução processual, os potenciais efeitos de decisão sua à luz das condicionantes impostas pela 13ª Vara Federal de Curitiba.²⁰

¹⁸ Trecho transcrito no Acórdão 2.396/2018.

¹⁹ Acórdão 2.376/2018.

²⁰ *Idem*.

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

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

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

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

9.2.3. havendo responsáveis solidários pelos danos apurados nestes autos, será dada preferência à cobrança da indenização daqueles que não detenham a condição de colaboradores”²¹

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

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

²¹ *Idem.*

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

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

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

O voto do relator, aderido pela unanimidade do plenário, concluiu por sobrestar o processo até a demonstração de que a empresa cumpriu suas obrigações constantes nos acordos de colaboração celebrados. Ainda, suspendeu a prescrição da pretensão punitiva do TCU com relação aos fatos objeto do processo, até que haja manifestação dos órgãos controladores signatários dos acordos quanto ao cumprimento ou descumprimento das obrigações pactuadas. Designou que a SeinfraOperações acompanhasse periodicamente o cumprimento dessas obrigações.²²

Particularidades do caso: a comprovação da culpa da empresa não foi feita com base nas provas produzidas em acordos assinados pela própria empresa. As provas vieram de acordos celebrados por outras empresas e pessoas físicas.²³ Daí pode-se dizer que a

²² Acórdão 2.446/2018.

²³ Especificamente: i) depoimento de Augusto Ribeiro de Mendonça Neto, executivo do Grupo Setal; ii) depoimento de Pedro José Barusco Filho, ex-Gerente de Serviços da Diretoria de Serviços da Petrobras; iii) depoimento das empresas Setec Tecnologia S/A e SOG Óleo e Gás S/A (Acórdão 2446/2018, p. 102).

lógica do Acórdão 2.396/2018 (de evitar que provas produzidas pela empresa sejam utilizadas em sua própria condenação) não se aplica ao caso.²⁴

Aqui, o fundamento da decisão foi outro:

“Em minha visão, há um dever de uniformidade e coerência, quando um outro órgão de estado, embora independente, não produz provas autônomas e utiliza, no exercício de suas competências, somente evidências obtidas de outro órgão, que deixou de exercer o seu poder sancionatório sobre um determinado administrado. Em outras palavras, sou da opinião que deve haver um compromisso de comunicabilidade de instância, por meio do qual o segundo órgão adere aos termos de cooperação firmado pelo primeiro e não impõe outra consequência jurídica além das já tomadas por este. Nesta hipótese, o segundo órgão também deixa de exercer seu poder sancionatório, em troca de todos os benefícios processuais que podem advir do uso dos elementos de prova juntados nos acordos de colaboração, em sua própria instância. (...) se a cooperação de uma pessoa junto a outra instância foi suficiente para evitar a aplicação de sanção pela violação de bem jurídico, também tutelado pelo o TCU, o Tribunal deve, numa atitude de deferência ao acordo firmado por outro órgão de controle e de respeito ao microsistema de combate à corrupção e de defesa da probidade administrativa, diante da ausência de provas autônomas em relação à produzida por aquela instância, recuar no exercício de seu poder sancionatório e reputar como suficiente a pena ou a medida substitutiva imputada pelo órgão do Estado.”²⁵

A preocupação do tribunal foi com a coerência do que chamou *microsistema de combate à corrupção* e sua efetividade. A ideia é: se a empresa já celebrou acordo de colaboração outra instância controladora, e essa instância entendeu adequado relativizar seu poder sancionatório em função da relevância da colaboração, faz sentido que o TCU, tutelando bem jurídico semelhante, também relativize sua competência para aplicar sanção, inclusive suspendo a tramitação do processo. Mais: considerando que as investigações do

²⁴ “Como se vê, a imputação promovida no presente feito não utilizou provas nem informações trazidas pela empresa, nos compromissos firmados com os demais órgãos do estado, não havendo, por conseguinte, nenhuma quebra à confiança depositada nos aludidos instrumentos e nos órgãos signatários.” (Acórdão 2.446/2018).

²⁵ Acórdão 2.446/2018.

próprio tribunal utilizaram em grande parte provas produzidas em acordos de colaboração, faz sentido que se busque dar consistência ao uso desse instrumento.

Ressalte-se que a lógica da coerência de um microsistema de combate à corrupção já havia sido utilizada em casos passados, analisados pelo Observatório.²⁶ A reiteração denota que o TCU está de fato incorporando esse posicionamento em sua maneira de analisar impactos de acordos de colaboração em sua jurisdição, não se tratando de posicionamento tomado em caso isolado.

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

Os auditores encarregados de instruir a matéria aduziram que a participação da empresa nas fraudes pôde ser comprovada independentemente dos acordos celebrados. Por essa razão, entenderam que a confissão da empresa e sua contribuição perante outras instâncias controladoras deveriam ser consideradas apenas na dosimetria das penas. Sendo assim, os auditores propuseram a aplicação da pena de declaração de inidoneidade para contratação com a administração federal de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, referentes à pena de 5 (cinco) anos prevista no art. 46 da LOTCU, reduzida de 2/3.²⁷

A diretora da SeinfraOperações concordou com a proposta dos auditores. No entanto, sugeriu a suspensão temporária da aplicação da pena em 180 (cento e oitenta) dias, com o propósito de que fosse facultado à empresa apresentar planos para colaborar efetivamente com as apurações de débito em curso e para que fosse julgada tomada de contas 016.119/2016-9, que analisa o envolvimento das demais empresas envolvidas nas fraudes nas obras da Rnest.²⁸

O Secretário da unidade técnica propôs sobrestar, por 30 dias, a apreciação acerca da responsabilidade, para que fosse verificada a intenção da empresa em contribuir com os processos de controle externo.²⁹

²⁶ Acórdão 1.214/2018.

²⁷ Acórdão 2.446/2018.

²⁸ Acórdão 2.376/2018.

²⁹ *Idem.*

Já o Ministério Público de Contas, em parecer do Subprocurador Paulo Soares Bugarin, discordou das propostas de suspender o processo e a pena. Utilizou metodologia própria de dosimetria da pena, em que aplicou, por analogia, os institutos penais de concurso material de crimes e do crime continuado, além da técnica da exasperação da pena. Divergindo do entendimento de que a cumulação de mais de uma sanção de inidoneidade aplicada a uma mesma licitante estaria limitada a 5 (cinco) anos, propôs que fosse declarada a inidoneidade da empresa para participar de licitação que utilize recursos públicos federais por um período de 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias.³⁰⁻³¹

5. TCU E OS LIMITES DE SUAS COMPETÊNCIAS

A. Pode o TCU desconsiderar a personalidade jurídica de empresas?

Em 29 de agosto de 2018, o TCU julgou o Acórdão 2018/2018 – Plenário (rel. Min. Aroldo Cedraz), por meio do qual se manifestou sobre tomada de contas especial instaurada pelo Ministério da Integração Nacional contra ex-prefeitos, em razão de omissão no dever de prestar contas relativas a convênio celebrado com município para a “construção e recuperação de açudes”.

O relatório de tomada de contas especial concluiu pela existência de dano ao erário, sob a responsabilidade dos ex-prefeitos, e que sociedade de fachada fora beneficiária de pagamentos realizados com recursos transferidos pela União ao Município por meio do convênio (fato que teria sido comprovado por operações policiais e corroborado por sócio da empresa).

À luz do exposto, decidiu o TCU, entre outras medidas, desconsiderar a personalidade jurídica da empresa. A decisão foi fundamentada no art. 50 do Código Civil

³⁰ Acórdão 2.376/2018.

³¹ Essa visão do Ministério Público de Contas a respeito da aplicação analógica de institutos de direito penal à dosimetria da declaração de inidoneidade, bem como ao argumento de que a cumulação de penas aplicadas a uma mesma empresa não estaria limitada ao prazo de 5 (cinco) anos já foi trabalhada por este Observatório no artigo de junho de 2018, intitulado “Inidôneo ao limite”.

e se escorou em proposta de encaminhamento da área técnica do Tribunal e em parecer do Ministério Público junto ao TCU.

A dúvida que se põe é: mesmo havendo indícios consistentes de abuso da personalidade jurídica, teria o TCU competência para, ele próprio, desconsiderar a personalidade jurídica de empresa, atingindo o patrimônio de seus sócios? Essa é a redação do art. 50 do Código Civil: “Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, *pode o juiz decidir*, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no *processo*, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

A legislação impõe dois requisitos para a desconsideração da personalidade jurídica. O primeiro é de ordem material e envolve o motivo justificador da medida: para que a desconsideração ocorra é necessário que reste caracterizado “abuso da personalidade jurídica”, a ser consubstanciado “pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial”. O outro requisito é de ordem formal: a medida depende de processo judicial, isto é, só pode ser decretada pelo Poder Judiciário.

Disso decorre que mesmo havendo motivo justificador da medida (prova cabal de uso indevido da personalidade jurídica), não poderia o TCU desconsiderar, ele próprio, a personalidade jurídica de empresa. O TCU não recebeu atribuição constitucional ou legal para fazê-lo.

O Código de Processo Civil, inclusive, disciplina em procedimento específico a maneira de se promover, pela via judicial, a desconsideração da personalidade jurídica (arts. 133 e seguintes). Trata-se de medida que demanda contraditório e ampla defesa, sendo vedada a decretação de ofício, mesmo pelo Judiciário.

O TCU é um órgão concebido para atuar no controle externo da administração pública e de seus agentes públicos. Sua expertise está na análise das finanças públicas, da economicidade das ações estatais, bem como de legalidade e da legitimidade dos atos administrativos envoltos nessa seara. A apuração dos deveres e das atuações de acionistas e administradores de empresas privadas desborda do cerne de atuação de seus técnicos. A

caracterização de fraude ou de abuso no uso da personalidade jurídica é assunto alheio ao campo de atuação dos Tribunais de Contas.

Em suma: a desconsideração da personalidade jurídica depende de processo judicial, no qual seja garantido prévio contraditório, conforme exigido no Código Civil (art. 150) e no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137); o TCU não dispõe de competência constitucional ou legal para adotar preventivamente a medida.

Não obstante, diante de indícios de irregularidades, o TCU pode obter a desconsideração da personalidade jurídica por meio de sua competência para representar (art. 71, XI, da Constituição), acionando o Poder Judiciário. Esse parece ser o caminho desenhado pelo ordenamento jurídico. Seu desrespeito pode ocasionar uma sobreposição de atribuições institucionais, que tende a aumentar a insegurança jurídica tanto para controlados como para controladores.

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