

GRUPO PÚBLICO

Observatório do TCU

Julgamentos de janeiro e fevereiro de 2018¹

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem ampliado continuamente o seu controle sobre a administração pública, impactando agentes públicos e privados. Houve tanto intensificação das atividades do Tribunal,² como a proliferação de decisões com o potencial de influir substancialmente na atuação dos gestores públicos.

Tal fenômeno precisa ser mais bem compreendido. E isso requer um esforço de pesquisa sistemático, abrangente, sofisticado. Não se tem notícia de iniciativa voltada a atender essa demanda.

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

O *Observatório* — que, inclusive, conta com o auxílio de colaboradores presentes *in loco* nas sessões de julgamento do TCU — sistematizará mês a mês as decisões do Tribunal, organizando-as em quatro eixos temáticos (aquisição de bens e serviços; desestatizações; TCU como instância sancionadora; e TCU como órgão de controle). Mensalmente, o grupo produzirá artigo acadêmico para relatar, comentar e contextualizar as decisões mais importantes.

O presente artigo inaugura as publicações mensais do *Observatório do TCU*, analisando, excepcionalmente, as decisões do Tribunal relativas aos meses de janeiro e fevereiro de 2018.

A primeira sessão aborda a postura do TCU perante inovações na gestão pública; a segunda cuida de interferências do Tribunal nas atividades-fim das agências

¹ Participaram da elaboração do artigo: André Braga; André Rosilho; Arthur Guedes; Conrado Valentini Tristão; Daniel Bogéa; Gilberto Gomes; Gustavo Maia Pereira; Julia Lillo; Matheus de Paula; e Yasser Gabriel.

² Veja-se o aumento da quantidade de acórdãos prolatados pelo TCU ao longo do tempo: em 2005, o TCU proferiu 7.044 acórdãos, enquanto que em 2016, o número chegou a 24.367 – um aumento de 245%. Ver TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório anual de atividades do TCU – 2005. Brasília, 2006; e TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório anual de atividades do TCU – 2017. Brasília, 2018. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/transparencia/relatorios/relatorios-de-atividades/>>.

reguladoras; a terceira se refere à aplicação, pelo TCU, de sanções no âmbito das licitações e da dosimetria da inidoneidade; e, por fim, a quarta diz respeito ao alargamento de competências do TCU na aplicação de medidas cautelares.

1. O TCU e as inovações na gestão pública: caso da “quarteirização” da manutenção de frota de veículos

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

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

Em linhas gerais, na contratação do serviço de gerenciamento de manutenção de frota de veículos, a empresa contratada não executa diretamente o conserto dos veículos, mas apenas os direciona, via sistema informatizado, para uma das várias oficinas credenciadas, escolhida conforme determinados critérios estabelecidos no contrato, como proximidade do local do veículo danificado e o menor preço oferecido pela manutenção. Em razão dessa participação de outras empresas na execução do serviço, diferentes da contratada, é que alguns doutrinadores chamam esse modelo de “quarteirização”.³

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

³ Ver, por exemplo, PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Manutenção da frota e fornecimento de combustíveis por rede credenciada, gerida por empresa contratada: Prenúncio da “quarteirização” na gestão pública? *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, v. 9, n. 102, p. 23-42, 2010.

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

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

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

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

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

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

2. O controle pelo TCU de atividades-fim das agências reguladoras

O TCU, além de controlar a gestão da infraestrutura quando realizada diretamente, por meio de autarquias comuns e empresas públicas, tem exercido intensa fiscalização também sobre o modelo de intervenção indireta, o qual compreende os contratos públicos de parceria regulados por agências.

Nesse sentido, é tarefa das agências reguladoras dos setores de infraestrutura, além da função normativa, estruturar, implementar e fiscalizar as relações contratuais entre o Estado e a iniciativa privada destinadas a viabilizar empreendimentos públicos. A regulação administrativa, portanto, dá-se tanto através da produção de normas como por meio dos editais de licitação e contratos.⁴

Mas tem o TCU, ao fiscalizar os processos de concessão de infraestrutura, atuado em conformidade com suas competências legais e constitucionais?

Tomando-se como referência a função constitucional do Tribunal de exercer o “controle de contas”, causa certa dúvida de conformidade jurídica ver a intensidade do controle exercido pelo Tribunal sobre as atividades-fim das agências reguladoras, já que estas operam a intervenção *indireta* do Estado.

Na doutrina, as posições variam desde quem entende, como Luis Roberto Barroso, que o Tribunal de Contas não poderia interferir na atividade-fim das agências,⁵ por não implicar dispêndio direto de recursos, até quem defende, como Benjamin Zymler, ser o TCU o órgão que detém melhores condições para desenvolver uma visão sistêmica do modelo regulatório brasileiro e, portanto, competente para fazer o controle externo da regulação.⁶

Eduardo Jordão, por sua vez, defende a moderação do controle, a fim de evitar que “as prognoses incertas do administrador sejam substituídas pelas prognoses igualmente incertas do controlador”.⁷ É uma versão contemporânea do clássico pensamento de Victor Nunes Leal, manifestado em relação aos limites do controle judicial da administração pública, segundo o qual “no estudo do controle do poder

⁴ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio. (Org.). *Regulação no Brasil: Uma visão interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Parecer LRB nº 5/98, transcrito em MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos tribunais de contas sobre as agências reguladoras: Em busca de alguns standards possíveis. *Revista de Direito Público da Economia*, ano 10, n. 38, p. 147-164, 2012. p. 148-149. Em sentido semelhante, Marçal Justen Filho sustenta que “não caberá ao Tribunal de Contas investigar o conteúdo das decisões regulatórias, emitidas pela agência. O que se deverá verificar serão os dispêndios, licitações e contratações produzidos, os atos atinentes a pessoal e sua remuneração” (*O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 589).

⁶ ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e controle*. 4. Ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015. p. 203.

⁷ JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, p. 209-230, 2014. p. 211.

discricionário, a doutrina tem de utilizar instrumentos de precisão, para não vestir um santo com a roupa do outro, substituindo o arbítrio administrativo pelo arbítrio judiciário”.⁸

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

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

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

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

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

Curioso observar que o Ministro Relator, no final do seu voto, depois de determinar o afastamento de todos os critérios adotados pela agência, agora em substituição ao regulador, ressaltou que “a função de realizar estudos, efetivar reajustes tarifários, criar novas metodologias de cálculos de reajustes, enfim, regular e

⁸ LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário da administração – abuso desse poder – mandado de segurança – direito líquido e certo. *Revista de Direito Administrativo*, v. 14, p. 52-82, 1948. p. 53.

supervisionar as atividades referentes à infraestrutura de transportes no Brasil pertence à ANTT”.⁹

No caso referido acima, sem entrar no mérito das questões discutidas, parece ter o TCU substituído o regulador, influenciando de modo direto a produção de regulação setorial específica.

3. “Mais ou menos” licitante, mais ou menos inidôneo¹⁰

O TCU, em matéria de contratações públicas, tem competência para aplicar sanção de declaração de inidoneidade. Nesse sentido, a Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU – LOTCU) dispõe que, comprovada fraude em licitação, o Tribunal “declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na administração pública federal” (art. 46).

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

No caso de Abreu e Lima, foram declaradas inidôneas, por três anos, as empresas MPE Montagens e Projetos Especiais S.A. – MPE e Mendes Júnior Trading e Engenharia S.A. – Mendes Júnior. O Tribunal concluiu que ambas haviam

⁹ É interessante notar que diversos autores parecem identificar uma postura dúbia do TCU com relação às agências reguladoras: em abstrato, o Tribunal já sustentou ser deferente à discricionariedade técnica das agências, mas na prática, tem interferido nas atividades-fim dos entes reguladores. Nesse sentido, ver MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. (Coord.). *Direito da Infraestrutura – Volume 2*. São Paulo: SaraivaJur, 2017. Ver também PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes executivo, legislativo e judiciário: Uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁰ Esse trecho do relatório foi editado e publicado na coluna Controle Público, do JOTA, sob o título “Mais ou menos inidôneo?”. Em resposta, Paulo Bugarin, Subprocurador-Geral do Ministério Público de Contas junto ao TCU, escreveu artigo, no mesmo site, intitulado “Uns mais inidôneos que outros”: “A preocupação com o regular exercício do poder sancionador do Estado é legítima e merece uma permanente reflexão por parte dos seus órgãos e agentes e, em especial, pelo conjunto de seus cidadãos. Inquietação desse tipo foi oportunamente externada em opinião publicada em 19/4/2018 na coluna Controle Público do JOTA sob o título “Mais ou menos inidôneo?”. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uns-mais-inidoneos-que-outros-04052018>.

deliberadamente se eximido de participar de licitações para as quais haviam sido convidadas, de modo a frustrar o caráter competitivo dos certames, cujos resultados haviam sido previamente acordados e apenas os valores estimados de superfaturamento da contratação somavam R\$ 2,85 bilhões.

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

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

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

Ainda que a lei utilize o termo “licitante” para especificar quem pode ser declarado inidôneo, o TCU faz uso elástico do conceito. Em ambos os julgamentos, tornaram-se inidôneas empresas que não participaram de licitação — ou porque não apresentaram proposta, ou porque sequer existiu certame licitatório. O Tribunal justifica seu entendimento da seguinte forma: i) “licitante” deve ser lido como o particular que, de alguma forma, participa da licitação na condição de potencial contratado e interfere na disputa e no resultado; ii) recorrentemente, a Corte de Contas tem dado entendimento mais abrangente à expressão “licitação” para incluir também contratações diretas (citando jurisprudência dos acórdãos 100/2003 e 348/2016 e a doutrina de Marçal Justen Filho).

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

Por outro lado, os casos também demonstram que, para o Tribunal, há licitantes mais inidôneos que outros. Isso porque nem todos ficarão impedidos para participar de licitações pelo mesmo prazo — afinal, a lei estabelece prazo de até cinco anos. A graduação da duração da sanção tem lógica. É que a inidoneidade pode ser aferida de

acordo com a gravidade da conduta do licitante, valor da contratação e tamanho do dano ao erário, por exemplo. Ou seja, a sanção deve ser adequada ao caso concreto. E como o TCU realiza essa gradação?

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

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

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

4. O alargamento de competências pelo TCU: a questão das medidas cautelares

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

A Constituição de 1988 e a legislação federal previram a possibilidade de a Corte de Contas agir cautelarmente em circunstâncias específicas, mas não transformou o controle preventivo em regra. Desde a Constituição de 1967, o TCU é definido pela legislação como órgão de controle *a posteriori*.¹¹ No entanto, casos concretos demonstram que, valendo-se do discurso de que é preciso evitar a consumação de prejuízo ou ilegalidade de gasto público, com frequência expede ordens cautelares com baixo grau de aderência ao Direito.

¹¹ Sobre o tema, ver ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Tese de Doutorado. Orientador: Floriano de Azevedo Marques Neto. São Paulo. 2016, p. 226 e ss. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/pt-br.php>>.

Em 21 de fevereiro de 2018, o TCU, em tomada de contas especial, apreciou relatório de auditoria relativo à construção da Ferrovia Norte-Sul, em Goiás (Acórdão 296/2018 – Plenário). Baseado em conclusão de unidade técnica pela existência de débito, o Tribunal, com fundamento no art. 44, § 2º, da LOTCU, combinado com os arts. 273 e 274 do Regimento Interno do TCU (RITCU), decidiu decretar, pelo prazo de um ano, a indisponibilidade de bens dos responsáveis. Entre eles havia pessoa jurídica contratada por ente estatal e pessoas físicas integrantes de seus quadros.¹²

Ocorre que a LOTCU circunscreveu a medida cautelar para decretação da indisponibilidade de bens a *agentes públicos*, pertencentes à máquina estatal.¹³ Por determinação expressa do § 2º do art. 44, esse tipo de medida constritiva só pode ser aplicada pelo Tribunal “nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo”, ou seja, em relação a “responsável” que exerça “funções”, sob vigilância de “autoridade superior competente” (§ 1º do art. 44). Os dispositivos do RITCU repetem a redação da LOTCU. Nesse específico contexto, portanto, a expressão “responsável” assume sentido próprio, restrito.¹⁴

Outra decisão curiosa do TCU foi proferida no Acórdão 508/2018 – Plenário, julgado em 14 de março de 2018. O caso envolvia relatório de auditoria sobre contrato de supervisão de obras de lote da Ferrovia Norte-Sul. Considerando haver “prejuízo potencial elevado na avença” por conta de indícios de superfaturamento apurados por unidade técnica, o Tribunal determinou cautelarmente à empresa responsável pelas obras, nos termos do art. 276, *caput*, do RITCU, que suspendesse integralmente a execução do contrato de supervisão de obra e que se abstinhasse “de efetuar qualquer pagamento relacionado ao referido ajuste”, até que a Corte de Contas se pronunciasse quanto às questões de mérito.

¹² No presente caso, o entendimento do TCU, no sentido da responsabilização dos empregados de pessoa jurídica contratada por ente estatal, parece destoar de decisões anteriores do Tribunal. No Acórdão 835/2015 – Plenário, por exemplo, a maioria dos ministros sustentou que a jurisprudência majoritária da Corte de Contas seria contrária à responsabilização dos empregados da empresa contratada pelo poder público.

¹³ Sobre o tema, ver ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. op. cit., p. 246 e ss.

¹⁴ É interessante observarmos que, no julgamento em questão, o Ministro Relator Benjamin Zymler faz alusão a duas decisões monocráticas de ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), proferidas nos âmbitos do MS 35.404 e MS 33.996, para sustentar que o STF viria reconhecendo ao TCU o poder geral de cautela. Na decisão monocrática proferida no MS 35.404, a Min. Rosa Weber de fato defende uma interpretação do art. 44, § 2º, da LOTCU no sentido de conferir poder geral de cautela à Corte de Contas. No entanto, o curioso é que, no MS 33.996, a decisão monocrática do Min. Dias Toffoli não discute a questão da competência do TCU para determinar medidas cautelares, mas sim a adequação de ato da Corte de Contas que determinou o bloqueio de ativos financeiros da empresa impetrante.

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

Em 28 de fevereiro de 2018, o TCU, ao julgar o Acórdão 380/2018 – Plenário, expediu medida cautelar de outro tipo, dessa vez para sustar efeitos de ato normativo editado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Nos termos do voto do relator, o TCU, considerando haver indícios de ilegalidade na Resolução Normativa nº 01/2015 da ANTAQ, decidiu, cautelarmente, com base no art. 45 da LOTCU e no art. 276 do RITCU, sustar dispositivo do diploma. O motivo foi a existência de suposta restrição ilegal à possibilidade de afretamento de embarcação estrangeira.¹⁵

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

Ainda com relação ao caso do Acórdão 380/2018 – Plenário, é interessante observar que nem a unidade técnica nem o Plenário do Tribunal expuseram, de forma clara, o fundamento da competência do TCU para determinar a suspensão dos efeitos de uma norma. No acórdão, consta apenas o argumento do Min. Benjamin Zymler no sentido de que “a natureza jurídica de serviço público de transporte aquaviário atrai a incidência do Direito Administrativo e a competência do TCU”.

Ao tomar decisões, o TCU não parece preocupado em explicitar e detalhar os fundamentos jurídicos que o autorizariam a exercer poder cautelar. Em havendo constatação de dano potencial ao erário, direto ou indireto, supõe suficiente alegar a presença de *fumus boni juris* e *periculum in mora* para justificar a adoção da medida que julgar mais ajustada e eficiente para evitar suposta lesão ou ameaça a direito. A

¹⁵ De modo diverso, o TRF da 1ª Região, analisando exatamente a mesma resolução, entendeu que a ANTAQ atuou em conformidade com os limites do poder normativo. Dessa forma, surge a seguinte dúvida: considerando o nosso sistema de jurisdição una, qual decisão vale, afinal? A do Judiciário ou a do TCU?

impressão é a de que o TCU se vê como imagem e semelhança do Judiciário, a quem a Constituição conferiu de modo expresso poder geral de cautela (art. 5º, XXXV).¹⁶

Em decisão dúbia, o Supremo Tribunal Federal (STF) chegou a afirmar, em autêntico *obiter dictum*, que o TCU teria amplo poder de cautela (MS 24.510). Mas o fez em ação na qual a competência do TCU para agir cautelarmente era inequívoca (discutia-se a possibilidade de sustação de edital de licitação, que é autorizada pelo art. 71, X, da Constituição, c/c art. 113, § 2º, da lei 8.666/93). Em decisões monocráticas, ministros do STF têm se demonstrado dispostos a barrar medidas cautelares de diversos tipos adotadas pelo TCU (v. MS 34.357, MS 34.392, MS 34.421, MS 34.410 e MS 35.192).

A Constituição não equiparou o TCU ao Judiciário, no que tange a suas missões ou competências. Sustentar que o TCU teria poder geral de cautela implicaria em ignorar decisões expressas tomadas pela legislação em nível constitucional e legal. A observância do texto das normas não é preciosismo acadêmico. É condição necessária para que haja um mínimo de segurança jurídica e previsibilidade, ingredientes indispensáveis ao bom funcionamento das instituições. A deterioração de parâmetros pode ter efeitos positivos imediatos, mas à custa da produção de efeitos deletérios de longo prazo e de dimensão impossível de ser mensurada *a priori*.

Para citar esse artigo: GRUPO PÚBLICO DA FGV DIREITO SP/SBDP. **Observatório do TCU: julgamentos de janeiro e fevereiro de 2018**. São Paulo, SP, 2018.

¹⁶ Para uma defesa da possibilidade de exercício do poder geral de cautela pelo TCU, ver BIM, Eduardo Fortunato. O poder geral de cautela dos tribunais de contas nas licitações e nos contratos administrativos. *Interesse Público*, ano 8, n. 36, 2006. Em sentido contrário, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara entendem que “não (...) parece compatível com a Constituição de 1988 o reconhecimento de um genérico “poder cautelar” para o Tribunal de Contas, pois isso implicaria, na prática, a avocação para si de decisão expressamente reservada ao Poder Legislativo” (Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 204.