

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

### **Observatório do TCU**

#### **Balanço crítico parcial de 2018 (jan./mar.)**

#### **Sumário**

2. TCU E A GESTÃO PÚBLICA.....	4
A. Muitas decisões, menos segurança jurídica? .....	4
B. Custos e benefícios do controle: o caso da desoneração da folha de pagamentos.....	8
C. Impacto do controle na inovação: caso da “quarteirização” da manutenção de frota de veículos .....	18
3. TCU E REGULADORES EM PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO .....	20
A. No setor petrolífero, blocos devem ser licitados em separado ou em conjunto?.....	20
B. A quem cabe fixar critérios para a definição de tarifas de pedágios em rodovias? .....	25
4. TCU E SUA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA.....	26
A. “Mais ou menos” licitante, mais ou menos inidôneo .....	26
B. A atividade sancionatória deve levar em conta a realidade da gestão pública?.....	29
5. TCU E OS LIMITES DE SUAS COMPETÊNCIAS .....	31
A. Até onde vão os poderes cautelares do TCU? .....	31
B. Auditorias, em sentido estrito, podem contribuir para a boa gestão pública .....	35

## 1. INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

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

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

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

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

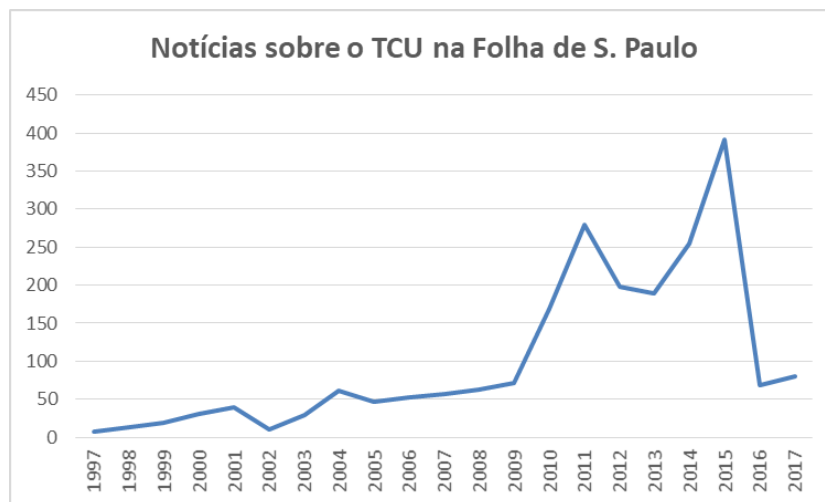
---

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

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

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

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



Fonte: Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp

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

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

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

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

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

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

O *Observatório do TCU* — que, inclusive, conta com o auxílio de colaboradores presentes *in loco* nas sessões de julgamento — sistematiza mês a mês, desde o início de 2018, as mais relevantes decisões do Tribunal, organizando-as em quatro eixos temáticos: (i) aquisição de bens e serviços; (ii) desestatizações; (iii) sanções; e (iv) possibilidades e limites de controle. Mensalmente, o grupo produz artigo acadêmico para relatar, comentar e criticar decisões proferidas pelo TCU, contextualizando-as nos debates acadêmicos mais amplos sobre gestão pública e controle da administração.

O presente balanço crítico parcial reúne análises elaboradas a partir dos julgados proferidos pelo TCU de janeiro a março de 2018 e se encontra dividido em 4 grandes seções: (i) TCU e o risco de incremento da complexidade na gestão pública; (ii) TCU e o risco de substituição do regulador em desestatizações; (iii) TCU e o risco de insegurança jurídica na aplicação de sanções; e (iv) TCU e o risco de ampliação dos limites de suas competências.

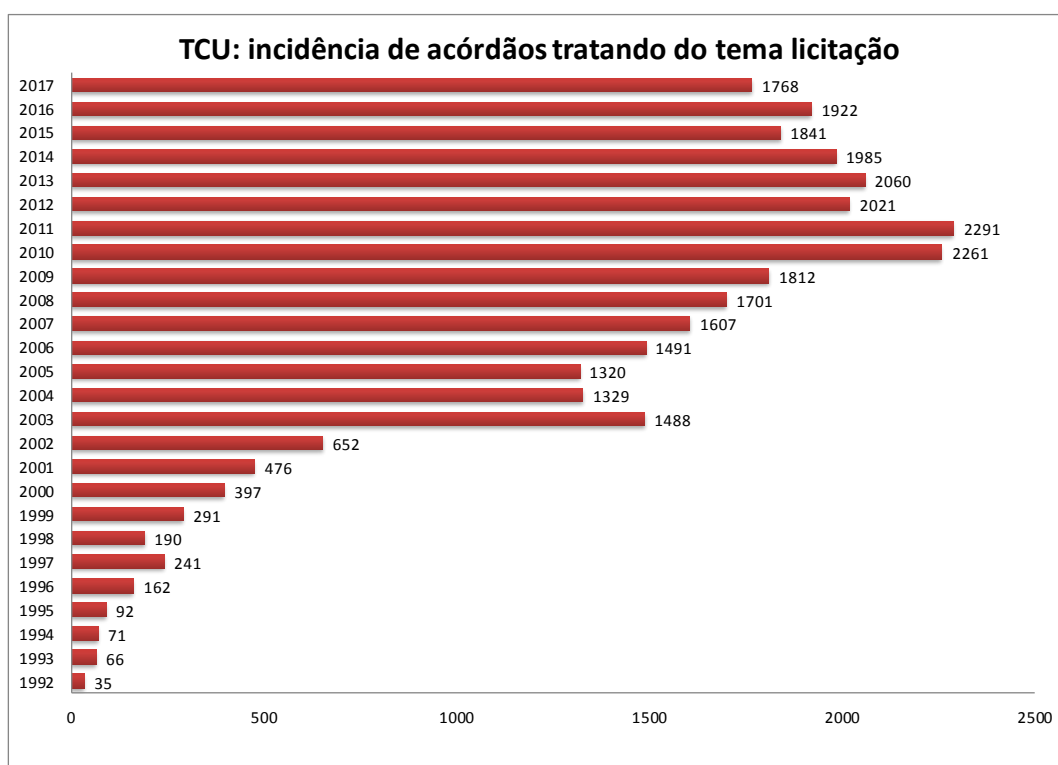
## **2. TCU E A GESTÃO PÚBLICA**

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

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

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

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



Fonte: Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp

Obviamente, decidir grande quantidade de casos envolvendo licitações e contratos administrativos não é, em si, um problema. Pode inclusive ser sinônimo de

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

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

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

produtividade e zelo com a coisa pública. O desafio está na necessidade de organizar tais decisões num todo coerente, que seja capaz de gerar previsibilidade e pautar a conduta futura dos gestores públicos. Parece razoável dizer que a maximização dos efeitos preventivos e prospectivos da atuação do controle tem o potencial de contribuir para transmutar o TCU em um Tribunal que ajude a administração pública a implementar uma cultura de novas e boas práticas.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

O Tribunal mudou seu entendimento cerca de dois meses depois, revogando a medida cautelar e, no mérito, decidindo pela regularidade da licitação (Acórdão 433/2018 – Plenário). Na nova decisão, a unidade técnica e o ministro relator defenderam que, na verdade, existiriam justificativas razoáveis para diferenciar o fornecimento de vale refeição e vale alimentação, em especial o fato de que os dois serviços dependeriam de redes credenciadas distintas para atendimento aos usuários.

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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



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

Por exemplo, ao expedir determinações bem abertas, desprovidas de conteúdo claro *a priori* — como no caso da tarifa básica do pedágio da rodovia BR 101 (determinação para que fossem realizados “novos estudos”) — é possível que o TCU, ao invés de gerar benefícios, acabe apenas tornando o processo decisório mais complexo e moroso — e, por isso, mais custoso. Por que, antes de emitir uma determinação como essa, o TCU não optou por realizar uma discussão ampla e geral para analisar as variáveis envolvidas e conceber fórmulas adequadas? Esse outro modo de agir (preocupado com as consequências práticas da decisão) poderia conduzir a determinações mais concretas e de cumprimento mais simples e menos custoso.

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

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

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

---

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

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

Diante desses fatos, em 2013 a Secretaria de Controle Externo de Aquisições Logísticas do TCU (Selog) propôs uma representação<sup>20</sup> ao Plenário do Tribunal, apontando para a possível existência de irregularidades em contratos administrativos firmados com empresas beneficiadas pela desoneração. Nesse amplo grupo de contratos, estariam presentes, por exemplo, contratos de prestação de serviços de informática, *call center* e engenharia.

A Selog fundamentou a representação em dois argumentos principais.

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

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

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

O TCU, no Acórdão 2.859/2013 – Plenário, julgou procedente a representação da Selog, determinando em especial que órgãos e entidades públicas federais adotassem medidas para (i) a revisão dos contratos de prestação de serviços ainda vigentes, celebrados com empresas beneficiadas pelo novo regime, inclusive mediante a

---

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

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

aplicação de efeitos retroativos desde a data de início da desoneração; e (ii) a obtenção, pela via administrativa, dos valores pagos a mais em relação a contratos de prestação de serviços já encerrados, também firmados com empresas beneficiadas pela desoneração.

Uma peculiaridade: o TCU não endereçou essas determinações diretamente a todos os órgãos e entidades públicas federais. Ele o fez por meio dos chamados “órgãos governantes superiores”,<sup>21</sup> cada um deles responsável por normatizar e fiscalizar a gestão dos recursos logísticos de um conjunto específico de organizações públicas.

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

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

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

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

A realidade, contudo, demonstrou ser mais complexa.

Após a decisão do TCU, surgiram dúvidas sobre a forma de mensurar corretamente a diminuição do montante de contribuições pagas pelas empresas beneficiadas pela desoneração. Particularmente espinhosa se mostrou a seguinte questão: se uma empresa exerce, ao mesmo tempo, atividades sujeitas e não sujeitas ao novo regime, como ela deve calcular o impacto da desoneração sobre o preço do serviço

---

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

prestado? Como ela deve preencher a planilha de custos a ser apresentada ao poder público em processos licitatórios ou em processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro?

Na tentativa de responder a essas perguntas, vários órgãos públicos emitiram pareceres jurídicos ou notas técnicas, como a Procuradoria Federal junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, a Coordenação-Geral Jurídica de Licitações, Contratos e Convênios da Consultoria Jurídica do Ministério do Planejamento e a Coordenação-Geral de Assuntos Tributários da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

Alguns entes criaram grupos de trabalho para estudar os impactos da desoneração em seus contratos. Foi o que fez o Senado Federal,<sup>31</sup> a Caixa Econômica Federal,<sup>32</sup> a VALEC,<sup>33</sup> o CNJ,<sup>34</sup> a Companhia Docas do Estado de São Paulo,<sup>35</sup> o Banco do Brasil,<sup>36</sup> o Instituto de Tecnologia em Imunobiológicos da Fundação Oswaldo Cruz,<sup>37</sup> o Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe,<sup>38</sup> o Banco do Nordeste,<sup>39</sup> entre outros.

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

Litígios surgiram.

No âmbito administrativo, empresas manifestaram discordância em relação aos cálculos realizados pelo poder público nos processos de revisão.<sup>42</sup> Outras dificultaram a

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

coleta de documentos e informações<sup>43</sup> ou se recusaram a assinar os respectivos termos aditivos.<sup>44</sup>

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

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

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

Segundo: ao exigir que os processos de revisão contratual retroagissem até a data do início da vigência do regime de desoneração e, ainda, ao determinar o

---

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

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

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

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

ressarcimento de valores pagos a mais em contratos já encerrados, o TCU estaria produzindo “clara e ilegal insegurança jurídica”.

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

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

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

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

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

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

---

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



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

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

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

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

Em tese, a prevalecer o rigor do TCU na aplicação do art. 65, § 5º, da lei 8.666/1993, o poder público federal precisará em breve reiniciar esse ciclo de revisão de contratos, pois a recente lei 13.670/2018 pôs fim aos benefícios da desoneração da folha para diversos setores da economia, que a partir de 1º de setembro de 2018 pagarão um

---

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

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

valor mais alto em tributos. Na esteira dessas mudanças, já se debate a possibilidade de algumas empresas ingressarem no Judiciário para obter a extensão da vigência da desoneração.<sup>50</sup> Tudo indica que a complexidade e a instabilidade de regras continuarão rondando o tema.

Retornando aos fundamentos do Acórdão 671/2018 – Plenário. Para o TCU, em razão da desoneração da folha de pagamentos, deve-se aplicar o art. 65, § 5º, da lei 8.666/1993 porque “o interesse público, norte de todo o regime jurídico-administrativo, assim o exige”. Do contrário, teríamos “pagamentos contratuais ilegais”, a serem suportados “por toda sociedade”.

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

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

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

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

Em linhas gerais, na contratação do serviço de gerenciamento de manutenção de frota de veículos, a empresa contratada não executa diretamente o conserto dos veículos,

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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.

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

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

É tarefa das agências reguladoras, além da função normativa, estruturar, implementar e fiscalizar as relações contratuais entre o Estado e a iniciativa privada destinadas a viabilizar empreendimentos públicos. A regulação administrativa, portanto, dá-se tanto por meio da produção de normas, como da elaboração de editais de licitação e de contratos.<sup>52</sup>

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

---

<sup>52</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Direito público e regulação no Brasil. In: GUERRA, Sérgio. (Org.). *Regulação no Brasil: Uma visão interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

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

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

No caso, a SeinfraPetróleo emitiu relatório relativo à 15ª Rodada de Licitações para blocos terrestres e marítimos, com vistas à outorga de contratos de concessão para atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural, realizada pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). A Unidade Técnica apontou diversas irregularidades no processo de desestatização, consistindo o problema central na ausência de fundamentação pelo Ministério de Minas e Energia (MME), pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) e pela ANP para a decisão de licitar em separado os Blocos S-M-645, S-M-534 e Saturno, sendo os dois primeiros oferecidos sob o regime de concessão (lei 9.478/1997) e o último sob o regime de partilha de produção (lei 12.351/2010).

Segundo a SeinfraPetróleo, as informações técnicas disponíveis indicariam que os Blocos S-M-534, S-M-645 e Saturno comporiam um mesmo reservatório de petróleo, de modo que a sua licitação em separado traria o risco de futura unitização (celebração de Acordos de Individualização da Produção).<sup>53</sup> Dessa forma, a decisão de ofertar os blocos em separado contrariaria as melhores práticas da indústria do petróleo, e poderia depreciar economicamente as respectivas áreas para os processos licitatórios.

Por ocasião da oitiva das partes, ANP e CNPE sustentaram, fundamentalmente, que uma possível unitização não seria um problema, pois a subdivisão de áreas propiciaria maior competitividade e atratividade nas licitações. As partes alegaram

---

<sup>53</sup> Segundo José Alberto Bucheb, discussões sobre a individualização da produção (unitização) “surge quando uma jazida de petróleo ou gás natural se estende por dois ou mais blocos contíguos, cujos direitos de exploração e produção pertencem a concessionários diferentes” (*Direito do Petróleo – a regulação das atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 183).

ainda que, com os dados até então obtidos, não se poderia inferir, com razoável certeza, os limites dos blocos em questão — sendo incerto o risco de unitização.

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

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

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

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

A análise do caso, contudo, traz indicativos de que, na prática, o Tribunal decidiu sustar as licitações porque considerou que a administração teria tomado decisões “antieconômicas”.<sup>54</sup> Parte substancial da decisão foi dedicada a explicar a

---

<sup>54</sup> É interessante notar que essa diferença entre discurso e prática do TCU também é apontada pela literatura, no caso com relação à interferência em atividades-fim das agências reguladoras. Cf. MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. (Coord.). *Direito da Infraestrutura – Volume 2*. São Paulo: SaraivaJur, 2017. Cf. também PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes executivo, legislativo e judiciário: Uma proposta de sistematização. In:

razão pela qual a opção da administração por licitar os blocos em separado seria menos vantajosa à União, em termos econômicos, do que a opção vislumbrada pela Unidade Técnica de licitar os blocos em conjunto.<sup>55</sup>

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

O caso parece indicar uma propensão do Tribunal a influenciar mais ativamente a modelagem de futuros processos de desestatização. Isso porque está expressa no acórdão a expectativa de que o julgamento seja considerado pela administração nas futuras decisões sobre as definições dos blocos para outorgas de exploração e produção de petróleo e gás natural a serem ofertados nas rodadas programadas para ocorrer até 2019, e também de outras a ocorrer futuramente.

A Constituição Federal conferiu ao TCU a atribuição de verificar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos (art. 70, *caput*, c/c art. 71). Mas isso não significa que a Corte de Contas possa utilizar esses parâmetros de controle de modo indiscriminado, irrestrito. O exercício de competências impositivas (para praticar atos de comando ou para impor sanções), por exemplo, foi condicionado pelo ordenamento à constatação de ilegalidades pelo Tribunal (isto é, de infrações à lei em sentido amplo).<sup>56</sup>

---

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>55</sup> É importante destacar que, nesse caso, o CNPE precisaria propor ao Presidente da República a expedição de decreto para declarar a área dos Blocos S-M-645 e S-M-534 (externas ao polígono do pré-sal) como estratégica, para que, assim, tais blocos pudessem ser oferecidos conjuntamente com o Bloco de Saturno (interno ao polígono do pré-sal), sob o regime de partilha de produção.

<sup>56</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 182-183 e JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados: Controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, p. 209-230, 2014. p. 212-213.

Com relação ao acompanhamento de licitações, inclusive em processos de desestatização, a lei 8.666/1993 (Lei de Licitações) previu que a administração é responsável por demonstrar aos tribunais de contas a *legalidade* da despesa e regularidade da execução provenientes de instrumentos regidos pelo diploma (art. 113).<sup>57</sup> De modo que o ordenamento jurídico não conferiu ao TCU competência para controlar as licitações de modo interventivo a partir de análises de custo-benefício. Ao TCU só cabe interferir em licitações com atos de comando quando houver a identificação de potenciais afrontas à lei (ilegalidades).<sup>58</sup>

Tal delimitação da forma de atuação do TCU tem como um de seus objetivos impedir que o Tribunal substitua à administração na modelagem das desestatizações (função administrativa). O risco de uma atuação tão larga do TCU é o de o órgão de controle se transformar em revisor geral da atividade administrativa<sup>59</sup>, em “meta-regulador”<sup>60</sup>, violando, assim, a separação de Poderes.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> “Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, (...), ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da *legalidade* e regularidade da despesa e execução (...).”

<sup>58</sup> Cf. ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. *op. cit.* p. 236-237.

<sup>59</sup> Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 180 e ss. e ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. *op. cit.* p. 238 e ss.

<sup>60</sup> Em relatório de pesquisa sobre a regulação da infraestrutura brasileira, desenvolvido no âmbito da Centre of Analysis of Risk and Regulation (carr) da London School of Economics and Political Science e da RAND Europe, Martin Lodge, Christian van Stolk, Julia Batistella-Machado, Marco Hafner, Daniel Schweppenstedde e Martin Stepanek apontam que: “o TCU tornou-se, cada vez mais, um ‘meta-regulador’ na contestação das decisões regulatórias. Este papel é, por vezes, considerado problemático, pois as opiniões do TCU não refletiam o ambiente de decisão regulatória e se concentravam especificamente no ‘custo-benefício’. Em paralelo, o TCU também se transformou em um ‘amigo’ ao apoiar (ou ‘proteger’) as decisões técnicas contra as demandas politicamente orientadas. Considera-se que o TCU possui mais capacidade do que as agências reguladoras. No entanto, embora o papel de ‘meta-regulador’ (voluntário ou involuntário) do TCU ofereça conhecimento técnico adicional e consistência no processo de decisão, esse papel não se encaixa adequadamente na jurisdição geral do TCU” (Regulação da infraestrutura logística no Brasil – Versão preliminar do relatório. Disponível em: <<http://www.lse.ac.uk/accounting/assets/CARR/documents/Impact/Regulation-of-Logistics-Infrastructures-in-Brazil/Brazil-infrastructure-logistics-translated-FINAL.pdf>>). Nesse sentido, a decisão do TCU aqui analisada parece exemplificar o diagnóstico feito pelos pesquisadores.

<sup>61</sup> As interfaces entre órgãos de controle e Executivo geram debates acalorados na doutrina. Luis Roberto Barroso, por exemplo, defende que o Tribunal de Contas não poderia interferir na atividade-fim das agências, por não implicar dispêndio direto de recursos (BARROSO, Luís Roberto. Parecer LRB nº 5/98, transcrito em MENDONÇA, José Vicente Santos de. A propósito do controle feito pelos tribunais de contas sobre as agências reguladoras: Em busca de alguns standards possíveis. Revista de Direito Público da Economia, ano 10, n. 38, p. 147-164, 2012. p. 148-149).

Benjamin Zymler, por outro lado, sustenta ser o TCU o órgão que detém melhores condições para desenvolver uma visão sistêmica do modelo regulatório brasileiro e, portanto, competente para fazer



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

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

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

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

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

Mas o TCU foi além e determinou a revisão dos parâmetros utilizados pela ANTT para estimar o aumento dos custos, não aceitando, por exemplo, que fosse utilizada como referência a tabela de custos médios gerenciais do DNIT. Nesse sentido,

---

o controle externo da regulação (ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e controle*. 4. Ed. São Paulo: Editora Fórum, 2015. p. 203).

Já Eduardo Jordão defende a moderação do controle, a fim de evitar que “as prognoses incertas do administrador sejam substituídas pelas prognoses igualmente incertas do controlador” (JORDÃO, Eduardo. *A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador?* Revista Brasileira de Direito Público, ano 12, n. 47, p. 209-230, 2014. p. 211). É uma versão contemporânea do clássico pensamento de Victor Nunes Leal, manifestado em relação aos limites do controle judicial da administração pública, segundo o qual “no estudo do controle do poder discricionário, a doutrina tem de utilizar instrumentos de precisão, para não vestir um santo com a roupa do outro, substituindo o arbítrio administrativo pelo arbítrio judiciário” (LEAL, Victor Nunes. *Poder discricionário da administração – abuso dêsse poder – mandado de segurança – direito líquido e certo*. Revista de Direito Administrativo, v. 14, p. 52-82, 1948. p. 53).

o Tribunal não só determinou que a agência refizesse certos estudos, como também impôs a adoção de certos critérios.

Curioso observar que o Ministro Relator, no final do seu voto, depois de determinar o afastamento de todos os critérios adotados pela agência, agora em substituição ao regulador, ressaltou que “a função de realizar estudos, efetivar reajustes tarifários, criar novas metodologias de cálculos de reajustes, enfim, regular e supervisionar as atividades referentes à infraestrutura de transportes no Brasil pertence à ANTT”.<sup>62</sup>

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

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

##### ***A. “Mais ou menos” licitante, mais ou menos inidôneo***<sup>63</sup>

O TCU, em matéria de contratações públicas, tem competência para aplicar sanção de declaração de inidoneidade. Nesse sentido, a lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU – LOTCU) dispõe que, comprovada fraude em licitação, o Tribunal “declarará a

---

<sup>62</sup> É interessante notar que diversos autores parecem identificar uma postura dúbia do TCU com relação às agências reguladoras: em abstrato, o Tribunal já sustentou ser deferente à discricionariedade técnica das agências, mas na prática, tem interferido nas atividades-fim dos entes reguladores. Nesse sentido, ver MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. Agências reguladoras e o controle da regulação pelo Tribunal de Contas da União. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; PINHEIRO, Luís Felipe Valerim. (Coord.). *Direito da Infraestrutura – Volume 2*. São Paulo: SaraivaJur, 2017. Ver também PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; LANCIERI, Filippo Maria; ADAMI, Mateus Piva. O diálogo institucional das agências reguladoras com os poderes executivo, legislativo e judiciário: Uma proposta de sistematização. In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. (Orgs.). *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014.

<sup>63</sup> Esse trecho do relatório foi editado e publicado na coluna Controle Público, do JOTA, sob o título “Mais ou menos inidôneo?”. Em resposta, Paulo Bugarin, Subprocurador-Geral do Ministério Público de Contas junto ao TCU, escreveu artigo, no mesmo site, intitulado “Uns mais inidôneos que outros”: “A preocupação com o regular exercício do poder sancionador do Estado é legítima e merece uma permanente reflexão por parte dos seus órgãos e agentes e, em especial, pelo conjunto de seus cidadãos. Inquietação desse tipo foi oportunamente externada em opinião publicada em 19/4/2018 na coluna Controle Público do JOTA sob o título “Mais ou menos inidôneo?”. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uns-mais-inidoneos-que-outros-04052018>>.

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 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 graduação?

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

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

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

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

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

A constatação tem base no acórdão 178/2018 (decisão tomada no âmbito de monitoramento do Estado do Rio de Janeiro). A secretaria instrutora do TCU entendeu ter havido descumprimento, por parte de gestores públicos responsáveis, de *determinações e recomendações* feitas pelo Tribunal, em 2002, numa auditoria operacional para avaliar o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) na região metropolitana do Rio de Janeiro.<sup>64</sup> Por isso, eles deveriam ser apenados com multa.

Apesar de comumente o Tribunal seguir as orientações de suas secretarias,<sup>65</sup> nesse caso decidiu noutro sentido. O voto do relator, Ministro Bruno Dantas, é interessante por trazer contrapontos à maneira como a secretaria instrutora avaliou o descumprimento de algumas determinações.

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

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

---

<sup>64</sup> A resolução do TCU 265/2014 traz parâmetros para a expedição de recomendações e determinações pelo Tribunal.

<sup>65</sup> Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de; REHEM, Danilo; MERLOTTO, Nara; GABRIEL, Yasser. *Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <[www.edisciplinas.usp.br](http://www.edisciplinas.usp.br)>.

É o que se observa no seguinte excerto do voto do Ministro Relator: “em certos momentos, as respostas apresentadas em cotejo com a análise da secretaria instrutora causam ainda a impressão de que não houve uma adequada compreensão, pelo jurisdicionado, do que efetivamente se pretendia com as determinações e recomendações exaradas”.

Além disso, o Ministro demonstrou sensibilidade quanto às dificuldades de implementação das determinações e recomendações num cenário de escassez de recursos: “Especialmente num contexto em que foram feitas diversas determinações e recomendações por este Tribunal, as quais demandam o emprego de recursos humanos e materiais, que, sabidamente, são limitados, questiono em que medida seria razoável apenar os gestores por não terem implementado integralmente o que foi determinado.”<sup>66</sup>

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

De modo geral, a tônica da lei é aprimorar a atividade decisória pública, inclusive das esferas controladoras.<sup>67</sup> Para gestores, isso significa dar mais segurança jurídica para adotarem soluções inovadoras e legais que melhor atendam à demanda de interesse público, sem que sejam sancionados por suas escolhas. É para isso que servem os arts. 28 e 22, §2º.

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

---

<sup>66</sup> Acórdão 178/2018 - Plenário, p. 36.

<sup>67</sup> Sobre o tema, v. SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O projeto de lei que altera atribuições dos órgãos de controle será benéfico para a administração pública? FOLHA. 21 abr. 2018. <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/04/o-projeto-de-lei-que-altera-atribuicoes-dos-orgaos-de-controle-sera-benefico-para-a-administracao-publica-sim.shtml>>, e PEREIRA, Flávio Henrique Unes. (Org.). Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: Desafios de uma sociedade democrática. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://antonioaugustooanastasia.com.br/seguranca-juridica-e-qualidade-das-decisoes-publicas/>>.

O voto do Ministro Bruno Dantas está em sintonia com essa ideia. Os argumentos aqui destacados, e que deram fundamento à decisão do TCU, são no sentido de que o Tribunal não pode sancionar o gestor sem adotar referenciais claros para mensurar a ilegalidade da conduta. Tampouco deve fazê-lo apenas porque entendeu que as medidas tomadas pelo gestor para cumprir determinações vagas não foram as melhores possíveis. Além disso, o posicionamento do Ministro sugere que o TCU precisa considerar o mundo real e as complicações que este impõe à gestão pública. Ou seja: a responsabilização do gestor, por parte do TCU, deve ser realista.<sup>68</sup>

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

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

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

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

A Constituição de 1988 e a legislação federal previram a possibilidade de a Corte de Contas agir cautelarmente em circunstâncias específicas, mas não transformou o controle preventivo em regra. Desde a Constituição de 1967, o TCU é definido pela

---

<sup>68</sup> Nesse sentido, vale destacar que o TCU vem adotando essa visão mais realista na análise da responsabilidade de gestores há algum tempo. A título de exemplo, pode-se citar o Acórdão 839/2011 – Plenário, em que, ao analisar recurso de reconsideração interposto contra condenação da executora técnica de um contrato pela suposta falta de fiscalização adequada, o Tribunal afastou a sanção anteriormente aplicada por entender que as suas funções eram inexecutáveis – já que seria perceptível a impossibilidade de uma única pessoa cumprir todas as funções que lhe foram atribuídas. Já no Acórdão 101/2012 – Plenário, o Tribunal, mesmo considerando irregular o fracionamento de licitação, entendeu que, no caso, as dificuldades logísticas enfrentadas pelo planejamento de compras justificariam a adoção de medidas alternativas para a contratação, razão pela qual não haveria que se falar em ilicitude no fracionamento.

legislação como órgão de controle *a posteriori*.<sup>69</sup> No entanto, casos concretos demonstram que, valendo-se do discurso de que é preciso evitar a consumação de prejuízo ou ilegalidade de gasto público, com frequência expede ordens cautelares com baixo grau de aderência ao Direito.

Em 21 de fevereiro de 2018, o TCU, em tomada de contas especial, apreciou relatório de auditoria relativo à construção da Ferrovia Norte-Sul, em Goiás (Acórdão 296/2018 – Plenário). Baseado em conclusão de unidade técnica pela existência de débito, o Tribunal, com fundamento no art. 44, § 2º, da LOTCU, combinado com os arts. 273 e 274 do Regimento Interno do TCU (RITCU), decidiu decretar, pelo prazo de um ano, a indisponibilidade de bens dos responsáveis. Entre eles havia pessoa jurídica contratada por ente estatal e pessoas físicas integrantes de seus quadros.<sup>70</sup>

Ocorre que a LOTCU circunscreveu a medida cautelar para decretação da indisponibilidade de bens a *agentes públicos*, pertencentes à máquina estatal.<sup>71</sup> Por determinação expressa do § 2º do art. 44, esse tipo de medida constritiva só pode ser aplicada pelo Tribunal “nas mesmas circunstâncias do *caput* deste artigo”, ou seja, em relação a “responsável” que exerça “funções”, sob vigilância de “autoridade superior competente” (§ 1º do art. 44). Os dispositivos do RITCU repetem a redação da LOTCU. Nesse específico contexto, portanto, a expressão “responsável” assume sentido próprio, restrito.<sup>72</sup>

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

---

<sup>69</sup> 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>>.

<sup>70</sup> No presente caso, o entendimento do TCU, no sentido da responsabilização dos empregados de pessoa jurídica contratada por ente estatal, parece destoar de decisões anteriores do Tribunal. No Acórdão 835/2015 – Plenário, por exemplo, a maioria dos ministros sustentou que a jurisprudência majoritária da Corte de Contas seria contrária à responsabilização dos empregados da empresa contratada pelo poder público.

<sup>71</sup> Sobre o tema, ver ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. op. cit., p. 246 e ss.

<sup>72</sup> É interessante observarmos que, no julgamento em questão, o Ministro Relator Benjamin Zymler faz alusão a duas decisões monocráticas de ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), proferidas nos âmbitos do MS 35.404 e MS 33.996, para sustentar que o STF viria reconhecendo ao TCU o poder geral de cautela. Na decisão monocrática proferida no MS 35.404, a Min. Rosa Weber de fato defende uma interpretação do art. 44, § 2º, da LOTCU no sentido de conferir poder geral de cautela à Corte de Contas. No entanto, o curioso é que, no MS 33.996, a decisão monocrática do Min. Dias Toffoli não discute a questão da competência do TCU para determinar medidas cautelares, mas sim a adequação de ato da Corte de Contas que determinou o bloqueio de ativos financeiros da empresa impetrante.



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

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

Em 28 de fevereiro de 2018, o TCU, ao julgar o Acórdão 380/2018 – Plenário, expediu medida cautelar de outro tipo, dessa vez para sustar efeitos de ato normativo editado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Nos termos do voto do relator, o TCU, considerando haver indícios de ilegalidade na Resolução Normativa nº 01/2015 da ANTAQ, decidiu, cautelarmente, com base no art. 45 da LOTCU e no art. 276 do RITCU, sustar dispositivo do diploma. O motivo foi a existência de suposta restrição ilegal à possibilidade de afretamento de embarcação estrangeira.<sup>73</sup>

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

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

---

<sup>73</sup> De modo diverso, o TRF da 1ª Região, analisando exatamente a mesma resolução, entendeu que a ANTAQ atuou em conformidade com os limites do poder normativo. Dessa forma, surge a seguinte dúvida: considerando o nosso sistema de jurisdição una, qual decisão vale, afinal? A do Judiciário ou a do TCU?

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

Ao tomar decisões, o TCU não parece preocupado em explicitar e detalhar os fundamentos jurídicos que o autorizariam a exercer poder cautelar. Em havendo constatação de dano potencial ao erário, direto ou indireto, supõe suficiente alegar a presença de *fumus boni juris* e *periculum in mora* para justificar a adoção da medida que julgar mais ajustada e eficiente para evitar suposta lesão ou ameaça a direito. A impressão é a de que o TCU se vê como imagem e semelhança do Judiciário, a quem a Constituição conferiu de modo expresso poder geral de cautela (art. 5º, XXXV).<sup>74</sup>

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*.

---

<sup>74</sup> Para uma defesa da possibilidade de exercício do poder geral de cautela pelo TCU, ver BIM, Eduardo Fortunato. O poder geral de cautela dos tribunais de contas nas licitações e nos contratos administrativos. *Interesse Público*, ano 8, n. 36, 2006. Em sentido contrário, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara entendem que “não (...) parece compatível com a Constituição de 1988 o reconhecimento de um genérico “poder cautelar” para o Tribunal de Contas, pois isso implicaria, na prática, a avocação para si de decisão expressamente reservada ao Poder Legislativo” (Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 204.

## ***B. Auditorias, em sentido estrito, podem contribuir para a boa gestão pública***

Como aprimorar a governança pública? Como melhorar o modo de a administração se organizar, funcionar e decidir? Essas são questões que estão no centro do debate contemporâneo sobre gestão pública no Brasil.<sup>75</sup>

Desde meados dos anos 2000, o TCU, órgão de controle externo da administração, tem procurado construir parâmetros referenciais para a boa governança e, por meio de auditorias, levantamentos e outros instrumentos de coleta de dados, apontar problemas de coordenação e controle nas mais variadas estruturas do Estado<sup>76</sup>

O Acórdão 588/2018 – Plenário, julgado em 21 de março de 2018, insere-se nesse contexto. Nele o TCU analisou o levantamento TC 017.245/2017-6, de relatoria do ministro Bruno Dantas, realizado em 581 órgãos e entes da administração pública federal.<sup>77</sup> Segundo o relator, o objetivo do levantamento foi “obter e sistematizar informações sobre a situação da governança pública e da gestão nas áreas de tecnologia da informação (TI), contratações, pessoas e resultados finalísticos” (§ 1º do voto). Na sua visão, ao realizar esse tipo de trabalho, o TCU identificaria “as causas primárias de inefetividade estatal” e incentivaria “a adoção das boas práticas de governança e gestão”, com o intuito de contribuir para que a administração pública federal, como um todo, se organizasse “de forma adequada para prestar bons serviços à sociedade” (§ 8º do voto).

Para elaborar o estudo, o TCU se valeu de questionários enviados às organizações federais (autarquias, bancos, conselhos profissionais, empresas estatais,

---

<sup>75</sup> Tanto que, em 22 de novembro de 2017, o Presidente da República editou o decreto 9.203 para organizar a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

<sup>76</sup> Cf. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Referencial Básico de Governança: Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública*. 2ª versão. Brasília: TCU, 2014. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?inline=1&fileId=8A8182A24F0A728E014F0B34D331418D>>.

<sup>77</sup> De acordo com o Regimento Interno do TCU, o levantamento é instrumento utilizado pelo Tribunal para: (i) “conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, incluindo fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais no que se refere aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais”; (ii) “identificar objetos e instrumentos de fiscalização”; e (iii) “avaliar a viabilidade da realização de fiscalizações” (art. 238, incisos I a III).

fundações, fundos, instituições de ensino, ministérios, tribunais, entre outros). Apesar de 581 órgãos e entes terem sido consultados, apenas 488 forneceram respostas consideradas válidas pelo órgão de controle.

O questionário sobre governança foi dividido em temas (liderança, estratégia e *accountability*) e em operações (gestão de pessoas, de tecnologia da informação e de aquisições). Como esclareceu o relator, o estudo decorreu, “essencialmente, da autoavaliação dos integrantes das organizações participantes” (§ 16 do voto), concluindo que “58% das organizações estariam em estágio de capacidade inicial em governança e gestão, 39% em estágio intermediário e apenas 3% em estágio aprimorado” (§ 22 do voto).

À luz desse diagnóstico, o TCU decidiu, entre outras coisas, tornar seus achados públicos (item 9.1. do acórdão); encaminhar relatório individualizado para cada uma das organizações federais participantes do levantamento, “discriminando seus respectivos resultados e comparações com os resultados gerais e resultados médios das organizações dos seus segmentos de negócio, como forma de subsidiar o planejamento, incluindo no relatório a ser enviado sugestão para que as organizações, em atenção ao art. 6º da lei 12.527/2011, promovam a divulgação, preferencialmente na internet, das informações constantes do seu relatório individualizado (...)” (item 9.5.1. do acórdão); entregar “a cada órgão governante superior federal cópia eletrônica dos dados das respostas das organizações da sua esfera de atuação” (item 9.5.2. do acórdão); e dar ciência do levantamento “ao Comitê Interministerial de Governança, constituído nos termos dos arts. 7º a 12 do Decreto 9.203/2017, para que estude a possibilidade de inserir, em suas próximas reuniões, avaliações sobre o diagnóstico realizado pelo TCU e suas implicações nas ações necessárias à implementação da Política de Governança Pública” (item 9.6. do acórdão).

O método e os resultados do levantamento podem ser alvo de críticas, claro. Mas para os fins do presente artigo, o que realmente importa destacar é que o acórdão põe em evidência um modo de agir bastante particular do TCU.

A decisão não teve por objeto apurar irregularidades, desvios ou danos. Dela também não decorreram punições ou comandos específicos a agentes públicos ou privados. Ela se limitou a veicular diagnóstico sobre a eficiência de estruturas da

administração pública e de procedimentos administrativos e a torná-lo público (à sociedade em geral e a sujeitos relevantes, com especial interesse no tema).

Tratou-se de manifestação do TCU na condição de verdadeiro auditor externo, envolvendo o manejo de sua competência para *levantar dados e produzir informações* (art. 71, IV, da Constituição).

O ordenamento jurídico conferiu ao TCU, entre outras competências, a de atuar com a finalidade de levantar dados — isto é, reunir, por iniciativa própria ou de terceiros, fatos e fragmentos de informação no âmbito de sua jurisdição e nos limites de suas atribuições — e de produzir informações — ou seja, sistematizar, dar organicidade, refletir e imprimir um sentido técnico aos dados que tiver coletado ou que lhe tiverem sido encaminhados por órgãos, entes ou pessoas (físicas ou jurídicas).<sup>78</sup>

Os produtos do exercício dessa competência (relatórios, opiniões etc.) não tem efeito vinculante imediato para a administração. Em princípio, servem para dar ciência, para informar.

Ao prevê-la, o Direito deu amplas possibilidades de controle ao TCU — algo distinto do que se verifica em relação às competências mais interventivas do Tribunal. Para comprová-lo, basta comparar a redação dos incisos IV e IX do art. 71 da Constituição.

No primeiro caso (inciso IV do art. 71), o TCU pode agir de ofício ou por provocação, realizando investigações por instrumentos variados nas mais distintas matérias (contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial). Poucos freios e condições à atuação do Tribunal. No segundo caso, a Constituição foi muito mais cautelosa, prevendo competência bem delimitada. De acordo com o inciso IX do art. 71, ao TCU compete “assinar prazo” apenas para a adoção de “providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”, unicamente em relação a pessoas estatais (“o órgão ou a entidade”).

Faz sentido a decisão do ordenamento de conferir amplas possibilidades de controle ao TCU no exercício de sua competência para levantar dados e produzir informações, privilegiando-a.

---

<sup>78</sup> Cf. ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. *op. cit.* p. 275.

É que, por conta de suas características estruturais, o TCU tem especial vocação produzir informações (isto é, juízos qualificados) sobre as finanças públicas e sobre a gestão pública em geral. Afinal, tem posição institucional privilegiada (observador externo, independente); possui corpo técnico qualificado (selecionado por concursos públicos) e proveniente de múltiplas áreas do conhecimento (Engenharia, Direito, Contabilidade, Economia, Administração Pública etc.); possui estrutura interna sofisticada e especializada nos mais variados nichos de atuação do Estado (infraestrutura, petróleo e gás, energia elétrica, agricultura, meio ambiente etc.); e é capaz de centralizar dados provenientes de toda administração, permitindo-lhe ter uma visão macro sobre seu funcionamento, identificar gargalos de gestão e refletir sobre melhores práticas no ambiente público.<sup>79</sup>

No arranjo institucional brasileiro, o TCU é peça-chave, tendo como uma de suas missões mais relevantes a de se valer de sua independência e de sua expertise (especialmente em questões financeiras, orçamentárias, patrimoniais e contábeis) para levantar dados e produzir informações (como fez no acórdão 588/2018), elaborando subsídios fundamentais para que terceiros (Legislativo, Executivo, Judiciário, Ministério Público etc.) possam aprimorar suas atividades e desempenhar suas funções de modo mais adequado e eficiente.<sup>80</sup>

---

Para citar esse artigo: GRUPO PÚBLICO DA FGV DIREITO SP/SBDP. **Balancço crítico parcial de 2018**. São Paulo, SP, 2018.

---

<sup>79</sup> Cf. ROSILHO, André. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. op. cit. p. 312.

<sup>80</sup> Cf. Idem, *ibidem*.