

## GRUPO PÚBLICO

### Observatório do TCU

#### Julgamentos de maio e junho de 2018

#### Sumário

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	2
<b>2. TCU E A GESTÃO PÚBLICA</b> .....	3
A - Paralisia e burocracia no controle de legalidade .....	3
B - O risco de ser punido e a mensagem do TCU .....	9
<b>3. TCU E REGULADORES EM PROCESSOS DE DESESTATIZAÇÃO</b> .....	13
A - TCU como regulador de segunda ordem .....	13
B - Decreto do setor portuário e a utilização da técnica de <i>interpretação conforme</i> pelo TCU .....	19
<b>4. TCU E SUA ATIVIDADE SANCIONATÓRIA</b> .....	23
A - Novos posicionamentos do TCU sobre acordos de colaboração .....	23
B – Inidôneo, mas apenas a um limite .....	28
<b>5. TCU E OS LIMITES DE SUAS COMPETÊNCIAS</b> .....	31
A – Pode o TCU controlar opções político-estratégicas de estado? O caso do Seguro de Crédito à Exportação.....	31
B – Há fundamento jurídico para o TCU controlar Procedimentos de Manifestação de Interesse?.....	38

## 1. INTRODUÇÃO<sup>1</sup>

O presente artigo reúne análises de relevantes decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União – TCU ao longo dos meses de maio e junho de 2018.

A primeira parte contém dois tópicos e enfoca a relação entre TCU e gestão pública. O primeiro tópico aborda como o controle de legalidade dos atos da administração pública pelo TCU pode, em certos contextos, inibir a tomada de boas decisões por parte dos gestores públicos. O segundo tópico traça paralelo entre o modo de o TCU comunicar suas decisões e a geração de inovação no âmbito da administração pública

A segunda parte do artigo, composta por dois tópicos, trata da atuação do TCU em processos de desestatização, destacando a relação da Corte de Contas com reguladores. O primeiro tópico sustenta, a partir de casos nos setores rodoviário e portuário, que o Tribunal tem se portado como regulador de segunda ordem. O segundo tópico demonstra como o Tribunal tem utilizado a técnica hermenêutica de interpretação conforme para, na prática, afastar a incidência de regras com as quais discorda.

A terceira parte do artigo, que se subdivide em dois tópicos, trata da atividade sancionadora do TCU. O primeiro tópico explora novo entendimento da Corte de Contas sobre o seu papel diante de acordos de colaboração (acordos de leniência e acordos de delação premiada). E o segundo tópico aborda aspectos controversos no âmbito da dosimetria da sanção de inidoneidade aplicada pelo Tribunal.

A quarta parte do artigo compreende dois tópicos voltados a analisar contornos de competências do TCU. O primeiro tópico explora as possibilidades e limites de controle, pelo TCU, de opções político-estratégicas de estado (Seguro de Crédito à Exportação). O segundo tópico explora os Procedimentos de Manifestação de Interesse com a finalidade de identificar os fundamentos jurídicos que autorizariam o TCU a controlá-los.

---

<sup>1</sup> Participaram da elaboração do artigo: André Braga; André Rosilho; Arthur Guedes; Conrado Tristão; Daniel Bogéa; Gilberto Gomes; Gustavo Maia Pereira; Julia Lillo; e Yasser Gabriel.

## 2. TCU E A GESTÃO PÚBLICA

### A - Paralisia e burocracia no controle de legalidade

O excesso de controle exercido pelo TCU prejudica a atuação de gestores públicos honestos e inovadores?

O debate em torno dessa pergunta ganhou destaque em 2018, sobretudo por causa da recente Lei 13.655/2018, que, entre outras coisas, criou balizas hermenêuticas para a aplicação do direito público pelos órgãos de controle.

Críticos da Lei 13.655/2018 argumentam que, na realidade, a suposta hipertrofia do controle não existe. Por essa ótica, o TCU apenas busca cumprir sua missão constitucional de realizar o “inafastável”<sup>2</sup> controle da legalidade dos atos da administração. Se os tribunais de contas hoje interferem mais no cotidiano do setor público é porque passaram a identificar uma quantidade maior de ilegalidades ou, simplesmente, porque os gestores vêm cometendo um número maior de ilícitos. O gestor honesto, inovador e cumpridor da legislação nada teria a temer.

No entanto, decisão recente do TCU, envolvendo contratos celebrados pelo próprio Tribunal, demonstra que mesmo o controle de legalidade – atividade aparentemente menos sujeita a subjetivismos e excessos – possui diversas nuances, que podem gerar dificuldades para gestores públicos na realização de licitações e na gestão de contratos administrativos.

A referida decisão é o Acórdão 1.234/2018 – Plenário, de 30 de maio de 2018. Uma breve retrospectiva ajuda a compreendê-lo.

Em 2016, o TCU iniciou auditoria interna com o objetivo de avaliar se as obras de construção da Escola Superior de Controle – uma iniciativa do Tribunal – respeitavam a legislação. Nesse processo, a Secretaria de Auditoria Interna do TCU identificou uma possível irregularidade: a Secretaria-Geral de Administração, responsável pelas obras, teria deixado de formalizar por escrito alguns contratos administrativos em hipóteses não autorizadas pela Lei 8.666/1993.

---

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. Por que o controle da administração pública incomoda tanto? *Consultor Jurídico*, 28 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-28/contas-vista-controle-administracao-publica-incomoda-tanto>>.

A questão diz respeito à interpretação do art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993, que tem a seguinte redação:

“Art. 62. O **instrumento de contrato é obrigatório** nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitações, e **facultativo** nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. (...)

§4º É **dispensável o “termo de contrato”** e facultada a substituição prevista neste artigo, a critério da Administração e independentemente de seu valor, **nos casos de compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos, dos quais não resultem obrigações futuras**, inclusive assistência técnica.” (grifo nosso)

O § 4º do art. 62 autoriza, portanto, a dispensa do “termo de contrato” em compras com entrega imediata e sem obrigações futuras, independentemente de seu valor. Caso exista obrigação futura, como prestação de assistência técnica, deve haver termo de contrato, mesmo que o preço do bem seja baixo (R\$ 10.000,00, por exemplo).<sup>3</sup>

Mas há outro ponto: o que seria uma compra com “entrega imediata”? Uma resposta possível está no art. 40, § 4º, da mesma Lei 8.666/1993, que assim dispõe:

“Art. 40. (...). §4º. Nas **compras para entrega imediata**, assim entendidas aquelas com **prazo de entrega até trinta dias da data prevista para apresentação da proposta**, poderão ser dispensadas (...).” (grifo nosso)

Portanto, para fins de dispensa do termo de contrato, entrega imediata seria aquela em que o tempo entre a apresentação da proposta do fornecedor e a entrega total do bem fosse igual ou inferior a trinta dias.

Na fiscalização das obras da Escola Superior de Contas, a Secretaria de Auditoria Interna constatou que a Secretaria-Geral de Administração utilizava uma

---

<sup>3</sup> Esse é o entendimento consolidado no TCU. Ver, por exemplo, o Acórdão 2.147/2015 – Plenário, julgado em 26 de agosto de 2015, em que ficou consignado que “a contratação deve ser formalizada obrigatoriamente por meio de termo de contrato sempre que houver obrigações futuras decorrentes do fornecimento de bens e serviços, independentemente da modalidade de licitação, sua dispensa ou inexigibilidade, conforme preconizado no art. 62, § 4º, da Lei 8.666/1993.”

forma diferente de contar esse prazo de trinta dias: contava-o não da data da apresentação da proposta do fornecedor, como pede a literalidade do § 4º do art. 40 da Lei 8.666/1993, mas sim da data de emissão da nota de empenho referente à despesa. Isso permitia, em número maior de situações, a dispensa do termo do contrato, que acabava sendo substituído pela própria nota de empenho, um documento mais simples.

Em manifestação sobre o relatório preliminar da auditoria interna, a Secretaria-Geral de Administração buscou justificar a sua prática. Valeu-se, por exemplo, dos seguintes argumentos: (i) inexistência de consenso doutrinário sobre o significado do termo “imediata”, contido no § 4º do art. 40 da Lei 8.666/1993; (ii) observância dos princípios da eficiência, celeridade, economicidade e racionalização administrativa; e (iii) os maiores custos administrativos para o TCU que a elaboração de termos de contrato em aquisições de baixa complexidade representaria.

Tais argumentos não modificaram o posicionamento da Secretaria de Auditoria Interna, a qual, em novo relatório, registrou que, no caso, a formalização de contratos por meio de notas de empenho “violaria o princípio da legalidade”. Além disso, a dispensa do termo de contrato fora das hipóteses legais aumentaria “a probabilidade de questionamentos jurídicos”.

A controvérsia chegou até a Consultoria Jurídica do TCU, que adotou posição intermediária. Entendeu que, se interpretada de maneira razoável, a Lei 8.666/1993 autorizaria a dispensa de termo contratual nos casos apontados como irregulares pela auditoria interna. Contudo, diante da “ausência de jurisprudência assentada sobre o ponto e do exercício hermenêutico necessário a superar a literalidade dos dispositivos legais”, o TCU deveria, em suas contratações, “continuar considerando indispensável o termo de contrato em compras com prazo de entrega superior a trinta dias da data da apresentação da proposta”.

Os fatos descritos demonstram que agentes públicos podem adotar, em suas decisões e pareceres, posturas deliberadamente conservadoras na interpretação de normas sobre licitações e contratos administrativos, seja em razão da “ausência de jurisprudência assentada” do TCU sobre determinado tema, seja por causa do aumento da “probabilidade de questionamentos jurídicos”.

Na dúvida, a Secretaria de Auditoria Interna e a Consultoria Jurídica do TCU optaram pela interpretação mais literal da Lei 8.666/1993, mesmo havendo indícios de

que outras interpretações – também razoáveis – poderiam levar a práticas administrativas mais eficientes.

Essa postura mostra-se ainda mais compreensível se considerarmos que é real o risco de um agente público ser sancionado pelo TCU em razão da dispensa indevida do termo de contrato na aquisição de bens, como demonstram alguns acórdãos do órgão de controle<sup>4</sup>.

Após o parecer da Consultoria Jurídica, a Secretaria-Geral de Administração encaminhou, mediante representação, proposta para que o Plenário do TCU passasse a permitir a formalização de compras de entrega imediata por meio de nota de empenho, mesmo nos casos em que a entrega do bem ocorresse após o prazo de trinta dias da data de apresentação da proposta do fornecedor.

O que a Secretaria-Geral de Administração propôs ao Plenário do TCU, portanto, foi a fixação de um entendimento que estava em desacordo não só com uma interpretação literal do § 4º do art. 40 da Lei 8.666/1993, conforme reconhecido pela auditoria interna e a consultoria jurídica do próprio TCU, mas também com alguns precedentes do próprio Tribunal.<sup>5</sup>

No Acórdão 1.234/2018 – Plenário, os ministros acolheram a representação.

Em seu voto, o ministro relator sustentou, por exemplo, que seria “virtualmente impossível finalizar todo o procedimento licitatório em trinta dias contados da apresentação da proposta, o que implicaria a obrigatoriedade de utilização de termo de contrato na quase totalidade dos casos de compras”.

Destacou, ainda, entre outras razões, que a mudança de entendimento proposta pela Secretaria-Geral de Administração poderia eliminar “elevados custos”, como os relacionados à publicação do termo de contrato em diário oficial ou à remessa do documento para assinatura em outra unidade da federação.

Dessa forma, a solução mais coerente com os “princípios da eficiência e da racionalidade administrativa” seria considerar, como compras de entrega imediata,

---

<sup>4</sup> Ver, por exemplo: Acórdão 3.528/2015 – 2ª Câmara, julgado em 30 de junho de 2015 e Acórdão 1.778/2018 – Plenário, julgado em 1º de agosto de 2018, por meio dos quais se aplicaram multas a gestores públicos.

<sup>5</sup> O entendimento de que compras de entrega imediata são aquelas em que os bens são entregues em até trinta dias da data da apresentação da proposta apareceu, por exemplo, no Acórdão 808/2003 – Plenário, julgado em 02 de julho de 2003 e no Acórdão 5.221/2016 – 2ª Câmara, proferido em 03 de maio de 2016.

aquelas integralmente executadas em até trinta dias contados do pedido de fornecimento, formalizado pelo contratante público por meio da nota de empenho.

Essa decisão do TCU nos oferece uma boa oportunidade para refletir sobre dois pontos adicionais.

Primeiro: em quais casos a interpretação mais óbvia de um texto normativo deve ceder lugar a outra interpretação, menos literal, que permita a adoção de práticas administrativas mais eficientes?

No caso analisado, o TCU prestigiou a interpretação feita por seu órgão interno, responsável pelos contratos auditados, de modo que considerações sobre eficiência e redução de custos prevaleceram sobre uma interpretação mais mecânica da legislação.

Em outras ocasiões, contudo, o TCU aparentemente adotou critérios diferentes.

Vale mencionar, por exemplo, o recente Acórdão 891/2018 – Plenário,<sup>6</sup> em que o TCU reputou ilegal a dispensa de documentos de habilitação em licitação conduzida pelo Tribunal Regional Eleitoral do Espírito Santo, a despeito da sólida argumentação jurídica apresentada e da inexistência de prejuízos comprovados. Aqui, o viés legalista prevaleceu.

Por essas circunstâncias, seria útil que o TCU estabelecesse critérios mais claros para aferir, em casos controversos, o peso que o Tribunal deve atribuir à interpretação das leis feita pelos entes fiscalizados, sobretudo quando existirem indícios de que essa interpretação embasou a adoção de medidas inovadoras mais eficientes<sup>7</sup>.

O último ponto que merece destaque diz respeito ao caminho trilhado pelo TCU até chegar ao Acórdão 1.234/2018 – Plenário.

Como visto, essa decisão modificou entendimento anterior do Tribunal, ampliando as hipóteses de dispensa de termo de contrato em compras de bens. É

---

<sup>6</sup> O Acórdão 891/2018 – Plenário, julgado em 25 de abril de 2018, foi objeto de análise do Observatório do TCU, em relatório sobre os julgados dos meses de março e abril de 2018. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/10/Observat%C3%B3rio-do-TCU-julgados-de-mar%C3%A7o-e-abril-de-2018.pdf>>

<sup>7</sup> Sobre o ponto, confira-se texto de Juliana Bonacorsi de Palma, em que são apresentados critérios segundo os quais a Lei 13.655/2018 (à época ainda sob a forma de projeto de lei), em seus artigos 20 e 21, estabelece testes de deferência a serem realizados por controladores em face da atividade administrativa: PALMA, Juliana Bonacorsi de. A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas. SBDP, 2018. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>>.

provável que o novo entendimento do Tribunal sirva de referência para que outros órgãos e entidades públicas simplifiquem procedimentos e eliminem custos.

Daí ser cabível perguntar – e aqui reside o segundo questionamento: tendo em vista que os dispositivos legais sobre dispensa do termo de contrato têm a mesma redação desde 1994,<sup>8</sup> e que o TCU vem julgando casos sobre o assunto no mínimo desde 2003,<sup>9</sup> a mudança de posicionamento por parte da Corte não poderia ter vindo antes?

A pergunta soa ainda mais pertinente se levarmos em conta o tom utilizado em certos trechos do Acórdão 1.234/2018 – Plenário, que indicam que o entendimento anterior do TCU provocava “elevados custos” e não era realista.<sup>10</sup>

Uma hipótese sobre a aparente demora do TCU para inovar no tema é a de que o atual formato dos processos de fiscalização do Tribunal enfatiza a detecção de irregularidades – e não a disseminação de boas práticas. Isso gera incentivos para que auditores e unidades internas valorizem outros tipos de iniciativa, que não focam na desburocratização do Estado brasileiro.

Não surpreende, nesse contexto, que a mudança da jurisprudência refletida no Acórdão 1.234/2018 – Plenário tenha sido uma consequência de auditoria interna realizada no próprio Tribunal. Com sua representação ao Plenário, a Secretaria-Geral de Administração não buscava a simplificação administrativa nos órgãos e entidades fiscalizadas pelo TCU (até porque não possuiria atribuição para tanto<sup>11</sup>), mas sim a simplificação de seus próprios procedimentos, que haviam sido considerados irregulares pela auditoria interna.

---

<sup>8</sup> A atual redação do art. 40, § 4º, da Lei 8.666/1993 foi definida pela Lei 8.883/1994. Por sua vez, o *caput* e o § 4º do art. 62 possuem a mesma redação desde a sua origem.

<sup>9</sup> Ver, por exemplo, o já mencionado Acórdão 808/2003 – Plenário, julgado em 02 de julho de 2003.

<sup>10</sup> Nesse sentido, confira-se o seguinte trecho do Acórdão 1.234/2018 – Plenário, que cita parecer da Secretaria de Licitações, Contratos e Patrimônio do TCU: “[q]ualquer pessoa que opere licitações públicas sabe que considerar como marco inicial, para contagem do prazo de 30 (trinta) dias para caracterização de entrega imediata, a data da apresentação da proposta, torna completamente inaplicável a previsão contida no § 4º do art. 40 da Lei 8.666/1993, tendo-se em conta que o procedimento previsto engloba uma série de outras ações posteriores (análise da proposta, habilitação, recurso, adjudicação e homologação), algumas sem prazo certo de conclusão. (...) A interpretação de [computar o prazo de 30 dias] desde a apresentação da proposta, pelas razões postas, demonstra-se completamente desprovida de razoabilidade.”

<sup>11</sup> As competências da Secretaria-Geral de Administração estão listadas no art. 53 da Portaria TCU 284/2016, de 30 de dezembro de 2016.



Em um caso envolvendo dispositivos legais relativamente banais, o Acórdão 1.234/2018 – Plenário nos lembra que o controle da legalidade dos atos da administração pública está longe de ser simples. A forma como o TCU o realiza pode, sim, em certos contextos, inibir a tomada de boas decisões por parte dos gestores públicos e representar um entrave ao incremento da produtividade no setor público.

## **B - O risco de ser punido e a mensagem do TCU**

Qual é a probabilidade de um servidor da União ser sancionado pelo TCU? Aparentemente, não é alta.

Ao longo de 2017, por exemplo, o Tribunal condenou 2.706 pessoas ao ressarcimento de débito, ao pagamento de multa ou à inabilitação para o exercício de cargo em comissão.<sup>12</sup>

Esse número representa apenas cerca de 0,15% do total de pessoas trabalhando em órgãos ou entidades da União.<sup>13</sup> Se considerarmos que entre os condenados também se encontram particulares e servidores de estados e municípios, a porcentagem de agentes da União sancionados pelo TCU será ainda menor.

Isso significa que é exagerada a crítica corrente de que o TCU vem inibindo a atuação de agentes públicos que, receosos de serem penalizados, acabam se esquivando de tomar as decisões mais inovadoras?<sup>14</sup> Não necessariamente. Teóricos que se debruçaram sobre a atividade sancionadora estatal nos ajudam a entender o porquê.

---

<sup>12</sup> De acordo com o Relatório Anual de Atividades do TCU de 2017, 2.295 pessoas foram condenadas ao ressarcimento de débito ou ao pagamento de multa em processos de tomada e prestação de contas; 316 pessoas foram multadas em outros processos de fiscalização, denúncia e representação; e 95 responsáveis foram inabilitados para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança na administração pública federal.

<sup>13</sup> Segundo dados do Ministério do Planejamento, 1.705.439 pessoas trabalhavam nos diferentes poderes da União no dia 31 de dezembro de 2016 (530.922 em empresas estatais federais e 1.174.517 nos demais órgãos e entidades da União). Cf. Boletim Estatístico de Pessoal e Informações Organizacionais (jan/2017) e Boletim das Empresas Estatais Federais (abr/2017).

<sup>14</sup> Ver, por exemplo: GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, 31 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Ver também: MARQUES NETO, Flávio de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (Coord.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21-38.

No modelo clássico proposto por Gary Becker, um indivíduo ou empresa, ao avaliar se deve ou não cumprir determinada norma jurídica, leva em conta a probabilidade de sua conduta ser considerada irregular pelas autoridades.<sup>15</sup>

Por esse modelo, um agente público racional e bem-intencionado, após verificar as estatísticas, chegará à conclusão de que é baixa a probabilidade de ser sancionado pelo TCU, o que lhe permitirá tomar uma decisão sem receio ou vieses.

Autores mais contemporâneos, contudo, defendem que a *percepção* do risco de ser punido é mais relevante do que a efetiva probabilidade da sanção.<sup>16</sup> E essa percepção pode ser afetada por diversos fatores. Um deles é a forma como a autoridade sancionadora se comunica com seus jurisdicionados.

Dá ser cabível perguntar: a maneira como o TCU se comunica detém o potencial de aumentar, nos agentes públicos, a percepção do risco de ser punido, mesmo que esse risco não seja tão significativo do ponto de vista estatístico?

Na busca por uma resposta, vale a pena analisar o conteúdo dos Informativos de Licitações e Contratos, que são publicados quinzenalmente na página eletrônica do TCU e enviados por e-mail para qualquer interessado cadastrado.<sup>17</sup> Neles é possível encontrar um resumo de decisões recentes que trataram de licitações e contratos administrativos. De acordo com o TCU, a finalidade dos informativos é “facilitar o acompanhamento dos acórdãos mais importantes”<sup>18</sup> sobre a matéria.

Em junho de 2018, o TCU publicou dois informativos, que mencionaram um total de sete acórdãos.<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, v. 76, p. 169-217, 1968.

<sup>16</sup> GUNNINGHAM, Neil. Enforcement and compliance strategies. In: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. (Eds.). *The Oxford Handbook of Regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 122. (“In terms of general deterrence, the evidence shows that regulated business firms’ perceptions of legal risk (primarily of prosecution) play a far more important role in shaping firm behaviour than the objective likelihood of legal sanctions”).

<sup>17</sup> Os Informativos de Licitações e Contratos do TCU estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: <<https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/informativo-de-licitacoes-e-contratos.htm>>.

<sup>18</sup> É o que diz o texto-padrão presente na introdução de informativos recentemente publicados (Informativo 346, por exemplo). Esse mesmo texto-padrão diz que os informativos “não constituem, todavia, resumo oficial da decisão proferida pelo Tribunal nem representam, necessariamente, o posicionamento do TCU sobre a matéria”.

<sup>19</sup> Os Informativos 346 e 347, publicados em junho de 2018, citam os seguintes acórdãos, todos do Plenário do TCU: 1.095/2018, 1.109/2018, 1.113/2018 (datados de 16 de maio de 2018), 1.182/2018, 1.194/2018 (ambos de 23 de maio de 2018), 1.234/2018 e 1.273/2018, de 30 de maio e 06 de junho de 2018, respectivamente..

Inicialmente, chama atenção o fato de que, desses sete acórdãos citados nos informativos, seis foram proferidos em processos de fiscalização em que o TCU identificara alguma irregularidade.<sup>20</sup> Mencione-se, por exemplo, o Acórdão 1.095/2018 – Plenário, de 16 de maio de 2018, por meio do qual o TCU determinou a anulação de licitação de obras rodoviárias em razão da previsão, no edital, de requisitos de habilitação técnica que restringiam a competição entre os licitantes. Outro exemplo é o Acórdão 1.194/2018 – Plenário, de 23 de maio de 2018, que resultou de auditoria do TCU em que foi apontado sobrepreço em contrato de implantação de pequena central hidroelétrica.

A maioria dos acórdãos descritos nos informativos de junho também envolve alguma espécie de sanção aplicada pelo TCU, seja por meio da penalização de servidores,<sup>21</sup> da anulação ou suspensão de atos praticados pelo ente público<sup>22</sup> ou, ainda, por meio de determinação de instauração de tomada de contas especial.<sup>23</sup>

Se analisarmos todos os informativos publicados entre janeiro e julho deste ano,<sup>24</sup> veremos que esse padrão se repete: o TCU privilegia a divulgação de informações sobre decisões que identificam ou punem irregularidades na condução de licitações ou execução de contratos administrativos.

Nesse período, 88% dos acórdãos citados nos informativos trataram de processos de fiscalização que tiveram origem em algum indício de irregularidade.<sup>25</sup> Além disso,

---

<sup>20</sup> O único acórdão que não teve por objeto alguma irregularidade foi o 1.273/2018 – Plenário, proferido em 06 de junho de 2018, por meio do qual o TCU respondeu consulta formulada pelo Ministério do Planejamento.

<sup>21</sup> Acórdão 1.109/2018 – Plenário, julgado em 16 de maio de 2016.

<sup>22</sup> Acórdão 1.095/2018 – Plenário, julgado em 16 de maio de 2016.

<sup>23</sup> Acórdãos 1.182/2018 e 1.194/2018, ambos proferidos pelo Plenário do TCU em 23 de maio de 2018.

<sup>24</sup> Entre janeiro e julho de 2018, o TCU editou 13 Informativos de Licitações e Contratos (337 a 349), que mencionaram 34 acórdãos.

<sup>25</sup> São os seguintes: 2.742/2017 - Plenário, de 06 de dezembro de 2017; 2.672/2017 - Plenário e 10.572/2017 - 1ª Câmara, de 29 e 28 de novembro de 2017, respectivamente; 120/2018 - Plenário, 51/2018 - Plenário e 170/2018 - Plenário, de 24, 17 e 31 de janeiro de 2018; 201/2018 - Plenário, 300/2018 - Plenário e 362/2018 - Plenário, de 07, 21 e 28 de fevereiro de 2018; 1.727/2018 - 1ª Câmara, 420/2018 - Plenário e 671/2018 – Plenário, de 06, 07 e 28 de março de 2018; 508/2018 - Plenário e 505/2018 - Plenário, ambos de 14 de março de 2018; 784/2018 - Plenário, 891/2018 - Plenário e 830/2018 - Plenário, de 11, 25 e 18 de abril de 2018; 958/2018 - Plenário e 980/2018 - Plenário, ambos de 02 de maio de 2018; 4.470/2018 - 1ª Câmara e 3.474/2018 - 2ª Câmara, ambos de 08 de maio de 2018; 1.095/2018 - Plenário, 1.109/2018 - Plenário e 1.113/2018 - Plenário, ambos de 16 de maio de 2018; 1.182/2018 - Plenário e 1.194/2018 - Plenário, de 23 de maio de 2018; 1.234/2018 - Plenário, julgado em 30 de maio de 2018; 5.847/2018 - 1ª Câmara, proferido em 19 de junho de 2018; e 1.443/2018 - Plenário e 1.445/2018 - Plenário, de 26 de junho de 2018.

70% dessas decisões tiveram alguma consequência gravosa para agentes públicos,<sup>26</sup> entes contratantes<sup>27</sup> ou empresas privadas.<sup>28</sup>

Em especial, 47% dos acórdãos falam de casos em que algum agente público foi multado, condenado ao ressarcimento de dano ao erário ou se tornou objeto de processo de tomada de contas especial.

A escolha de acórdãos com essas características se reflete no conteúdo dos informativos, que acabam veiculando orientações sobre as regras que o agente público deve seguir para que sua conduta não seja considerada ilícita – e não orientações sobre modelos bem-sucedidos e práticas eficientes utilizadas na administração pública.

Veja-se, por exemplo, o seguinte trecho extraído do Informativo 346:

Em contratação sob o regime de empreitada integral, a celebração de aditivo contratual somente é admitida sob condições especiais, decorrentes de fatos imprevisíveis. Eventuais imprecisões no projeto básico não são motivo para correção por meio de aditivo, porquanto constituem riscos que se inserem na álea contratual ordinária, os quais são assumidos pelo contratado.

Após ler esse trecho do informativo e o acórdão que lhe deu origem, é possível que o agente público permaneça sem conhecer exatamente quais “fatos imprevisíveis” justificariam a celebração de aditivos em contratos sob o regime de empreitada integral. Por outro lado, o mesmo agente público percebe que, no caso concreto, aqueles que descumpriram o entendimento do TCU precisarão responder a processo de tomada de contas especial e poderão ser sancionados. A mensagem negativa sobre o risco de punição é, portanto, muito mais clara, o que tende a incentivar a adoção de posturas mais conservadoras e burocratizantes na tomada de decisões pelos agentes públicos.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> Casos em que agentes públicos foram condenados ao ressarcimento de dano, ao pagamento de multa ou se tornaram objeto de tomada de contas especial: 2.672/2017 - Plenário; 51/2018 - Plenário; 170/2018 - Plenário; 201/2018 - Plenário; 362/2018 - Plenário; 420/2018 - Plenário; 508/2018 - Plenário; 1.727/2018 - 1ª Câmara; 958/2018 - Plenário; 980/2018 - Plenário; 4.470/2018 - 1ª Câmara; 1.182/2018 - Plenário; 1.109/2018 - Plenário; 1.194/2018 - Plenário; 1.443/2018 - Plenário; e 1.445/2018 - Plenário.

<sup>27</sup> Casos em que o TCU determinou a anulação ou suspensão de ato do ente público contratante: 2.742/2017 - Plenário; 508/2018 - Plenário; 505/2018 - Plenário; 891/2018 - Plenário; 830/2018 - Plenário; 958/2018 - Plenário; 3.474/2018 - 2ª Câmara; e 1.095 - Plenário.

<sup>28</sup> Casos em que o TCU declarou a inidoneidade de empresa privada: 10.572/2017 - 1ª Câmara; e 300/2018 - Plenário.

<sup>29</sup> Sobre a adoção de postura mais conservadora na tomada de decisões por agentes públicos, ver o artigo anterior dessa seção intitulado: “Paralisia e burocracia no controle de legalidade”

Mudar esse estilo de comunicação não parece simples, pois a detecção de irregularidades em licitações e contratos administrativos está, hoje, compreensivelmente, no centro das iniciativas de fiscalização do TCU. Ao que tudo indica, o conteúdo dos informativos é uma decorrência natural das diretrizes e normas que regem o funcionamento do Tribunal.

No entanto, mesmo prevalecendo essa ênfase na detecção de ilícitos, seria conveniente iniciar um debate sobre a forma como o TCU divulga informações sobre seus julgados. Uma alternativa seria dar igual destaque a achados de auditorias que revelem iniciativas inovadoras e bem-sucedidas em matéria de licitações e contratos administrativos, de modo a gerar os incentivos necessários para que agentes públicos possam buscar, sem receio, mais eficiência no cotidiano do setor público.

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

#### **A - TCU como regulador de segunda ordem**

Nos processos de desestatização, o TCU tem se colocado como regulador de segunda ordem, participando de modo efetivo da modelagem de concessões e da elaboração da regulação dos mais diversos setores. Há dois julgados que o demonstram: o Acórdão 1.174/2018 – Plenário e o Acórdão 1.171/2018 – Plenário.

No Acórdão 1.174/2018 – Plenário, de 23 de maio, o TCU, mediante instrução da SeinfraRodoviaAviação e sob a relatoria do ministro Bruno Dantas, analisou o primeiro estágio do acompanhamento da concessão do lote rodoviário denominado Rodovia de Integração do SUL (RIS)<sup>30</sup>, em conformidade com o rito da Instrução Normativa 46/2004.

De acordo com a sistemática prevista nas Instruções Normativas 27/98 e 46/2004, o primeiro estágio de acompanhamento é centrado na análise da viabilidade do empreendimento, tendo se tornado uma praxe também a análise das minutas de edital e do contrato de concessão.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Composto pelas rodovias BR 101/RS, BR 290/RS, BR 386/RS e BR 448/RS.

<sup>31</sup> Sobre a questão da interferência do TCU em processos de licitação antes da publicação de seu edital, ver: 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. 215-221.

A análise realizada pelo Tribunal no presente caso faz uma espécie de balanço acerca da experiência brasileira em concessões rodoviárias, a partir de referências a recomendações e determinações que o TCU fez anteriormente e dos impactos que tiveram na evolução do modelo concessório.

Para endereçar os riscos identificados no projeto de concessão da RIS, a SeinfraRodoviaAviação propôs ao Plenário a adoção de 32 determinações e 1 recomendação, bem como que fosse proibida a realização da licitação enquanto a ANTT não implementasse todas as determinações.

Paralelamente, fez uma proposição mais contundente, no sentido de que o Tribunal impedisse a ANTT de celebrar qualquer concessão enquanto não se estruturasse de forma adequada e compatível com a função de fiscalizar os contratos. A proposta, contudo, não foi acolhida pelo Plenário do TCU.

O TCU tem entendido que um dos problemas centrais das concessões rodoviárias decorre do elevado índice de inexecução contratual por parte das concessionárias.<sup>32</sup> Com essa perspectiva, a unidade técnica considera problemática a possibilidade de inclusão de novos investimentos, com os consequentes reajustes tarifários, em contratos que não tiverem as obrigações originais adimplidas.<sup>33</sup>

Diante da previsão da minuta contratual submetida pela ANTT ao TCU de que a inclusão de novas obras ensejaria o reequilíbrio econômico-financeiro por meio da aplicação do “fluxo de caixa marginal”,<sup>34</sup> os técnicos do TCU deixaram consignado que a metodologia preconizada pela ANTT conduziria, invariavelmente, a um notável desequilíbrio da avença em desfavor dos usuários.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> O quadro de inexecuções das obrigações contratuais assumidas pelas concessionárias da 1ª e 2ª etapas de concessões, no tocante às obras de ampliação de capacidade e melhorias, foi apresentado nos votos condutores dos Acórdão 283/2016 – Plenário, de 17 de fevereiro de 2016, e 943/2016 – Plenário, de 20 de abril de 2016.

<sup>33</sup> Eis o argumento apresentado pela Seinfra em seu relatório: “além de afrontar o dever de licitar e os princípios a que a Administração está submetida, notadamente a impessoalidade e a eficiência, o mecanismo favorece um comportamento oportunista dos concessionários, que não raro apresentam propostas agressivas nas licitações, deixam de executar as intervenções previstas originalmente no contrato de concessão, e alavancam seus ganhos por meio da inserção de novas obras nos contratos”.

<sup>34</sup> Resolução ANTT 3.651/2011.

<sup>35</sup> A unidade técnica argumenta que o fluxo de caixa marginal era apropriado apenas para a 1ª etapa de concessões, cujos contratos foram celebrados com taxas internas de retorno muito elevadas, de maneira que a modelagem resultava na inclusão de novos investimentos em condições desfavoráveis ao interesse público. Seria, assim, indevida a aplicação da metodologia aos contratos das 2ª e 3ª etapas, assim como à RIS.

Interessante perceber, ainda, que a metodologia de fluxo de caixa marginal foi desenvolvida pela ANTT a partir de provocações do próprio TCU que, inclusive, avaliou positivamente<sup>36</sup> a Resolução ANTT 3.651/2011, que disciplina a sistemática. Assim, pode-se dizer que o TCU foi partícipe da decisão que levou à utilização do fluxo de caixa marginal no caso da RIS.<sup>37</sup>

A unidade técnica especula, assim, em torno da possibilidade de se abrir a oportunidade para que obras e serviços, que sabidamente seriam necessários ao longo do contrato, sejam propositalmente omitidos do objeto da licitação e posteriormente incluídos por meio de aditivos. Argumenta que esse risco seria especialmente grave nos Procedimentos para Manifestação de Interesse em que a empresa que elabora os estudos de viabilidade pode participar do certame.

De uma maneira geral, as fragilidades apontadas pela unidade técnica dizem respeito a aspectos relacionados com a flexibilidade contratual da concessão. A fiscalização, assim, parece ser influenciada por uma visão que aproxima os contratos de concessão dos contratos de obras públicas. Além disso, em várias passagens do acórdão, a SeinfraRodovia propõe, com base em princípios jurídicos ou conceitos vagos e indeterminados, que sejam barradas ou alteradas as soluções contratuais construídas pela agência reguladora.

Antes da apreciação pelo Plenário, embora a ANTT tivesse, em um primeiro momento, rebatido os apontamentos feitos pela SeinfraRodovia, a agência passou a aceitar parte das proposições da unidade técnica,<sup>38</sup> apresentando uma série de medidas destinadas a endereçar os riscos apontados, tais como: i) vedação à inclusão de investimentos em ampliação de capacidade e melhorias nos primeiros e nos últimos cinco anos do contrato; ii) inclusão de novos investimentos restrita às revisões quinquenais; iii) instituição de estoque de obras, com vedação à inclusão de obras de melhorias por fluxo de caixa marginal (FCM) antes de seu término; e iv) estabelecimento de limitações e condições para prorrogação do prazo contratual.

---

<sup>36</sup> Vide Acórdão 2.759/2012 – Plenário, de 10 de outubro de 2012.

<sup>37</sup> Ver: RIBEIRO, Maurício Portugal. Unidade técnica do TCU pretende impedir concessões de rodovias. *Infra*, 27 fev. 2018. Disponível em: <<http://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-unidade-tecnica-do-tcu-pretende-impedir-concessoes-de-rodovias/>>.

<sup>38</sup> Nota Técnica 01/2018/COOUT/SEUINF, da Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária/ANTT, exarada em 11 de abril de 2018, no processo 50500.352371/2017-68.

A agência não concordou, contudo, com a obrigação de estipular no contrato os objetos que não poderiam vir a ser incluídos ou excluídos posteriormente, tendo em vista a impossibilidade de se fazer essa previsão em relação a um contrato de longo prazo, de necessidades dinâmicas e mutáveis. Defendeu, assim, a flexibilidade e mutabilidade dos contratos de concessão, afastando destes o tratamento que se costuma conferir aos contratos administrativos comuns.

O Plenário, seguindo a posição do MPTCU, embora tenha concordado com a necessidade de aprimoramento das regras contratuais, deixou de acolher a proposta de estipulação dos objetos que não poderão ser incluídos ou excluídos em momento posterior, justamente por entender que uma regulamentação demasiadamente exaustiva poderia atribuir rigidez excessiva a um contrato de longo prazo.

O poder de influência do TCU na modelagem dos projetos de infraestrutura fica bastante evidente pela simples constatação de que a ANTT, diante do relatório da SeinfraRodoviaAviação, antes mesmo de qualquer deliberação do Plenário, acolheu 7 das 32 determinações propostas pela unidade técnica e sinalizou que outras 12 poderiam ser atendidas. Apesar da oposição apresentada pela agência e por integrantes do governo, os órgãos responsáveis pelo projeto acabaram buscando convergir com o TCU em relação a várias questões, para viabilizar e acelerar a realização da concessão.

No caso em análise, depois que a agência decidiu se alinhar a várias das posições da unidade técnica, o Plenário acabou manifestando certa deferência ao regulador em relação a alguns dos temas remanescentes, embora ainda tenham sido expedidas 23 determinações e 4 recomendações.

O que parece emergir da análise de casos como este é que o TCU acaba funcionando como uma espécie de revisor geral da administração pública, papel que não lhe foi reservado pelo Direito brasileiro.<sup>39</sup> Basta ver que o Tribunal faz uma análise microscópica de toda a modelagem e estrutura contratual da concessão e decide, ponto a ponto, se “aceita” ou não a opção do regulador. Mesmo quando diz manifestar deferência à posição do regulador, o que faz, na prática, é ratificar a opção regulatória, por concordar com esta ou, eventualmente, por não possuir uma convicção formada em

---

<sup>39</sup> Nesse sentido, ver: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.



sentido contrário.<sup>40</sup> Desse modo, em vez de figurar como controlador de segunda ordem,<sup>41</sup> Corte de Contas acaba fazendo as vezes de um *regulador de segunda ordem*.

Em outro caso relevante, no Acórdão 1.171/2018 – Plenário, de 23 de maio de 2018, o TCU apreciou a prorrogação antecipada do Contrato PRES 32/98, a partir do qual o Poder Concedente e a empresa Libra Terminais S.A. unificaram três contratos de arrendamento portuário e promoveram o adensamento de área entre dois desses terminais. A situação em concreto envolvia prorrogação que alegadamente ocorreu à revelia de reiterada inadimplência da arrendatária de suas obrigações contratuais. Isso porque, não obstante dispositivo legal que veda explicitamente prorrogações nessas situações (art. 62 da Lei 12.815/2012), a instalação de júízo arbitral pelas partes para discutir todos os inadimplementos teria possibilitado a assinatura do aditamento contratual, com respaldo na própria lei, que permite a arbitragem, e no inciso II do § 1º do art. 13 do Decreto 8.465/2015, que permite expressamente prorrogações quando há litígio pendente de decisão arbitral.

Considerando que a prorrogação antecipada atentou contra o interesse público, o plenário do TCU decidiu, por unanimidade, assinar prazo para que o Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil (MTPA) anulasse o segundo termo aditivo. Além disso, foi adotada medida cautelar para que tanto MTPA como Antaq apresentassem ao Tribunal de Contas, no prazo de 30 dias, plano de ação com medidas imediatas para a realização de nova licitação. Por fim, diante do risco de descontinuidade das atividades dos terminais arrendados em questão antes da realização do certame, permitiu-se a continuidade da exploração pela detentora do contrato, em caráter precário, até 16 de

---

<sup>40</sup> Diversos autores identificam uma postura dúbia da Corte de Contas com relação às agências reguladoras: em abstrato, o Tribunal sustenta 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>41</sup> No voto condutor do Acórdão 1.703/2004 – Plenário, de 25 de julho de 2018, considerado um *leading case* do controle das agências pelo TCU, o Min. Benjamin Zymler demarcou a ideia de controle de segunda ordem, ao dizer que a fiscalização do Tribunal deve ser sempre de “segunda ordem”, sendo seu objeto a atuação das agências reguladoras como agentes estabilizadores e mediadores do jogo regulatório, não devendo, assim, incidir sobre o jogo regulatório em si.

maio de 2020, quando chegaria a termo o prazo original do último dos contratos de arrendamento que foram unificados.

O presente caso apresenta elementos peculiares tanto sob o ponto de vista material quanto procedimental. De início, deve-se registrar que a decisão do TCU no âmbito do Acórdão 1.171/2018 – Plenário representa anulação de contrato administrativo, na medida em que tornou sem efeito prorrogação antecipada de contrato de arrendamento portuário já celebrada entre o Poder Concedente e empresa arrendatária. Nesse sentido, deve-se destacar que nenhum dos votos escritos de ministros debruçou-se sobre a competência da Corte de Contas para exarar ato de comando dessa natureza. Ou seja, o plenário do TCU parece ter tomado como premissa a possibilidade jurídica de anular relação contratual estabelecida pelo Poder Público com particular, não obstante a ausência de norma prevendo essa competência.

Ademais, também é de se destacar que o acórdão traz, além do voto relator, três declarações de voto, dos ministros Benjamin Zymler, Walton Alencar e Bruno Dantas. Ainda que se cuide de procedimento pouco usual na prática decisória do TCU, a ocorrência de votos escritos múltiplos é mais comum em casos de alta repercussão. Em todo caso, é de se notar que os quatro votos convergem no conteúdo decisório, porém divergem quanto à fundamentação. Com efeito, coloca-se em questão *o que* vincula nas decisões do TCU: seria apenas a parte dispositiva do acórdão em sentido estrito ou também a *ratio decidendi* vencedora contida no *corpus* do acórdão em sentido amplo?

Não há resposta inequívoca a essa questão.

Nesse sentido, é possível notar que o voto relator não analisou, em abstrato, a legalidade da norma regulatória que permitiria a assinatura de aditivo quando houvesse débitos pendentes de decisão final e submetidos a júízo arbitral. De modo diverso, a ministra relatora ateve-se à questão da ausência de interesse público para a celebração de prorrogação antecipada, enfatizando que a arrendatária não teria cumprido com suas obrigações contratuais.

O voto do ministro Benjamin Zymler, por sua vez, indicou compreender que a regulação infralegal sustentaria a posição da arrendatária. No entanto, o ministro sustentou que “o § 1º do art. 13 do Decreto 8.465/2015 parece extrapolar os limites regulamentares, pois a mera existência de júízo arbitral, atendidas determinadas circunstâncias, permitiria juridicamente a prorrogação antecipada de contratos de

arrendamentos portuários”. Nesse sentido, segundo o ministro, haveria incompatibilidade com o artigo 62 da Lei 12.815/2012, sendo que a norma regulamentadora teria avançado sobre compreensão equivocada do que seria “decisão final”, de modo que “o fato de a inadimplência estar sendo discutida no Poder Judiciário ou em juízo arbitral não afasta o impedimento estabelecido na norma legal em questão”.

Os votos dos demais ministros também demonstram a percepção de incompatibilidade do decreto com a lei, sendo que o ministro Bruno Dantas defende uma espécie de *interpretação conforme* da norma regulamentar, visto que não seria o papel da Corte de Contas exercer controle de constitucionalidade, mas antes “conferir ao Decreto, cuja dicção é cristalina, a única interpretação compatível com a lei, de tal forma que ele não invalide a matéria legalmente tratada”. Nada obstante, tais fundamentos não foram cristalizados no acórdão em sentido estrito, restando pouco clara a *ratio decidendi* que prevaleceu no plenário e que poderia eventualmente vincular decisões posteriores.

Em todo caso, restou claro em todos os quatro votos a possibilidade de o TCU declarar a nulidade de aditivo contratual celebrado para prorrogar contrato administrativo – não obstante a ausência de discussão quanto compatibilidade dessa decisão com o espaço de competência concedido ao Tribunal pela Constituição Federal. A cristalização de referido entendimento poderá ter impactos ainda mais profundos no futuro, tendo em vista a recente Instrução Normativa 81/2018, que estabelece a obrigação de o Poder Concedente submeter ao TCU todos os pedidos de prorrogação ou renovação de concessões e permissões antes de sua assinatura, modificando a lógica de controle *a posteriori* fixada como regra pela Constituição de 1988.

## **B - Decreto do setor portuário e a utilização da técnica de *interpretação conforme* pelo TCU**

Em 26 de junho, o Tribunal de Contas aprovou, por unanimidade, o Acórdão 1.446/2018 – Plenário, que resultou de auditoria sobre o processo de implementação do Decreto 9.048/2017, o qual reformou o decreto regulamentador da Lei 12.815/2013 (Nova Lei dos Portos). As mudanças realizadas na regulação do setor portuário foram

objeto de acompanhamento pela Corte de Contas com o declarado propósito de analisar os fundamentos que justificaram a adoção das inovações normativas.<sup>42</sup>

Em uma primeira análise do tema, a SeinfraPortoFerrovia havia sugerido a imposição de medida cautelar para suspender a aplicabilidade de determinados dispositivos do Decreto 9.048/2017, por entender que estariam presentes indícios de ilegalidade e inconstitucionalidade.

Em essência, a unidade técnica apontou a existências de vícios em três temas abarcados pelo novo decreto: (i) a possibilidade de extensão de prazo de vigência para contratos em vigor dentro dos novos limites estabelecidos pela norma regulatória, de 35 anos, prorrogáveis por sucessivas vezes, sem ultrapassar 70 anos; (ii) a possibilidade de execução de investimentos na área comum do porto organizado por terminal arrendado, mediante reequilíbrio econômico-financeiro; e (iii) a possibilidade de substituição de áreas dos arrendamentos. A lógica-matriz da argumentação era de que o prazo e a área constituiriam cláusulas essenciais de contratos de arrendamento portuário e, por isso, não poderiam ser modificados a partir de nova regulação.

Desse modo, com base na análise de minutas elaboradas pelo poder concedente contendo termos de adaptação de contratos de arrendamento vigentes ao teor do novo decreto, a SeinfraPortoFerrovia sugeriu a adoção pelo Tribunal de medida cautelar suspendendo a aplicabilidade dos dispositivos atinentes aos temas supramencionados. No entanto, em vista de compromisso firmado pelo Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil de que não ultimaria a assinatura de termos de adaptação antes de manifestação derradeira de mérito por parte do TCU, o relator do caso, ministro Bruno Dantas, optou por seguir com a regular tramitação processual, sem a adoção de medida cautelar.

Posteriormente, ao concluir sua análise quanto ao mérito da questão, a unidade técnica registrou que o processo de elaboração do Decreto 9.048/2017, ao contrário do que sugeriu inicialmente a própria SeinfraPortoFerrovia e do que se apresentava na

---

<sup>42</sup> Nesse sentido, destaque-se excerto do voto do ministro relator Bruno Dantas: “[c]omo é possível extrair da portaria de fiscalização (peça 3), o escopo do presente trabalho é o de acompanhar os atos e procedimentos adotados pelo MTPA e pela Antaq visando à adaptação de contratos de arrendamentos portuários em razão das alterações normativas introduzidas pelo Decreto 9.048/2017. Nesse sentido, foram solicitadas cópias de processos que versaram sobre a edição do decreto, a assinatura de termos aditivos de adaptação, o cronograma detalhado de análise desses pleitos e documentos elaborados acerca da implementação das regras veiculadas pelo decreto”.

opinião pública, representou “boa prática”, a partir da constituição de grupo de trabalho formalizado no qual tomaram parte os setores público e privado.<sup>43</sup> Ademais, a unidade técnica modificou substancialmente sua compreensão técnica e jurídica sobre os dispositivos regulatórios inicialmente questionados, bem como sobre a própria questão da mutabilidade de contratos de arrendamento portuário.

A unidade técnica deixou consignado que não cumpriria ao TCU exercer o controle de constitucionalidade em abstrato de norma regulatória, mas destacou que caberia controle sobre eventual extrapolação de poder regulamentar de ato normativo infralegal. Assim, considerou que a possibilidade ordinária de extensão de prazo constante do decreto infringiria os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, da isonomia e da seleção da proposta mais vantajosa para a administração. No entanto, o órgão de auditoria sustentou a aceitabilidade da mutabilidade de cláusulas de prazo, desde que operada em condições excepcionais, diante da natureza complexa e de longo prazo de contratos de arrendamento.

Dessa forma, a prorrogação para além do prazo inicialmente pactuado por arrendatárias poderia ocorrer em casos de motivo superveniente, ensejador de reequilíbrio econômico-financeiro, e desde que respeitadas condições relacionadas à vantajosidade dessa solução em relação à hipótese de nova licitação. Manteve-se, portanto, o entendimento de que seria ilegal a norma regulatória que permitia prorrogações ordinárias para além do prazo inicialmente pactuado, mas admitiu a mutabilidade dos contratos.

No que diz respeito à possibilidade de investimentos fora da área arrendada para melhorar a infraestrutura do porto público, a unidade técnica apresentou nova compreensão sobre o tema, considerando não haver indícios de ilegalidade. Já na temática da substituição de áreas, compreendeu que o decreto extrapolou o poder regulamentar apenas na hipótese dessa prerrogativa como instrumento de gestão pelo Poder Público, mas não no caso em que a existência de um empecilho superveniente à assinatura de contrato de arrendamento impedisse a continuidade dos serviços.

O ministro relator Bruno Dantas concordou com boa parte dos fundamentos presentes no novo entendimento sustentado pela unidade técnica, mas emitiu voto com mudanças significativas do ponto de vista jurídico. Isso porque o ministro afirmou que o

---

<sup>43</sup> Ver Acórdão 1.446/2018 – Plenário.

TCU não estaria, no caso, exercendo controle de constitucionalidade em abstrato da norma, mas estabelecendo uma forma de se prevenir riscos de uma aplicação ilegal das modificações introduzidas pelo decreto. Desse modo, o ministro rejeitou a sugestão da unidade técnica para se declarar a ilegalidade de determinados dispositivos do decreto, e estabeleceu parâmetros para aplicação das normas regulatórias sob análise.

O Acórdão 1.446/2018 – Plenário esquivou-se de declarar ilegalidades ou inconstitucionalidades de normas regulamentares, como já feito anteriormente pelo TCU – por exemplo, com relação ao decreto que regulamentava as compras do Sistema Petrobras. Sua decisão, contudo, impôs um conjunto representativo de condicionantes à aplicação do Decreto 9.048/2017. É de se avaliar, portanto, se essa estratégia decisória é apta a afastar questionamentos acerca da competência da Corte de Contas para a realização de controle abstrato de normas regulatórias.

Embora não tenha feito isso de modo expresso no presente caso, é comum o TCU invocar a Súmula 347 do STF<sup>44</sup> para justificar a sua competência para realizar controle de constitucionalidade. Acontece que o verbete foi aprovado em 1963, quando o ordenamento jurídico brasileiro não previa controle abstrato de constitucionalidade, e com base em um único julgado<sup>45</sup> no qual o STF reconheceu ao Tribunal de Contas do Estado do Ceará a possibilidade de deixar de aplicar norma já declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

De modo diverso, em decisão recente, no âmbito do MS 35.410, o ministro Alexandre de Moraes, do STF,<sup>46</sup> deixou claro que “é inconcebível que o Tribunal de Contas da União, órgão sem qualquer função jurisdicional, exerça controle difuso de constitucionalidade nos processos sob sua análise”.

Ao que parece, no presente caso o ministro Bruno Dantas fez uma *interpretação conforme* das normas infralegais do setor portuário. Deve-se questionar, contudo, se a utilização dessa técnica não resulta justamente na realização de controle em abstrato de norma, especialmente quando se nota a imposição de uma interpretação bastante restritiva ou mesmo divergente de uma leitura literal do dispositivo em questão.

---

<sup>44</sup> “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.”

<sup>45</sup> RMS 8.372, DJ de 26/04/1962.

<sup>46</sup> Há várias outras medidas liminares deferidas por Ministros do STF em casos semelhantes, como, por exemplo, no MS 29.123, do Min. Gilmar Mendes.

Quando se contrasta o disposto no art. 2º do Decreto 9.048/2017 com o teor do dispositivo do Acórdão 1.446/2018 – Plenário, fica evidente o efeito da decisão do TCU:

Decreto 9.048/2017:

“Art. 2º Os arrendatários cujos contratos estejam em vigor na data de publicação deste Decreto poderão, no prazo de cento e oitenta dias, manifestar seu interesse na adaptação de seus contratos aos termos da Lei 12.815, de 5 de junho de 2013, e de seus regulamentos, por meio de termo aditivo ao contratual.

§ 1º A adaptação de que trata o caput permitirá a adoção de cláusulas contratuais que estabeleçam, entre outras disposições, a possibilidade de prorrogação da outorga, nos termos estabelecidos pelo art. 19 do Decreto 8.033, de 2013, inclusive para os arrendatários que tenham prorrogado os seus contratos nos termos da Lei 12.815, de 2013.”

Acórdão 1.446/2018 – Plenário:

“9.2.1. em relação à implementação do art. 2º, § 1º, do Decreto 9.048/2017:

9.2.1.1. vedar a possibilidade de ampliação da vigência máxima dos atuais contratos, nas hipóteses de prorrogação ordinária e antecipada, desprovida de análise que considere como parâmetros o prazo original do contrato de arrendamento e a possibilidade de prorrogá-lo, uma única vez, por um período igual ou inferior a esse prazo;”

O caso do Acórdão 1.446/2018 – Plenário demonstra que, mesmo sem declarar expressamente ilegalidade ou inconstitucionalidade de uma norma, o TCU tem se valido da técnica decisória de *interpretação conforme* para, na prática, afastar em abstrato a aplicação de normas jurídicas das quais discorda, interferindo nos processos de desestatização.

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

##### **A - Novos posicionamentos do TCU sobre acordos de colaboração**

O acórdão 1214/2018 – Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler, foi mais um importante caso para o TCU amadurecer seu posicionamento a respeito de como acordos de leniência e delações premiadas (em conjunto, “acordos de colaboração”) impactam suas decisões. O relator, em seu voto, chamou a atenção para o fato de que “a matéria em discussão suscita ampla reflexão por envolver não apenas o exame de circunstâncias fáticas do caso concreto, como a questão da repercussão dos acordos de leniência e de colaboração premiada firmados em outras instâncias sobre a jurisdição de contas”.<sup>47 48</sup>

Trata-se de representação para apurar a participação da SOG – Óleo e Gás S/A (SOG) em supostas fraudes nas licitações da Petrobras para implantação da Refinaria Abreu e Lima. Considerando os indícios de irregularidades praticadas, a unidade técnica do Tribunal recomendou que a empresa fosse declarada inidônea, ficando impedida para contratar com a administração por 1 ano. Já o Ministério Público de Contas (MPTCU), em parecer do Subprocurador-Geral Paulo Bugarin, propôs a aplicação da mesma penalidade, mas pelo prazo de 1 ano e 8 meses. Os ministros, entretanto, decidiram não aplicar qualquer sanção à SOG. Motivo: o acordo de leniência que a SOG havia celebrado junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e ao Ministério Público Federal (MPF). Fundamento: a “ideia de coerência e unidade do Estado” e “a utilidade e a eficácia das informações e provas” produzidas pela empresa no âmbito dos acordos.<sup>49</sup>

A argumentação do TCU concentra-se em três temas principais, desenvolvidos na sequência: i) valor das provas e informações contidas nos acordos de colaboração para a investigação do TCU; ii) critérios de dosimetria da pena; e iii) harmonização do sistema de controle da administração pública. Vejamos como o Tribunal desenvolveu seus argumentos.

Em diversas passagens do acórdão foi enfatizado que, no caso da SOG, provas e informações obtidas nos acordos de colaboração foram essenciais para que o TCU pudesse realizar suas investigações. Não fossem elas, as outras provas produzidas seriam insuficientes para que se chegasse a conclusões definitivas a respeito dos

---

<sup>47</sup> Acórdão 1214/2018 – Plenário.

<sup>48</sup> Curioso ainda que, na sessão em que o caso foi julgado, de 30 de maio de 2018, o Ministro Benjamin Zymler iniciou a leitura de seu voto ressaltando que sua decisão contribuiria para a criação e consolidação de jurisprudência no tribunal sobre o tema dos acordos de colaboração.

<sup>49</sup> Acórdão 1214/2018 – Plenário.



ilícitos.<sup>50</sup> O fato, segundo o acórdão, criou restrição para o Tribunal utilizar o material em prejuízo da empresa leniente. Afinal, “de nada adiantaria alguém procurar um órgão de Estado, entregar provas e informações, obter um benefício, se aqueles elementos pudessem ser livremente usados por outra instância para sancionar o próprio colaborador. Portanto, cabe proteger a legítima expectativa do colaborador de não ser prejudicado pelas provas que ele mesmo produziu”.<sup>51</sup>

Mas, não sendo o TCU parte dos acordos celebrados, não foi transacionada qualquer imunidade sancionatória na jurisdição de contas. Passou-se então a avaliar a quais critérios de dosagem da pena o Tribunal se submete.

O acórdão cuidou primeiro de rebater o modelo de dosimetria apresentado pelo MPTCU, o qual foi inspirado, em alguma medida, na legislação penal. O argumento é simples: tal modelo “não se aplica ao julgador de contas por ausência de previsão legal”.<sup>52</sup> As sanções de direito administrativo, na visão da Corte, estão sujeitas a tipicidade mais aberta em comparação ao direito penal, não existindo norma que estabeleça critérios objetivos para fixação da pena. Portanto, a lei teria conferido ao Tribunal discricionariedade sobre o modo de aplicar sanção.<sup>53</sup>

A SeinfraOperações havia sugerido que os acordos de leniência celebrados com CADE e MPF fossem considerados para redução da sanção de declaração de inidoneidade em 2/3, por aplicação analógica do art. 16, § 2º, da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).<sup>54</sup> O Ministério Público concordou com a sugestão.

---

<sup>50</sup> “(...) observo que a imputação promovida no presente feito utilizou, principalmente, provas e informações trazidas pela própria empresa e seus executivos, no bojo e em decorrências de acordos de leniência e de colaboração premiada celebrados com o Ministério Público Federal e com o Cade. Embora haja outros elementos de prova sobre o cartel, anteriores aos acordos de cooperação da empresa SOG – Óleo e Gás S.A., (...) tais elementos foram robustecidos pelas provas de corroboração e pelas informações detalhadas fornecidas pela empresa e seus executivos a respeito do funcionamento do cartel.” (Acórdão 1214/2018 – Plenário).

<sup>51</sup> Acórdão 1214/2018 – Plenário.

<sup>52</sup> Acórdão 1214/2018 – Plenário.

<sup>53</sup> “(...) as sanções no Direito Administrativo estão sujeitas a uma tipicidade mais aberta, tanto com relação à descrição das condutas consideradas como ilícitas como, principalmente, no que se refere ao quantum das penas. Não existe norma que estabeleça, de modo objetivo, que aspectos devem ser considerados para a fixação da pena.” (Acórdão 1214/2018 – Plenário).

<sup>54</sup> Lei 12.846/2013: “Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: (...) §2º A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6º e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável.”

No entanto, os ministros do TCU entenderam que não haveria razão para limitar a redução da pena a esse percentual. Nesse sentido, na ausência de norma específica, o dispositivo indicado pela SeinfraOperações não seria o mais adequado para suprir a lacuna, pois trataria de redução da sanção de multa. Como a penalidade cuja aplicação estava sendo avaliada era a declaração de inidoneidade, entendeu mais correto a analogia com o art. 17 da mesma lei, que isenta a aplicação de tal proibição para empresas que celebraram acordo de leniência.<sup>55</sup>

Outros dois fundamentos utilizados para eximir a SOG da sanção advêm da aplicação analógica do Direito Penal, especialmente o art. 4º, da Lei 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), que faculta ao juiz conceder perdão judicial,<sup>56</sup> e o princípio da proporcionalidade na aplicação de penas, disciplinado pelos art. 59 a 76 do Código Penal. A fundamentação acompanha justificativa: “[t]endo em vista as características comuns das sanções administrativas e penais, igualmente destinadas a servir como instrumento de prevenção geral e de retribuição por um mal infligido a um bem jurídico, a doutrina costuma transplantar determinados princípios do Direito Penal para o Direito Administrativo Sancionador”.<sup>57</sup>

O último fundamento apresentado tem por base o art. 4º, § 1º, da Lei das Organizações Criminosas, segundo o qual a concessão de benefício na pena “levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.<sup>58</sup>

Os ministros argumentaram, então, que é preciso garantir coerência ao sistema de controle da administração pública, o que inclui harmonizar a atuação dos vários atores que dele fazem parte.

Enfatizaram que “ninguém pode dar o que não possui”, de modo que os acordos não podem negociar benefícios fora das competências daqueles que os assinam. No entanto, o Tribunal disse ser necessário valorizar a utilidade da cooperação advinda

---

<sup>55</sup> Lei 12.846/2013: “Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.”

<sup>56</sup> Lei 12.850/2013: “Art. 4º. O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...)”.

<sup>57</sup> Acórdão 1214/2018 – Plenário.

<sup>58</sup> Acórdão 1214/2018 – Plenário.

desses acordos — tanto para as investigações dos órgãos que os celebram, quanto para auxiliar as investigações do próprio TCU. Seria preciso reconhecer a existência de um “microsistema de proteção da administração contra a prática de atos ilícitos”, que exige atuação harmônica daqueles que o compõem.<sup>59</sup> O fato deveria sempre refletir na dosagem da pena, caso se esteja apurando os mesmos fatos abrangidos pelos acordos.

Essa necessidade de harmonização, segundo o TCU, teria ainda mais força quando o Tribunal utilizasse as informações produzidas nos acordos de colaboração em suas próprias investigações. Nesse caso, haveria um dever de boa-fé, decorrente dos art. 5º e 6º do Código de Processo Civil,<sup>60</sup> que se aplicariam ao TCU por força do art. 298 de seu Regimento Interno.<sup>61</sup>

Com essa análise, o TCU estabeleceu que, no âmbito dos acordos de colaboração, os seguintes comportamentos podem ser avaliados para fins de dosimetria da pena: i) confissão espontânea; ii) apresentação de documentos que permitam identificar irregularidades conexas e outros responsáveis; e iii) pagamento de danos causados pelas irregularidades.<sup>62</sup>

É o primeiro acórdão do TCU que traz diretrizes mais claras e fundamentos normativos sobre como o Tribunal deve lidar com acordos de colaboração para fins de sanção — basta compará-lo ao acórdão 874, de abril de 2018, já analisado pelo Observatório. Também foi a primeira vez que a Corte de Contas se mostrou mais preocupada com a necessidade de articulação entre controladores, o que pode indicar que teremos análises menos isoladas por parte do TCU nos próximos casos.

Por outro lado, há dois pontos problemáticos que merecem destaque.

Primeiro, a ausência de parâmetros positivos para dosagem da pena. Verdade que o Tribunal não tem culpa pela falta de norma. Mas o argumento de que a lei pretendeu dar mais discricionariedade ao TCU para aplicar sanções pode ser perigoso, pois deixa a construção da metodologia de dosimetria ao “caso a caso”. Parece ser necessário estabelecer parâmetros que garantam alguma previsibilidade sobre como o

---

<sup>59</sup> Acórdão 1214/2018 – Plenário.

<sup>60</sup> Código de Processo Civil: “Art. 5º. Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

<sup>61</sup> Regimento Interno TCU: “Art. 298. Aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica.”

<sup>62</sup> Acórdão 1214/2018 – Plenário.

Tribunal fará sua análise. Nesse sentido, a lacuna legislativa dá protagonismo à jurisprudência e aumenta a responsabilidade do Tribunal de observar suas decisões passadas.

Segundo, há notório “*cherry picking*” no uso da legislação penal, revelando postura contraditória por parte do TCU. Ao mesmo tempo em que rejeitou o modelo de dosimetria proposto pelo MPTCU por ausência de previsão legal que o submetesse a normas penais, o Tribunal recorreu à Lei das Organizações Criminosas e à disciplina da proporcionalidade da pena no Código Penal para fundamentar a possibilidade de não sancionar.

Dito isso tudo, fica a reflexão: o caso avança ou retrocede no quesito segurança jurídica? Temos elementos para argumentar por ambos os lados.

## **B – Inidôneo, mas apenas a um limite**

Comprovada fraude em licitação, o TCU pode proibir a empresa fraudadora de disputar contratos da administração pública federal por até cinco anos. É o que diz o art. 46 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU — LOTCU).<sup>63</sup> De relativa simplicidade, o dispositivo não parece deixar dúvidas quanto ao prazo máximo da sanção: cinco anos. Não é bem assim. Acontece no Tribunal grande debate acerca dos limites de duração da sanção e o Acórdão 1221/2018 – Plenário, de 30 de maio, relatado pelo ministro Benjamin Zymler, mapeia bem os argumentos suscitados.

Sobre o caso: tratava-se de representação acerca de fraudes em licitações da Petrobras para obras da Refinaria Abreu e Lima. Buscava-se apurar a participação da construtora Queiroz Galvão S. A. em dez licitações, que resultaram em cinco contratos.<sup>64</sup> O TCU concluiu que a empresa, juntamente com outras, havia agido de modo fraudulento, devendo ser declarada inidônea. É aí que se inicia discussão sobre quanto tempo a sanção deve perdurar, dado que a conduta punível se repetiu em diferentes certames. A dúvida: havendo reiteração da ilicitude, aplica-se a limitação de cinco anos à pena total?

---

<sup>63</sup> “Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.”

<sup>64</sup> Acórdão 1221/2018 – Plenário.

Verificam-se dois posicionamentos contrastantes. Um, do Ministério Público de Contas — MPTCU, sustentando que a sanção não deve ser restringida ao máximo de cinco anos. Outro, de unidade técnica do TCU, com adesão dos ministros, no sentido de que a somatória das penas não pode superar cinco anos. Prevalece essa última, mas é interessante ver os fundamentos de cada posicionamento.

O MPTCU, com base em estudo da SeinfraOperações, concluiu que “o arsenal punitivo composto de multa limitada a 100% do valor do dano e de sanção da declaração de inidoneidade limitada temporalmente em cinco anos apresenta-se bastante aquém do tratamento dado às empresas corruptas nos países tomados como comparação”.<sup>65</sup> <sup>66</sup> A partir do entendimento de que estariam presentes os aspectos de crime continuado (art. 71 do Código Penal),<sup>67</sup> o MPTCU sugeriu que a empresa deveria ser declarada inidônea pelo prazo de 13 anos e 4 meses. Há uma metodologia por trás de sua conclusão.

Em suma, para o MPTCU: i) no caso de acúmulo de sanções, a declaração de inidoneidade não poderia ficar limitada a cinco anos; ii) deveria ser aplicado o concurso de crimes para o cálculo da pena (acúmulo material para o concurso material de infrações e exasperação da pena quando reconhecida a continuidade delitiva); e iii) deveria ser determinado o *quantum* da pena por infração autônoma, em função da participação da empresa no concurso de agentes. Os argumentos utilizados para defender essa metodologia são os de que inexistente lei estabelecendo restrição temporal à sanção e que a declaração de inidoneidade tem funções importantes de sancionar condutas reprováveis e dissuadir agentes econômicos de as cometerem.<sup>68</sup>

Já para o TCU, com direcionamento de sua unidade técnica, e mantendo posicionamento fixado em seu Acórdão 348/2016 – Plenário, de 24 de fevereiro de 2016, a dosimetria da declaração de inidoneidade, no caso de acúmulo de sanções: i)

---

<sup>65</sup> Acórdão 1221/2018 – Plenário.

<sup>66</sup> O estudo foi realizado na Tomada de Contas 036.335/2016-9, com propósito de avaliar os impactos da declaração de inidoneidade sobre a empresa Camargo Corrêa e sua efetividade para dissuadir a reincidência delitiva.

<sup>67</sup> Código Penal: “Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.”

<sup>68</sup> Acórdão 1221/2018 – Plenário.

está limitada a cinco anos, por analogia ao art. 75, §§ 1º e 2º, do Código Penal;<sup>69</sup> ii) sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da punição, far-se-á nova unificação de penas, desprezando o período já cumprido; iii) sobrevindo condenação por fato anterior ao início do cumprimento da punição, deve a nova sanção ser lançada no montante total já unificado; iv) sobrevindo condenação após o cumprimento total da pena, deve a nova sanção ser cumprida como punição originária.<sup>70</sup>

O Tribunal utilizou o prazo de cinco anos para dupla finalidade. Primeiro, para limitar o valor da pena aplicada no caso, ainda que envolvesse uma série de condutas entendidas fraudulentas. Depois, para instituir espécie de “teto dinâmico”, que impede a empresa de acumular penalidades para além de cinco anos, num só tempo, em decorrência de condenações futuras. A justificativa para seu posicionamento, em suma, é que seria incorreto deixar de aplicar punição a quem praticou ilegalidades, mas analogias com o Código Penal não podem ser feitas em prejuízo da acusada e o efeito prático da solução do MPTCU seria a extinção da empresa.<sup>71</sup>

Duas questões chamam a atenção.

A mais jurídica: a ausência de parâmetros normativos para a declaração de inidoneidade, quando diante de vários delitos. Não havendo procedimento específico para a penalidade administrativa, recorre-se a analogias como forma de trazer alguma segurança jurídica à atividade sancionatória. No entanto, como o caso demonstra, são várias as soluções “por aproximação” que podem ser adotadas — embora seja necessário dizer que, ao que parece, o TCU tem sido fiel à sua jurisprudência, atendo-se à mesma metodologia utilizada em casos anteriores semelhantes.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Código Penal: “Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.

§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.

§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido”.

<sup>70</sup> Acórdão 1221/2018 – Plenário.

<sup>71</sup> Acórdão 1221/2018 – Plenário.

<sup>72</sup> O acórdão ressalta que “o entendimento presente no acórdão 348/2016-Plenário vem sendo, desde então, aplicado pela jurisprudência subsequente desta Corte de Contas, conforme dessume do acórdão 1.704/2017-Plenário. Além disso, as regras de limitação temporal para cumulação de sanções de declaração de inidoneidade, definidas no acórdão 384/2016-Plenário, foram adaptadas para as sanções de inabilitação para o exercício de cargo em comissão e função de confiança no âmbito da administração pública impostas ao mesmo responsável, limitando-as, nos termos do art. 60 da Lei 8.443/1992, ao total de oito anos, a serem cumpridas sucessivamente (acórdão 714/2016-Plenário).” (Acórdão 1221/2018 – Plenário).

A outra já tem a ver com a natureza dos discursos utilizados, por TCU e MPTCU, para formar seus respectivos posicionamentos. Ambos articulam discursos de *combate à corrupção e viabilidade econômica*. Mas para o MPTCU parece prevalecer a pretensão punitiva, sustentando que o impedimento para contratar com a administração federal pelo prazo de 13 anos e 4 meses não importaria necessariamente na “morte da empresa”.<sup>73</sup> O TCU, por outro lado, parece querer equilibrar os discursos, na medida em que busca soluções que não impliquem na impunidade, nem o fim da empresa.

O caso suscita reflexões. É que muito tem sido dito sobre o TCU extrapolar suas competências<sup>74</sup> e a falta de preocupação do Tribunal em demonstrar o modo como aplica sanções.<sup>75</sup> Mas aqui é diferente: não só há cuidado para buscar fundamentos normativos que justificam, ainda que por analogia, o seu agir, como são utilizados critérios para mensurar o tamanho da pena. Futuros julgados mostrarão se esse é um novo padrão comportamental do Tribunal ou se essa foi uma decisão “de ocasião”.

## 5. TCU E OS LIMITES DE SUAS COMPETÊNCIAS

### A – Pode o TCU controlar opções político-estratégicas de estado? O caso do Seguro de Crédito à Exportação

Teria o Poder Executivo discricionariedade para atribuir a certos países risco diverso daquele atribuído a esses mesmos países por organismos internacionais (calculado a partir de parâmetros mais consensuais), com o objetivo de ampliar o financiamento a exportações brasileiras? Em outras palavras, para fortalecer a presença do Brasil em países específicos, teria o Poder Executivo liberdade para tomar riscos mais elevados para garantir operações de crédito voltadas a estimular exportações brasileiras? Caso o Poder Executivo viesse a se comportar desse modo, haveria espaço para a responsabilização de gestores pelo TCU? Tal comportamento importaria (ou poderia importar) em dano ao erário?

---

<sup>73</sup> Acórdão 1221/2018 – Plenário.

<sup>74</sup> Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Os sete impasses do controle da administração pública no Brasil. In: PEREZ, Marcos; SOUZA, Rodrigo Pagani de. (Coord.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 21-38.

<sup>75</sup> Cf. GABRIEL, Yasser. Mais ou menos inidôneo? *Jota*, 18 Abr. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/mais-ou-menos-inidoneo-18042018>>; BUGARIN, Paulo. Uns mais inidôneos que outro. *Jota*, 03 Mio. 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uns-mais-inidoneos-que-outros-03052018>>.

Essas são dúvidas que emergem do Acórdão 1031/2018 – Plenário, de 9 de maio, relatado pelo ministro Augusto Sherman Cavalcanti, por meio do qual o TCU julgou processo de auditoria de conformidade<sup>76</sup> realizada em sete entidades e órgãos integrantes da administração pública federal direta e indireta.<sup>77</sup> O objetivo foi avaliar a adequação de procedimentos relacionados à concessão de financiamentos à exportação de serviços de engenharia.

Interessa ao presente artigo destacar as análises e conclusões do TCU acerca do Seguro de Crédito à Exportação (SCE). O tema tem frequentado o noticiário.<sup>78</sup>

O SCE, conforme dispõe a Lei 6.704/1979, é garantia dada pela União a exportações nacionais contra riscos comerciais (inadimplemento pelo importador), políticos (interferência de governos no recebimento da venda pelo exportador nacional) e extraordinários (catástrofes naturais). O seguro pode cobrir financiamento concedido por qualquer banco, público ou privado, brasileiro ou estrangeiro, a exportações brasileiras, sem restrições de bens ou serviços ou quanto ao país do importador. O objetivo último é aumentar a inserção de companhias brasileiras no mercado internacional.<sup>79</sup>

Na prática, como funciona o SCE?

Para se valer dessa modalidade de seguro, a operação tem de ser submetida à análise da Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. (ABGF).<sup>80</sup> Caso cumpra os requisitos, o pedido segue para aprovação pelo Comitê de Financiamento e Garantia das Exportações (COFIG). Em sendo aprovado, o Ministério da Fazenda emite o Certificado de Garantia de Cobertura (CGC).

---

<sup>76</sup> Informações adicionais sobre as auditorias de conformidade no TCU podem ser obtidas neste link: <<https://portal.tcu.gov.br/control-externo/normas-e-orientacoes/normas-de-fiscalizacao/auditoria-de-conformidade.htm>>.

<sup>77</sup> Nomeadamente: 1) Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. (ABGF); 2) Banco do Brasil S.A. (BB); 3) Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); 4) Câmara de Comércio Exterior da Presidência da República (CAMEX); 5) Comitê de Financiamento e Garantia das Exportações da Camex (COFIG); 6) Secretaria de assuntos Internacionais do Ministério da Fazenda (SAIN/MF); e 7) Secretaria do Tesouro Nacional (STN).

<sup>78</sup> Ver, por exemplo: “Governo vai reformular seguro para exportações”, *O Estado de S. Paulo*, 13.11.2018. Link: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,governo-vai-reformular-seguro-para-exportacoes,70002605628>.

<sup>79</sup> Informações colhidas do sítio eletrônico do Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/dezembro/entenda-como-funciona-o-seguro-de-credito-a-exportacao>.

<sup>80</sup> A ABGF assessora o Ministério da Fazenda a operar o SCE com amparo do FGE, sendo a porta de entrada para exportadores interessados.



Para garantir a cobertura do seguro, é preciso pagar um prêmio de risco (como nos seguros de automóveis), que é calculado em função do prazo da operação, da classificação de risco do devedor (que tem de honrar o pagamento do financiamento para aquisição de bens ou serviços) e dos mitigadores de risco (contragarantias).<sup>81</sup> Esses prêmios compõem a receita do Fundo de Garantia à Exportação (FGE),<sup>82</sup> o qual, por sua vez, confere lastro às operações de SCE.<sup>83</sup>

Caso aconteça algum evento que prejudique o contrato comercial ou financeiro (sinistro), o seguro pode ser acionado, permitindo ao exportador ou ao banco financiador uma redução de eventuais prejuízos da operação, de acordo com a porcentagem de cobertura.

Após analisar um conjunto de operações de SCE, a equipe de auditoria do TCU identificou problemas ligados à classificação de riscos para sua concessão.

Consta do relatório a seguinte premissa: “[o]s prêmios a serem pagos pelos países tomadores de crédito à exportação, para a obtenção do seguro ao financiamento, deveriam, a teor das notas técnicas aprovadas pela Camex [Câmara de Comércio Exterior do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços] durante os exercícios de 2001 e 2002, seguir a classificação de risco adotada pela OCDE [Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico], que é padrão internacional, a qual é dividida em sete categorias em ordem crescente de risco, onde 1 seria o menor risco, implicando, portanto em pagamento de menor prêmio de seguro, e 7 o maior risco, implicando em pagamento de maior prêmio”.

Com base nela, concluiu que a Resolução Camex 44, de 23 de dezembro de 2003, teria estabelecido “uma exceção para precificação do prêmio do Seguro de Crédito à Exportação – SCE”. Referido diploma determinou que “[t]odas as operações financiadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e

---

<sup>81</sup> Informações colhidas do sítio eletrônico do Ministério da Fazenda. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/dezembro/entenda-como-funciona-o-seguro-de-credito-a-exportacao>.

<sup>82</sup> O FGE é fundo de natureza contábil, instituído pela Lei 9.818/1999. De acordo com o diploma, o patrimônio do fundo é constituído por ações do Banco do Brasil e da Telebrás; pela reversão de saldos não aplicados; por dividendos e remuneração de capital das ações; pelo resultado das aplicações financeiras dos recursos; pelas comissões decorrentes da prestação de garantia; e pelos recursos provenientes de dotação orçamentária do Orçamento Geral da União (arts. 2º e 3º).

<sup>83</sup> Sobre o tema, ver página do Ministério da Fazenda sobre o SCE: <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/dezembro/entenda-como-funciona-o-seguro-de-credito-a-exportacao>.

pelo Programa de Financiamento às Exportações – PROEX, cursadas através do Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos – CCR, a partir desta data, serão classificadas, para efeito de enquadramento e precificação no Seguro de Crédito à Exportação, na categoria de *risco 1*, observados os prazos de financiamento de cada operação” (art. 1º).

O Convênio de Pagamentos e Créditos Recíprocos (CCR) a que alude a resolução foi firmado em 25 de agosto de 1982, no âmbito da Associação Latino-Americana de Integração (Aladi), dele sendo signatários os bancos centrais dos países membros da Aladi — Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela (exceto Cuba) — e da República Dominicana.<sup>84</sup> Assim, por força da Resolução Camex 44/2003, operações financiadas pelo BNDES e PROEX envolvendo quaisquer desses países obrigatoriamente tinham de ser consideradas de baixo risco (risco 1) para fins de SCE, a despeito do risco atribuído a esses países por organismos internacionais.

Na avaliação da equipe de auditoria, essa decisão da Camex teria representado “uma redução na arrecadação de prêmios de SCE”. Isso porque “as operações de financiamento à exportação de serviços de engenharia cursadas no CCR foram efetuadas principalmente com países originalmente das classes de risco ‘5’, ‘6’ e ‘7’, conforme os padrões da OCDE”. A estimativa é a de que “para 30 operações celebradas com países do CCR, concretizadas ou finalizadas”, teria havido “uma redução significativa na arrecadação em prêmios de SCE, da ordem de R\$ 735,72 milhões (redução de R\$ 834,82 milhões para R\$ 99,1 milhões), em relação aos valores que teriam sido pagos se observada a classificação original”.

Com a finalidade de analisar os fundamentos técnicos que balizaram a decisão da Camex, a equipe de auditoria “solicitou informações aos órgãos envolvidos sobre os necessários estudos técnicos”. As respostas, segundo relatos da unidade técnica, “não conseguiram demonstrar a existência de estudos que fundamentassem a referida exceção”.

A avaliação foi a de que o fato de a resolução ter sido fruto de uma “decisão de Estado” não seria suficiente “para dispensar a necessidade de estudos técnicos e/ou atuariais prévios que demonstrassem os impactos que poderiam advir para o FGE a

---

<sup>84</sup> Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/rex/ccr/resumo\\_ccr.asp](https://www.bcb.gov.br/rex/ccr/resumo_ccr.asp).

médio e longo prazo, uma vez que os custos e riscos de uma ‘decisão de Estado’ também devem ser previamente avaliados”.

Assim, propôs a equipe de auditoria a apuração da “responsabilidade dos diversos agentes dos órgãos e entidades envolvidos com a matéria, a exemplo de Camex, Cofig, Sain/MF e SBCE, pela referida omissão”. Mas como a pretensão punitiva já estava prescrita, sugeriu que fossem “ouvidos os gestores subsequentes pela manutenção da decisão tomada por meio da Resolução Camex 44/2003 até 2015”.

O relator foi cauteloso ao analisar os fatos e achados do corpo técnico.

Reconheceu que “a situação, conforme descrita pela equipe de auditoria”, era “complexa em termos de responsabilização”. E, divergindo do corpo técnico, entendeu que “tal clareza de atribuição não pode ser estendida aos gestores e técnicos em momentos subsequentes”, pois não estaria claro “se caberia a eles rever, necessariamente, a norma então vigente”, tampouco o momento ou a periodicidade com que a norma deveria ser revista. Na sua avaliação, também não estaria claro “a quem deveria caber a iniciativa de tal revisão, se aos técnicos que procedem a estudos financeiros, se aos novos gestores, ou se à área operacional que aplicou repetidamente a resolução”. Eventual responsabilização exigiria a constatação de “algum evento externo ou algum alerta por parte de qualquer dos envolvidos sobre a inadequação da norma”.

No entanto, afirmou que não seria “razoável ou justificável” que uma norma “não adequadamente fundamentada, com indícios de ser prejudicial aos interesses nacionais”, permanecesse “vigente por 12 anos sem qualquer reavaliação, sem qualquer crítica, sem detecção de eventuais problemas”.

Em contradição com a premissa de seu voto, propôs que fosse “instaurado um processo apartado de representação” para analisar “a conveniência, razoabilidade e regularidade da questão de fundo, ou seja, a redução da classificação de risco dos países do CCR, com auxílio das disposições legais e regulamentares incidentes sobre a matéria, da doutrina e da jurisprudência desta corte e de outros tribunais”. Em se identificando “fundamentos de eventual responsabilização ainda não prescrita”, determinou que fossem “ouvidos em audiência os agentes responsáveis, após especificadas as respectivas condutas”.<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> Adicionalmente, o relator propôs acolher a proposta de encaminhamento constante do parágrafo 356 do relatório da unidade técnica. Veja-se o que consta desse parágrafo do relatório:

Por fim, ordenou análise para aferir se a suposta redução da arrecadação do FGE (decorrente da resolução da Camex) representaria, por si só, dano ao erário. Em caso de resposta positiva, determinou que fosse “analisada a possibilidade e oportunidade da conversão da referida representação em tomada de contas especial, em cujo âmbito seriam identificados os responsáveis, estimado o montante do eventual dano e descrita a metodologia adotada para tal estimativa”.

O caso é desafiador.

Parece seguro dizer que a decisão de atribuir risco diverso daquele calculado por organismos internacionais a certos países teve cunho político. O objetivo da Resolução Camex 44/2003 foi ampliar a presença do Brasil em países da América Latina, estreitando relações internacionais, por meio de estímulos a exportações brasileiras.

Mas a decisão da Camex, em princípio, não parece ter violado o Direito. Colhe-se do ordenamento elementos que sugerem que o órgão tinha competência para tomar decisão com esse teor.

A Camex é órgão do Executivo federal (parte do Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços) e dele fazem parte um conjunto de ministros de estado — pela redação atual do Decreto 4.732/2003, o Conselho de Ministros, órgão de deliberação superior e final, é composto pelo chefe da Casa Civil; da Indústria, Comércio Exterior e Serviços; das Relações Exteriores; da Fazenda; dos Transportes; Portos e Aviação Civil; Agricultura, Pecuária e Abastecimento; Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; e chefe da Secretaria Geral da Presidência da República (art. 4º).

De acordo com o Decreto 4.732/2003, insere-se no rol de competências da Camex, por exemplo, “definir diretrizes e procedimentos relativos à implementação da política de comércio exterior visando à inserção competitiva do Brasil na economia

---

“356. Assim, entende-se necessário propor que seja autuado um processo apartado, com natureza de representação, a fim de que seja apurada a responsabilidade dos diversos dirigentes e gestores dos órgãos e entidades envolvidas com a matéria, a exemplo da Camex, Cofig, Sain/MF e SBCE, pela manutenção até 2015 da decisão tomada através da Resolução Camex 44/2003, sem que tenham sido, ao longo desse período, elaborados e apreciados estudos técnicos e/ou atuariais formais e detalhados sobre seus impactos, adequação, viabilidade, conveniência e oportunidade no que diz respeito à precificação das operações cursadas no CCR, em desalinho com (i) os princípios da moralidade e eficiência insculpidos no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988; (ii) os princípios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público e eficiência definidos no caput do art. 2º da Lei 9.784/1999; (iii) a orientação contida no §2º do art. 10 da Resolução 48/2007 do Senado Federal; e (iv) as diretrizes traçadas na Nota Técnica Atuarial da SBCE de 2001, aprovada pela Camex em sua Resolução sem número de 26/2/2002”.

internacional” (art. 2º, I) e “fixar diretrizes para a política de financiamento das exportações de bens e de serviços, bem como para a cobertura dos riscos de operações a prazo, inclusive as relativas ao seguro de crédito às exportações” (art. 2º, IX). Para tanto, o órgão pode editar normas (art. 4º, § 3º).

Ocorre que a resolução, independentemente de ter sido editada em conformidade com o Direito, pode ter trazido impactos ao erário. De um lado, ao permitir o pagamento de prêmios menores do que normalmente seriam pagos ao FGE quando da ocorrência de operações de SCE (se adotados os parâmetros da OCDE). De outro, ao ampliar a exposição do FGE a riscos políticos.

A dúvida, portanto, é saber se a Camex, um órgão político, com competência para fixar a política de financiamento das exportações de bens e serviços, tinha poderes para definir o interesse público a ser perseguido (fixando e mantendo, com base em critérios e avaliações suas, medida de estímulo ao crédito à exportação), ou se só poderia fazê-lo mediante demonstração de suas razões e da apresentação de estudos que provassem benefícios ao “interesse nacional”?

É comum, e mesmo normal, que, para fomentar certas atividades ou comportamentos tidos como de interesse público, haja dispêndio de recursos públicos – às vezes, até mesmo a fundo perdido. É o caso, por exemplo, do município que doa um terreno a uma grande indústria para estimular a geração de empregos e renda e da desoneração tributária de nicho empresarial específico voltado à inovação. A própria Constituição vê com naturalidade o sacrifício de recursos públicos em prol de atividades de interesse público – por exemplo, ao conferir imunidade tributária a livros, jornais periódicos e papéis destinados a sua impressão (Constituição, art. 150, VI, “d”) ou ao viabilizar apoio financeiro do poder público à inovação (art. 213, § 2º).

Assim, não parece correto supor que o mero fato de atividades de fomento importarem em dispêndio de recursos públicos seja suficiente para caracterizar dano ao erário ou, então, para dar ensejo à responsabilização dos agentes públicos que decidiram instituir ou manter iniciativas de fomento estatal. Para isso seria preciso haver a demonstração, pelo Tribunal, de algo a mais (por exemplo, dolo).

O acórdão levanta um bom ponto: é importante que decisões, mesmo de cunho político, sejam motivadas. A motivação é princípio geral de Direito, constante inclusive

da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 20). Mas apesar de a motivação ser positiva, nem sempre é obrigatória.

No caso, a decisão de instituir ou manter medida de fomento à exportação a certos países (com o intuito de estreitar relações com o Brasil) envolvia *opção político-estratégica* do estado. Esse tipo de decisão cabe ao Executivo, com exclusividade. E para tomá-la, não tem o dever de se justificar, pois foi eleito justamente para isso. Sua legitimidade decorre do mandato, do voto popular.

Ao solicitar o detalhamento das razões que justificaram a “redução de risco dos países do CCR”, o TCU pede que o Executivo preste contas de opção político-estratégica. Mas além de o Executivo não estar obrigado a fazê-lo, faltam ao TCU instrumentos adequados para o controle desse tipo de decisão estatal (e, por conseguinte, legitimidade para controlá-la).

Por exemplo, como poderia o Tribunal medir os impactos da resolução da Camex na qualidade das relações diplomáticas entre o Brasil e países da América Latina (ingrediente intrínseco à equação de custo-benefício dessa medida de estímulo ao SCE)?

A realidade é que opções político-estratégicas não estão sujeitas a controle pelo TCU. O fato de poderem gerar repercussões econômico-financeiras à União é insuficiente para atrair a jurisdição do Tribunal. Tentativas de controle desse tipo de decisão podem conduzir a indevida transferência da discricionariedade do administrador para o controlador.<sup>86</sup>

## **B – Há fundamento jurídico para o TCU controlar Procedimentos de Manifestação de Interesse?**

Por meio do Acórdão 1340/2018 – Plenário, relatado pelo ministro Walton Alencar Rodrigues, o TCU analisou representação formulada pelo MPTCU para apurar possível falta de transparência, superestimação de investimentos e inobservância de entendimento anterior do TCU em Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) lançados pelo Governo Federal para subsidiar a modelagem de concessões de aeroportos.

---

<sup>86</sup> Para aprofundamento sobre o tema, ver: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 332-338. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. In: MODESTO, Paulo. (Org.). *Nova organização administrativa brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 228-231. ROSILHO, André. *Controle da administração pública pelo Tribunal de Contas da União*. *op. cit.* p. 343-346.

O relator, ao iniciar seu voto, recordou que a representação, após oitiva prévia, tivera seu provimento cautelar indeferido. Na ocasião, a Corte de Contas, por meio do Acórdão 273/2016 – Plenário, de 17 de fevereiro de 2016, havia determinado à SeinfraAeroTelecom, unidade técnica do TCU, que avaliasse se os parâmetros utilizados para o cálculo dos valores de ressarcimento pelos estudos e projetos dos aeródromos de Florianópolis/SC, Fortaleza/CE, Porto Alegre/RS e Salvador/BA estavam fundamentados em dados objetivos, vinculados aos respectivos custos de elaboração dos estudos selecionados, incluindo margem de lucro compatível com a natureza do serviço e com os riscos envolvidos e baseados em preços de mercado para serviços de porte e complexidade similares.

Após as diligências, o relator concluiu que os valores aprovados de ressarcimento estariam em patamar compatível com as referências. Assim, tendo sido cumpridas as determinações contidas no Acórdão 273/2016 – Plenário, e não havendo motivo para a retificação dos valores de ressarcimento pelos estudos e projetos aprovados para os aeródromos de Florianópolis/SC, Fortaleza/CE, Porto Alegre/RS e Salvador/BA, propôs o arquivamento dos autos.

Pelo Acórdão 1340/2018, o plenário, alinhando-se à proposta do relator, considerou cumpridas as determinações veiculadas no Acórdão 273/2016 e determinou o arquivamento dos autos.

PMIs são procedimentos de consulta ao mercado, prévios à licitação de concessões. Portanto, não se confundem com a licitação, tampouco com a própria concessão. Servem para elaborar estudos que, no futuro, poderão, eventualmente, subsidiar a licitação de concessões.<sup>87</sup>

Vale notar que o poder público não tem o dever de utilizar os estudos elaborados em PMI em eventual e futura licitação. Também é importante observar que, caso o poder público opte por utilizar estudos elaborados em PMI para modelar edital de

---

<sup>87</sup> Para uma análise acerca da natureza e funcionamento das PMIs, ver: SUNDFELD, Carlos Ari; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. A estruturação das concessões por meio de parceria com particulares autorizados (art. 21 da Lei 8.987/1995). *Revista de Direito Administrativo*, v. 275, p. 41-66, 2017. Sobre o tema, ver também: MONTEIRO, Vera. Contratação de serviço de consultoria para a estruturação de projeto de infraestrutura: Qual o melhor caminho? e REIS, Tarcila; JORDÃO, Eduardo. A experiência brasileira de MIPS e PMIS: Três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projeto. Ambos em: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. (Coord.). *Parcerias público-privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

licitação, quem remunerará o autor (ou os autores) do estudo não será o poder público, mas a concessionária (art. 20 da Lei 8.987/1995).

Se do PMI em si considerado não decorre dispêndio de recurso público, qual seria o fundamento jurídico para o controle desse tipo de procedimento pelo TCU?

É questionável a jurisdição do TCU em PMI. Cabe ao TCU zelar pelo erário, isto é, pelos recursos federais. É por isso, inclusive, que sua jurisdição, como regra, se estende a todos que de algum modo administram dinheiros, bens ou valores públicos (Constituição, art. 70, parágrafo único). Mas ao TCU não compete tutelar o interesse público de um modo geral, amplo. Esse papel é reservado pela Constituição ao Judiciário (art. 5º, XXXV), que, no Brasil, também é competente para decidir causas que envolvam o estado.<sup>88</sup>

Poder-se-ia argumentar que os critérios de ressarcimento de estudos de PMI, no limite, podem onerar indiretamente os cofres públicos – na hipótese de o poder público decidir licitar a concessão com base nos estudos produzidos em PMI –, reduzindo valores eventualmente pagos por outorgas ou encarecendo a prestação do serviço.

É verdade que o reembolso do custo de elaboração de estudos pode impactar o pagamento de outorgas pelo licitante vencedor. Mas o impacto provavelmente será pequeno, haja vista que projetos de concessão costumam envolver valores muito elevados (é, inclusive, o que reconheceu o relator no Acórdão 1340/2018 – Plenário). E, no que tange ao argumento da oneração do serviço, eventual custo adicional da concessionária com ressarcimentos seriam repassados aos usuários, e não ao erário (a administração só poderia ser impactada com repasses desse tipo em parcerias público-privada, nas quais ao menos parte da remuneração da concessionária advém de patrocínio público).

Além de o controle pelo TCU parecer impróprio no âmbito de PMIs, pelo fato de ser implausível a possibilidade de dano ao erário, não há norma jurídica que o autorize a interferir em contratações antes de publicado edital de licitação (art. 113 da Lei 8.666/1993).<sup>89</sup> A máxima de que “prevenir é melhor do que remediar” não é suficiente

---

<sup>88</sup> A França é exemplo de país com jurisdição dúplice. Nesse país, de modo diverso do Brasil, causas que envolvam a administração pública são decididas pela justiça administrativa, e não pelo Judiciário.

<sup>89</sup> Sobre o tema, ver: JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? *op. cit.* p. 215-221.



para justificar que o TCU possa agir do modo que lhe convier, no tempo que lhe parecer adequado.

---

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