



Tribunal de Contas da União
Secretaria das Sessões

PLENÁRIO
Sessão Extraordinária Reservada

ATA Nº 12, DE 10 DE DEZEMBRO DE 2019

Data da aprovação: *11 de dezembro de 2019*

Data da publicação no D.O.U.: *12 de dezembro de 2019*

Acórdãos apreciados de forma unitária: *3075 a 3076*

ATA Nº 12, DE 10 DE DEZEMBRO DE 2019
(Sessão Extraordinária Reservada do Plenário)

Presidente: Ministro José Mucio Monteiro

Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva

Secretário das Sessões: AUFC Marcelo Martins Pimentel

Subsecretária do Plenário: AUFC Lorena Medeiros Bastos Correa

Às 12 horas e 24 minutos, o Presidente declarou aberta a sessão extraordinária do Plenário, com a presença dos Ministros Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo; dos Ministros-Substitutos Augusto Sherman Cavalcanti, convocado para substituir o Ministro Benjamin Zymler, Marcos Bemquerer Costa, convocado para substituir o Ministro Aroldo Cedraz, e André Luís de Carvalho; e da Representante do Ministério Público, Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.

Ausentes o Ministro Benjamin Zymler e o Ministro-Substituto Weder de Oliveira, por motivo de férias, e o Ministro Aroldo Cedraz, em razão de licença para tratamento de saúde.

PUBLICAÇÃO DA ATA NA INTERNET

Os anexos das atas, de acordo com a Resolução nº 184/2005, estão publicados na página do Tribunal de Contas da União na Internet.

PEDIDO DE VISTA

Com base no artigo 112 do Regimento Interno, foi adiado o julgamento do processo TC-012.901/2013-0, cujo relator é o Ministro Vital do Rêgo, ante pedido de vista formulado pelo Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, atuando em substituição ao Ministro Benjamin Zymler. O pedido de vista ocorreu antes da realização da sustentação oral que estava prevista.

PROCESSOS APRECIADOS DE FORMA UNITÁRIA

Por meio de apreciação unitária de processos, o Plenário proferiu os Acórdãos de nºs 3075 a 3076.

ACOMPANHAMENTO DE JULGAMENTO DE PROCESSO

Na apreciação do processo TC-004.914/2015-5, cujo relator é o Ministro Vital do Rêgo, nos termos do parágrafo único do art. 97 do Regimento Interno, foi autorizada a presença na Sala das Sessões da Dra. Lívia Caldas Brito, procuradora regularmente constituído da SBM Offshore do Brasil.

LEVANTAMENTO DE SIGILO DE PROCESSO

Em razão do levantamento de sigilo do respectivo processo, tornou-se público o Acórdão de nº 3076, apreciado de forma unitária, que segue transcrito a seguir e consta também do Anexo I desta Ata, juntamente com o relatório e voto em que se fundamentou.

ACÓRDÃO Nº 3076/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 004.914/2015-5.

1.1. Apenso: 005.678/2015-3

2. Grupo II – Classe de Assunto: I – Embargos de declaração (Acompanhamento).

3. Interessados/Responsáveis:

3.1. Interessado: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992).

3.2. Responsável: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992).

4. Órgão: Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral (CGU) da União, Advocacia-Geral da União (AGU).

5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.

5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Vital do Rêgo.

6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.

7. Unidade Técnica: Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOpe).

8. Representação legal: Daniel Pereira de Franco e outros em nome da União; Gustavo de Souza Vellame (OAB/RJ 153.962) e outros, representando a Petrobras.

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU) contra o Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária do Plenário de caráter reservado, ante às razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer dos presentes embargos de declaração, com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, acolhê-los parcialmente, de modo a prestar os esclarecimentos constantes no voto condutor deste acórdão;

9.2. dar ciência desta deliberação à embargante e aos interessados; e

9.3. restituir os autos à SeinfraOperações para prosseguimento do feito.

10. Ata nº 12/2019 – Plenário.

11. Data da Sessão: 10/12/2019 – Extraordinária de Caráter Reservado.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-3076-12/19-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

13.3. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho

SIGILO DE PROCESSO

Foi mantido o sigilo do acórdão nº 3075, adotado no processo TC-023.351/2016-0, cujo relator é o Ministro Walton Alencar Rodrigues.

O acórdão nº 3075 consta do Anexo II desta Ata, que será arquivado eletronicamente na Secretaria das Sessões.

ENCERRAMENTO

Às 12 horas e 27 minutos, a Presidência encerrou a sessão, da qual foi lavrada esta ata, a ser aprovada pelo Presidente e homologada pelo Plenário.

(Assinado eletronicamente)

LORENA MEDEIROS BASTOS CORREA
Subsecretária do Plenário

Aprovada em 11 de dezembro de 2019.

(Assinado eletronicamente)
JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

ANEXO I DA ATA Nº 12, DE 10 DE DEZEMBRO DE 2019
(Sessão Extraordinária Reservada do Plenário)

LEVANTAMENTO DE SIGILO DE PROCESSOS

Relatório, Voto e Acórdão de nº 3076, aprovado pelo Plenário.

GRUPO I – CLASSE I – Plenário
TC 004.914/2015-5 [Apenso: TC 005.678/2015-3].

Natureza: Embargos de declaração (Acompanhamento).

Órgãos: Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral (CGU) da União, Advocacia-Geral da União (AGU).

Responsável: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei 8.443/1992).

Interessado: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei 8.443/1992).

Representação legal: Daniel Pereira de Franco e outros em nome da União; Gustavo de Souza Vellame (OAB/RJ 153.962) e outros, representando a Petrobras.

SUMÁRIO: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. ALEGAÇÕES INSUFICIENTES PARA MODIFICAR A DECISÃO INQUINADA. CONHECECIMENTO. ACOLHIMENTO PARCIAL. ESCLARECIMENTOS.

RELATÓRIO

Adoto como parte integrante deste relatório, os pronunciamentos da Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura – SeinfraOperações (peças 233 a 235) e do Ministério Público junto ao TCU – MPTCU (peça 248), a seguir transcritos, com os ajustes de forma pertinentes.

2. O auditor da SeinfraOperações assim se manifestou (peça 233):

1. Trata-se de processo de acompanhamento, autuado nos termos do art. 1º, §2º, da IN/TCU 74/2015, com o objetivo de apurar a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos praticados pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União (CGU), transcorridos no âmbito da negociação e proposta de acordo de leniência com a empresa SBM, nos termos da Lei 12.462/2013 (Lei Anticorrupção - LAC).

2. O TCU aprovou a proposta de celebração de acordo de leniência. Neste momento processual a presente instrução analisa os embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), representando a CGU, em face do subitem 9.2.1 do Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário.

II. HISTÓRICO

3. Divergindo do entendimento da unidade técnica exposta na peça 186, o plenário do TCU aprovou a minuta do acordo de leniência entre a CGU/AGU e a empresa SBM Offshore do Brasil Ltda., considerando preenchidos os requisitos do art. 16 da Lei 12.846/2013. Além de aprovar a minuta de acordo, a deliberação do TCU contém, entre outras providências, determinação à CGU relacionada à instauração de tomada de contas especial.

4. Em seguida da aprovação da proposta de acordo pelo plenário do TCU, o Ministério Público Federal entrou com ação de improbidade contra a empresa leniente. Após tomar ciência dessa ação, a empresa não assinou a leniência proposta, conforme se depreende das informações da imprensa (<http://www.valor.com.br/politica/5302271/perto-de-acordo-de-leniencia-inedito-sbm-suspende-assinatura-apos-acao>). Nesse mesmo sentido a empresa também deu publicidade a proposta de acordo de leniência em seu sítio eletrônico (<https://www.sbmoffshore.com/?press-release=sbm-offshore-update-legacy-issue-brazil>).

5. A AGU, representando a CGU, apresentou embargos de declaração (peça 218) em face do Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário. O subitem 9.2.1 da referida deliberação foi objeto do apontamento de omissão e de contradição:

9.2. determinar ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) que:

9.2.1. instaure, no prazo de 30 (trinta) dias, os processos administrativos específicos de reparação integral do dano (PAERID) para cada processo administrativo de responsabilização (PAR) instaurado, nos termos do art. 13 da Lei 12.846/2013;

(...)

9.4.3 a CGU deverá encaminhar ao TCU o resultado do processo administrativo específico de reparação integral do dano, matéria de competência de pronunciamento final desta Corte de Contas (grifou-se);

6. Em resumo, apontou-se omissão referente a natureza do procedimento PAERID e contradição acerca da competência para instaurar o respectivo processo uma vez que a CGU não teria essa competência.

7. Com isso, encaminhou-se o processo para o Gabinete do Ministro-Relator para análise da peça recursal nos termos do art. 49, inciso II da Resolução-TCU 259/2014.

8. Por meio de despacho (peça 229) o Ministro-Relator solicitou manifestação da SeinfraOperações e do Ministério Público de Contas sobre o recurso.

III. EXAME DE ADMISSIBILIDADE

9. Conforme disposto no art. 287 do Regimento Interno do TCU (RITCU) o prazo para embargar decisão no Tribunal é de 10 dias contados a partir da ciência da decisão na forma do art. 183 do RITCU. Ocorre que antes mesmo de se iniciar a contagem do prazo para recebimento oficial da decisão pela parte foi apresentado o presente recurso pela AGU, representando a CGU, na peça 218 (26 de dezembro de 2017).

10. Dessa forma, apresentado o recurso no prazo regimental c/c com o seu recebimento pelo Relator (peça 229), atribui-se efeito suspensivo da determinação embargada contida no subitem 9.2.1 do Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário nos termos o §3º do art. 287 suspendendo-se o prazo para cumprimento. Somente o subitem embargado fica suspenso, os demais itens do mesmo Acórdão produziram os efeitos regulares.

IV. EXAME TÉCNICO

11. Em síntese, nos embargos de declaração (peça 218) a AGU aponta omissão quanto à natureza jurídica do processo administrativo específico de reparação integral do dano (PAERID) expresso pela LAC no sentido de se esclarecer se o objeto da determinação contida no subitem 9.2.1 é a tomada de contas especial (TCE), bem como aponta contradição quanto a competência para instauração e processamento do referido processo administrativo de reparação integral de dano.

IV.1. Da omissão referente à natureza do procedimento denominado PAERID

12. Em seu recurso a AGU reproduziu o teor do art. 8º da Lei 8.443/1992 esclarecendo que a TCE deve ser instaurada pela autoridade administrativa competente para apurar o dano. Destaca ainda que a TCE se destina a apuração dos fatos no que diz respeito à identificação dos responsáveis e à quantificação do dano. Adicionalmente cita parecer do Min. José Múcio Monteiro quando da relatoria da edição da IN/TCU 74/2015 que se referiu ao processo administrativo específico de reparação integral do dano (PAERID) como sendo o processo de TCE:

(...) em matéria de competência do TCU, o processo administrativo específico da reparação integral do dano a que se refere a lei anticorrupção é o processo de Tomada de Contas Especial.

13. Registrou o recorrente que esse entendimento é corroborado pela própria IN/TCU 74/2015, em seu art. 6º, §1º:

§1º Deverá ser encaminhado ao Tribunal de Contas da União o processo administrativo específico de reparação integral do dano de que trata o art. 13 da Lei 12.846/2013, para fins de apuração de eventual prejuízo ao erário, nos termos da Instrução Normativa TCU n. 71/2012.

14. Depois disso, a AGU comparou a terminologia do processo administrativo de reparação de dano contida no art. 13 da Lei 12.846/2013 (LAC) com a terminologia utilizada no art. 51 do Decreto 8.420/2015 que regulamenta a LAC quanto ao processo administrativo de responsabilização (PAR) e PAERID:

Art. 51. O processamento do PAR não interfere no seguimento regular dos processos administrativos específicos para apuração da ocorrência de danos e prejuízos à administração pública federal resultantes de ato lesivo cometido por pessoa jurídica, com ou sem a participação de agente público.

15. Por fim, concluiu que diante da comparação dos dispositivos legais que o PAERID não é outro instrumento jurídico senão a própria TCE já definida pela IN/TCU 74/2015. Mesmo assim, o recorrente alega omissão contida no subitem 9.2.1 da decisão embargada questionando a espécie de processo administrativo que a referida decisão estaria se referindo: se a TCE do art. 8º da Lei 8443/1992, ou se o PAERID em sede de nova categoria jurídica.

Análise

16. O objeto da controvérsia reside no processo administrativo mencionado no subitem 9.2.1 do acordão embargado referir-se à “PAERID” numa abreviação da terminologia trazida pelo art. 13 da Lei Anticorrupção ao tratar da reparação do dano causado pela empresa como “processo administrativo de reparação integral do dano”. Segue o dispositivo:

Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.

17. Como já concluiu a própria AGU em seu recurso fazendo referência ao parecer do Min. José Múcio Monteiro “em matéria de competência do TCU, o processo administrativo específico da reparação integral do dano a que se refere a lei anticorrupção é o processo de Tomada de Contas Especial”. Essa é a referência contida no Voto do Acórdão 225/2015-TCU-Plenário que aprovou a Instrução Normativa TCU n. 74/2015.

18. Dessa forma, verifica-se com clareza no TCU que a TCE é o instrumento que dispõe a autoridade administrativa competente para ressarcir a União de eventuais prejuízos que lhe forem causados, sendo esse processo administrativo definido pelo art. 8º da Lei 8.443/1992:

Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano (grifou-se)

19. Esse processo administrativo para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal está atualmente regulamentado pela Instrução Normativa do TCU 71/2012 que disciplina a instauração, a organização e o encaminhamento desses processos administrativos ao TCU para julgamento baseado nas seguintes premissas:

Considerando que compete ao Tribunal de Contas da União julgar as contas daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade com dano ao Erário, nos termos da Constituição Federal, art. 71, inciso II; da Lei nº 8.443, de 1992, arts. 1º, inciso I, 8º e 9º; e do Regimento Interno, arts. 1º, inciso I, e 197;

Considerando que é dever do administrador público federal adotar medidas imediatas, com vistas ao ressarcimento de dano ao Erário, independentemente da atuação do Tribunal de Contas da União;

Considerando que o Tribunal de Contas da União, na condição de órgão julgador dos processos em que se apura a ocorrência de dano ao Erário, somente deve ser acionado após a autoridade administrativa competente ter adotado, sem sucesso, as medidas administrativas necessárias à caracterização ou à elisão do dano;

Considerando que os processos de ressarcimento de dano ao Erário devem pautar-se pelos princípios da racionalidade administrativa, do devido processo legal, da economia processual, da celeridade, da ampla defesa e do contraditório;

20. Possivelmente a repetição da expressão abreviada “PAERID” na dialética processual pode ter gerado alguma insegurança quanto a eventual nova categoria jurídica, interpretação essa que de pronto deve ser evitada, uma vez que já existe na esfera federal processo administrativo denominado de tomada de contas especial com legislação específica aplicável à administração pública e julgamento no Tribunal de Contas da União.

21. Além disso, verifica-se que a expressão “processo administrativo específico de reparação integral do dano” trazida pelo art. 13 da LAC é genérica ao se referir a processos de reparação de danos. Com isso, sendo a Lei Anticorrupção autoaplicável em outras esferas administrativas de apuração de dano (municipal ou estadual) podem já existir outras terminologias para processos administrativos para a reparação de danos causados por empresas evitando-se assim conflitos de terminologia entre os diferentes entes federativos.

22. Em suma, na esfera federal o processo administrativo de reparação integral do dano (PAERID) é a tomada de contas especial (TCE) para fins de processamento da reparação de dano regulada pela IN/TCU 71/2012. Com isso, rejeita-se o argumento da omissão alegada em recurso.

23. No campo das providências internas do TCU e no intuito de subsidiar a atualização da IN/TCU 74/2015 será proposta substituição da expressão “processo administrativo específico de reparação integral do dano” para a expressão “tomada de contas especial” de modo a se evitar confusão de terminologia jurídica quando se tratar de ressarcimento de danos do art. 13 da LAC.

IV.2. Da contradição acerca da competência para instaurar o respectivo PAERID

24. A contradição que a AGU traz em seu recurso reside na competência do órgão lesado para abertura de processo de reparação de danos na medida em que seria o órgão ou entidade de origem do dano o responsável pela instauração da tomada de contas especial. Em outras palavras alega a AGU que a competência para instaurar e processar a TCE seria da própria Petrobras, e não da CGU.

25. Cita ainda dispositivo do art. 10 da IN/TCU 71/2012 quanto a competência da CGU de emitir certificados e pareceres em processos de tomada de contas especial:

Art. 10. O processo de tomada de contas especial será composto pelos seguintes documentos (NR) (Instrução Normativa nº 76, de 23/11/2016, DOU de 12/12/2016):

(...)

II - certificado de auditoria, acompanhado do respectivo relatório, em que o órgão de controle interno competente deve manifestar-se expressamente sobre:

a) a adequação das medidas administrativas adotadas pela autoridade competente para a caracterização ou elisão do dano; e

b) o cumprimento das normas pertinentes à instauração e ao desenvolvimento da tomada de contas especial;

III - parecer conclusivo do dirigente do órgão de controle interno;

IV - pronunciamento do Ministro de Estado supervisor da área ou da autoridade de nível hierárquico equivalente, atestando ter tomado conhecimento do relatório do tomador de contas especial e do parecer do órgão de controle interno (grifou-se).

26. Conclui que o tomador de contas seria a entidade de origem devendo iniciar a TCE, cabendo ao controle interno a emissão do certificado de auditoria, do relatório e do parecer conclusivo de seu dirigente.

27. As recorrentes alegam que da leitura da LAC e do Decreto n. 8.420/2015 não se identifica a imposição de abertura de eventuais TCE pela CGU para ressarcimento de danos. Depreende-se que a CGU teria o dever de apenas supervisionar e avaliar o processo de TCE elaborado no órgão de origem. No mesmo sentido informa a AGU que o órgão lesado é que possui responsabilidade, elementos, conhecimento e capacidade de buscar informações que permitam a devida apuração do dano.

28. Por fim, registra que a Lei 12.846/2013 não inovou em transmitir à CGU a competência primária para apuração de danos com recursos de outros entes lesados devendo a determinação constante do item 9.2.1 harmonizar-se com a própria instrução normativa do TCU quanto a tornar a determinação de abertura

de processo de TCE pela própria estatal lesada deixando a competência da CGU na supervisão e avaliação do processo de TCE já constituído.

Análise

29. O objeto da controvérsia é o endereçamento da determinação de instauração de TCE por meio do subitem 9.2.1 do acórdão embargado: se CGU ou Petrobras.

30. Em que pese a expressa missão institucional do controle interno de supervisionar e avaliar tomada de contas especial provenientes do órgão de origem (art. 10 da IN/TCU 71/2012), não se pode menosprezar as competências da CGU de realizar auditorias e instaurar tomada de contas em casos de omissão de responsáveis com vistas a reparar os danos causados. No Regimento Interno da CGU é possível identificar essas atribuições:

Art. 48. À Secretaria Federal de Controle Interno - SFC compete:

XVII - realizar auditorias sobre a gestão dos recursos públicos federais sob a responsabilidade de órgãos e entidades públicas e privadas, e sobre a aplicação de subvenções e renúncia de receitas;

XVIII - realizar atividades de auditoria interna e fiscalização nos sistemas contábil, financeiro, orçamentário, de pessoal, de recursos externos e demais sistemas administrativos e operacionais de órgãos e entidades sob sua jurisdição e propor melhorias e aprimoramentos na gestão de riscos e nos controles internos da gestão;

XIX - planejar, coordenar, supervisionar, realizar auditorias e fiscalizações e atuar em conjunto com outros órgãos na defesa do patrimônio público;

(...)

Art. 52. Às Diretorias de Auditoria, nas suas respectivas áreas de atuação, compete:

I - realizar as atividades de auditoria e fiscalização sobre a gestão e a execução dos programas e ações governamentais dos órgãos e entidades da Administração Pública federal, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, eficácia, eficiência e efetividade da aplicação de seus recursos, sob o ponto de vista orçamentário, financeiro, operacional, patrimonial e contábil

(...)

Art. 61. À Coordenação-Geral de Auditoria de Pessoal e Tomada de Contas Especial – CGPTCE, compete:

(...)

VI – examinar e controlar os processos de tomadas de contas especiais e emitir os respectivos relatórios e certificados de auditoria, bem como proceder à instauração dos referidos processos em casos de omissão dos responsáveis pela instauração, após aprovação do Secretário Federal de Controle Interno (grifou-se);

31. Além de realizar auditorias e avocar processos administrativos é possível verificar no Relatório que acompanha o Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário que a própria unidade regional da CGU já iniciou a apuração dos danos decorrentes de fraude a licitação perpetradas pela empresa leniente:

171. A historicidade do tratamento do sobrepreço pela CGU é descrito pelas seguintes etapas:

Primeiro momento – em fevereiro de 2015, a então CGU, finaliza o Relatório de Auditoria Especial nº 201407736 (peça 38), oportunidade na qual se calculou sobrepreço de US\$ 1.696.314.975,25 nos oito contratos de afretamento de FPSOs da SBM firmados junto à Petrobras. Ainda resultado desse trabalho, computou-se um sobrepreço de R\$ 36.901.547,29 nos contratos de operação adstritos aos mesmos FPSOs analisados no bojo supracitada auditoria da Controladoria Geral da União. O período referente às contratações compreendia 21/07/1997 a 31/12/2013, e o montante de volumes fiscalizados era da ordem de US\$ 27 bilhões (considerando-se os aditivos até então firmados);

Segundo momento – Em 31 de agosto de 2015, por meio da Nota Técnica 1.460/2015/NAC-6/CGURegional/RJ/CGU-PR, a CGU, considerando argumentos da Petrobras, reviu seus cálculos e premissas adotados anteriormente, de modo que o sobrepreço passou à cifra de US\$ 861.937.252,62, considerando-se o impacto de todos os dezesseis contratos (oito de afretamento e oito de operação de FPSOs);

32. Em que pese a apuração da CGU e o valor do dano encontrado não ter sido objeto da presente proposta da leniência, o expediente serve para demonstrar que a CGU não só reúne as condições técnicas

suficientes como reúne as condições jurídicas para constituir as TCE que devem ser encaminhadas ao TCU consoante disposto no inciso VI do art. 61 do regimento interno da CGU:

VI – examinar e controlar os processos de tomadas de contas especiais e emitir os respectivos relatórios e certificados de auditoria, bem como proceder à instauração dos referidos processos em casos de omissão dos responsáveis pela instauração, após aprovação do Secretário Federal de Controle Interno;

33. Comparando-se a leitura do dispositivo com a apuração de danos que ocorreu pela CGU verifica-se que já se iniciou no caso concreto a fase interna da tomada de contas especial por conta da omissão dos responsáveis pela instauração. Nessa fase da tomada de contas especial não há obrigatoriedade de serem observados os princípios da ampla defesa e do contraditório. Basta preencher o restante dos requisitos contidos no art. 10 da IN/TCU 71/2012 e encaminhar o processo ao TCU para o devido processo legal inaugurando-se a fase externa da TCE. Com isso, é possível verificar que a determinação contida no subitem 9.2.1 do Acórdão 2.925/2017-Plenário direcionada à CGU encontra amparo no seu já adiantado estágio de apuração supracitado.

34. O órgão de origem e o controle interno não podem se escusar da responsabilidade de apurar danos a que tiveram conhecimento. Trata-se de dever-poder consubstanciado em responsabilidade solidária. Esse é o teor do art. 8º da Lei 8.443/1992:

Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

§ 1º Não atendido o disposto no caput deste artigo, o Tribunal determinará a instauração da tomada de contas especial, fixando prazo para cumprimento dessa decisão.

35. Em resumo, ao avocar processos administrativos na origem a CGU torna-se a autoridade administrativa competente a que se refere o art. 8º da Lei 8.443/1992. Além disso, no uso das suas atribuições legais e regimentais, o TCU explicitamente dirigiu a sua determinação à CGU com fundamento no art. 47 da Lei nº 8.443/1992 c/c o art. 252 do RITCU. Com isso, rejeita-se o também argumento da contradição alegada em recurso.

36. No campo das providências internas do TCU e no intuito de apurar a responsabilidade solidária da autoridade administrativa competente para instauração de TCE será proposto autorização para monitoramento da determinação contida no subitem 9.2.1 do Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário.

V. ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

37. Inicialmente convém ressaltar que a própria empresa já deu publicidade à proposta de acordo de leniência em seu sítio eletrônico (<https://www.sbmoffshore.com/?press-release=sbm-offshore-update-legacy-issue-brazil>). Com isso, a questão do sigilo no presente processo de controle externo (que não se confunde com o sigilo no processo da CGU) será tratada nesse tópico no intuito de se elucidar a publicidade do art. 16, §6º da Lei 12.846/2013 diante do caso concreto:

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo.

38. O art. 5º, inciso LX, da Constituição Federal (CF) determina que a publicidade deve ser a regra nos processos: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Não bastasse o conteúdo da cláusula pética, a Administração também tem a publicidade como um de seus cinco princípios regentes listados no art. 37 da CF. Além disso, a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) veio reforçar o paradigma de que a publicidade é regra e o sigilo, exceção.

39. Até mesmo no processo penal, que visa a aplicação de penas mais graves que as administrativas, a regra é a publicidade. Apenas nos inquéritos os processos são sigilosos, ou seja, nos processos investigativos. Mesmo assim, logo que oferecida a denúncia, o processo torna-se público, tendo seu acesso restrito apenas se, eventualmente, o juízo determinar sigilo de justiça.

40. É nesse sentido que o jurista Modesto Carvalhosa ensina sobre o sigilo nos acordos de leniência na sua obra “Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei n.12846 de 2013”, p.374:

(...) Já o sigilo é outra matéria. Este pode ser ou não adotado em decorrência dos (i) termos constantes do acordo; ou (ii) da utilidade das investigações e do processo penal-administrativo, consoante a motivada discricionariedade da autoridade processante.

E nas duas hipóteses poderá o sigilo referir-se a determinados atos de instrução do processo penal-administrativo, tais como certos depoimentos, coleta de provas, etc.

Esse ponto é muito importante. O sigilo acordado com a autoridade processante dentro do critério da utilidade do processo, não pode abranger todo o curso do processo penal-administrativo, sob pena de sua deturpação.

Prevalece sempre o princípio constitucional da publicidade (art. 37 da CF), que é para os fins da presente Lei, fundamental afim de que ocorra abuso e desvio de poder e de finalidade por parte da autoridade processante.

Assim sendo, o sigilo deve ser a exceção e não a regra do processo penal-administrativo. O controle social de ambas as etapas – instrutória e dispositiva – é imprescindível ao seu bom termo. E tal controle social somente pode ocorrer se a publicidade oficial for simultânea a todos os procedimentos próprios do processo penal-administrativo.

Tanto assim é que o referido §6º do art. 16 da presente Lei, ao suspender a publicidade oficial na fase de entabulações do acordo de leniência, deixa claro que tal suspensão não prevalece no caso de haver interesse de imediatamente ser ele do conhecimento público.

A proteção da pessoa jurídica acordante do regime de leniência não se refere aos procedimentos necessários à instrução do processo penal-administrativo, mas sim remete às penas que lhe serão atenuadamente impostas ou em parte relevadas no caso de seu cumprimento.

Não há na presente Lei, como de resto também não há na legislação antitruste, o benefício do sigilo e muito menos a blindagem da pessoa jurídica acordante com respeito a outras medidas judiciais e administrativas que poderão ser promovidas pelo estado contra ela (GRIFOU-SE).

41. Feita essa fundamentação passa-se a expor a situação atual do presente processo de acompanhamento de leniência classificado como sigiloso desde a autuação: o plenário do TCU já aprovou a minuta do acordo de leniência entre a CGU/AGU e a empresa SBM Offshore do Brasil Ltda., considerando preenchidos os requisitos da Lei 12.846/2013. A aprovação do TCU materializou-se quando do Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário.

42. Desse modo, além da necessidade de tornar o presente processo de acompanhamento público também se faz necessário franquear cópia integral (inclusive das peças sigilosas) à empresa leniente consoante Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal (STF):

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

43. Diferentemente dos processos sigilosos do TCU, cabe registrar a maneira pública que tramitam os processos administrativos no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) mantendo-se o sigilo dos acordos de leniência (publicidade diferida) em sintonia com o art. 5º, inciso LX c/c art. 37 da Constituição Federal e Lei de Acesso à Informação (<https://goo.gl/MKj4Z1>).

44. Com tudo isso, no campo das providências internas do TCU será proposta a retirada do sigilo do presente processo por conta do exaurimento do feito na mesma oportunidade em que será proposto o seu arquivamento.

VI. CONCLUSÃO

45. O recurso foi admitido por ter sido apresentado dentro do prazo regimental e ter sido considerado pelo Ministro-Relator (peça 229). Com isso, atribui-se efeito suspensivo da determinação embargada contida no subitem 9.2.1 do Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário nos termos o §3º do art. 287 suspendendo-se o prazo para cumprimento. Somente o subitem embargado fica suspenso, os demais itens do mesmo Acórdão produziram os efeitos regulares.

46. No mérito será proposto a rejeição do argumento da omissão alegada em recurso por conta de o processo administrativo de reparação integral do dano (PAERID) ser a tomada de contas especial (TCE) para fins de processamento da reparação de dano regulada pela IN/TCU 71/2012.

47. Também foi rejeitado o argumento da contradição, pois o TCU no uso das suas atribuições legais e regimentais explicitamente dirigiu a sua determinação à CGU com fundamento no art. 47 da Lei nº 8.443/1992 c/c o art. 252 do RITCU.

48. No campo das providências internas do TCU será proposta autorização para monitoramento da determinação contida no subitem 9.2.1 do Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário e será proposta a retirada do sigilo do presente processo por conta do exaurimento do feito. Além disso, no intuito de subsidiar a atualização da IN/TCU 74/2015 será proposta substituição da expressão “processo administrativo específico de reparação integral do dano” para a expressão “tomada de contas especial”.

VII. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

49. Ante todo o exposto, propõe-se, após a manifestação do Ministério Público de Contas (despacho peça 229), encaminhar os autos à consideração superior, alvitando o envio ao gabinete do Exmo. Ministro-Relator com as seguintes propostas:

50. Conhecer dos presentes embargos de declaração com fundamento no art. 32, inciso II, e 34 da Lei 8.443/1992, c/c o art. 287 do Regimento Interno do TCU, e, no mérito, rejeitá-los, por inexistir omissão, obscuridade ou contradição a ser corrigida na deliberação recorrida;

PROVIDÊNCIAS INTERNAS TCU

51. Autorizar o monitoramento da determinação contida no subitem 9.2.1 do Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário pela SeinfraOperações;

52. Retirar o sigilo do presente processo com fundamento no art. 5º, inciso LX, e art. 37 da Constituição Federal c/c art. 16, §6º da Lei 12.846/2013 e art. 3º, inciso I da Lei 12.527/2011;

53. Encaminhar Acórdão, acompanhado de Relatório e Voto que o Tribunal vier a adotar, para o TC 000.126/2018-7 no intuito de subsidiar a atualização da IN/TCU 74/2015 no que se refere à substituição da expressão “processo administrativo específico de reparação integral do dano” para a expressão “tomada de contas especial”;

54. Autorizar cópia integral do processo (inclusive das peças sigilosas) à empresa interessada consoante Súmula Vinculante 14 do STF; e

55. Arquivar os presentes autos, com fundamento nos artigos 169, inciso II, do RITCU, e 33, da Resolução TCU 259/2014.

3. Em seguida se pronunciou o diretor da SeinfraOperações (peça 234) com algumas divergências da proposta do auditor:

1. Inicialmente, manifesto-me de acordo com a essência do exame consignado na instrução elaborada pelo AUFC Reinaldo Cano de Mello, sem prejuízo de tecer as considerações adicionais e ajustes mencionados a seguir.

I. Data de ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa pelo MPF

2. Primeiramente, convém trazer um fato importante. A instrução narra, em seu parágrafo 4º (p. 1), que o Ministério Público Federal (MPF) teria ingressado com ação civil pública de improbidade administrativa (processo n. 0221759-71.2017.4.02.5101) contra a pessoa jurídica interessada após o TCU ter prolatado o Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário.

3. Entretanto, conforme publicação feita no Diário de Justiça Eletrônico da Justiça Federal da 2ª Região em 20/12/2017, Caderno Judicial JFRJ, p. 1506, o processo judicial 0221759-71.2017.4.02.5101 teve sua distribuição feita à 12ª Vara Federal do Rio de Janeiro em 11/12/2017, indicando que essa ação foi ajuizada pelo MPF anteriormente à sessão do Plenário do TCU de 12/12/2017, na qual foi proferido o aludido aresto.

4. De todo modo, vale ressaltar que, após essa publicação inicial relativa à distribuição do feito, o processo passou a correr em sigilo judicial, estando assim até a data de hoje.

II. Temas não afetos aos recursos

5. Conquanto o AUFC tenha tido a boa intenção de acrescentar pontos a serem discutidos nos autos, mormente as propostas de: (i) levantamento de sigilo dos autos; (ii) autorização para monitoramento do

cumprimento das determinações efetuadas pelo TCU; (iii) utilização e aproveitamento de parte dos debates efetuados nos presentes autos para a proposta de atualização da IN TCU 74/2015 constante do TC 000.126/2018-7; e (iv) arquivamento dos presentes autos, observa-se que, nos termos do Manual de Recursos do TCU aprovado pela Portaria-TCU n. 35, de 5 de fevereiro de 2014, embargos de declaração constituem uma espécie recursal que impede a expansão da rediscussão dos temas do processo para além da matéria impugnada ou as questões de ordem pública.

6. Embora o recurso tenha efeito devolutivo, reabrindo-se a possibilidade de a causa ser apreciada novamente, os limites autorizados para os embargos de declaração não abarcam os temas colocados pelo AUFC, haja vista que os pontos combatidos pela CGU em seu recurso se limitam à natureza do processo administrativo específico de recuperação integral do dano (PAERID) e à competência da CGU para instaurar os referidos processos.

7. Não cabe, portanto, ampliar os limites da matéria impugnada pelo recorrente e que ensejam reapreciação do Tribunal neste recurso.

8. Dessa maneira, as propostas de autorização para monitoramento do cumprimento das determinações efetuadas pelo TCU e de utilização de parte das discussões havidas nos presentes autos para a proposta de atualização da IN TCU 74/2015 merecem ser excluídas, sem prejuízo de serem novamente debatidas em futura instrução dos autos em eventual novo recurso da CGU que permita a ampliação do escopo de reexame.

9. Ademais, a proposta de arquivamento dos autos igualmente não deve ser acolhida, uma vez que, conforme se verá adiante, o acordo de leniência com a empresa ainda não foi assinado e, ainda que houvesse sido, nos termos da IN TCU 74/2015, caberia iniciar as etapas subsequentes de acompanhamento do referido acordo (fases III, IV e V). Esse acompanhamento futuro deve ser realizado no mesmo processo.

10. Por fim, cabe mencionar que a atuação da SeinfraOperações neste recurso é excepcional, porquanto ter sido determinada pelo Ministro Relator, consoante despacho na peça 229, razão pela qual o manual de recursos do Tribunal deve ser observado.

11. Passa-se, portanto, ao exame da questão afeta à proposta de levantamento de sigilo dos autos.

II.1. Proposta de Levantamento total do sigilo dos autos

12. Um ajuste cabível à proposta de encaminhamento consignada pelo auditor diz respeito ao levantamento do sigilo dos autos em sua integralidade.

13. Com efeito, o acordo de leniência em exame não foi assinado pelas partes (empresa e CGU), segundo notícias de 2/2/2018 publicadas na imprensa (fonte: <<http://www.valor.com.br/politica/5302271/perto-de-acordo-de-leniencia-inedito-sbm-suspende-assinatura-apos-acao>>, acesso em 30/4/2018).

14. Outra notícia publicada no jornal Valor Econômico (edição de 22/5/2018, p. B1) indica que o acordo tratado nestes autos poderá ser assinado “nas próximas semanas” (fonte: <<http://www.valor.com.br/empresas/5539717/cgu-chega-acordo-com-odebrecht>>, acesso em 6/6/2018).

15. Dessa maneira, as informações e documentos obtidos no âmbito negocial ainda estão sujeitas à regra do art. 16, § 6º, da Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. Ou seja, essas informações ainda não podem ser tornadas públicas, uma vez que o acordo ainda não foi celebrado.

16. O levantamento do sigilo dos presentes autos, portanto, poderia caracterizar possível violação a essa regra, razão pela qual convém realizar ajustes à proposta de encaminhamento consignada pelo auditor em sua instrução sobre esse aspecto.

17. No entanto, percebe-se que a própria empresa proponente já publicou em seu sítio oficial (fonte: <<https://www.sbmoffshore.com/?press-release=sbm-offshore-update-legacy-issue-brazil>>, acesso em 6/6/2018) que efetuou proposta de acordo de leniência junto à CGU. Dessa maneira, a própria empresa já abriu mão do sigilo em torno de sua identificação como proponente de acordo de leniência.

18. Ademais, a CGU também já divulgou, em seu sítio oficial, que efetuou tratativas de negociação de acordo de leniência com a empresa SBM Offshore (fonte: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/09/nota-a-imprensa-acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore>> e <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/07/ministerio-da-transparencia-celebra-acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore>>, acesso em 7/6/2018).

19. Dessa maneira, nos termos do art. 31, § 1º e art. 39, ambos do Decreto 8.420/2015, entende-se que a informação acerca da existência da proposta e do nome da empresa proponente não está mais sob sigilo.

20. Por isso, entende-se que é possível levantar o sigilo do nome da empresa proponente nestes autos, não cabendo mais manter como estritamente sigilosas as informações que digam respeito à identificação da empresa.

21. Entretanto, vale novamente ressaltar que o histórico de condutas trazido pela empresa em sua proposta de acordo e quaisquer informações associadas a ele devem permanecer resguardadas sob sigilo.

22. Portanto, cabe levantamento parcial do sigilo dos autos apenas no tocante à identificação da pessoa jurídica proponente.

III. Demais pontos atinentes ao exame de mérito dos embargos de declaração.

23. Vale destacar que a AGU, nos embargos de declaração opostos contra o subitem 9.2.1 do Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário (cf. peça 218), busca esclarecer se: (i) o processo administrativo específico para ressarcimento integral do dano (Paerid – art. 13 da Lei Anticorrupção) teria natureza similar à de uma tomada de contas especial – TCE; (ii) a competência para instaurar o Paerid (ou a TCE) caberia à Petrobras, no caso concreto, ou à CGU.

III.1 Da alegada omissão atinente à natureza do processo denominado PAERID

24. No tocante à natureza jurídica do processo PAERID, além da percuente análise externada pelo AUFC em sua instrução, com a qual estou de acordo, convém trazer alguns elementos adicionais conforme a seguir.

25. Esta Corte de Contas já deixou assente, por ocasião dos debates que resultaram no Acórdão 225/2015-TCU-Plenário, que o processo previsto no art. 13 da Lei 12.846/2013 é equivalente à fase interna da Tomada de Contas Especial. O acórdão combatido no presente recurso, tanto em seu voto condutor (seção V), da lavra do E. Ministro Vital do Rego, como em seu relatório (tópico III.2.7 da instrução da Unidade Técnica transcrita e parágrafos 45 a 47 do parecer do MPTCU), igualmente deixa clara essa questão.

26. É importante registrar que o PAERID não esgota todo o trâmite de uma tomada de contas especial, haja vista que, nos termos do art. 71 da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.443/1992, cabe ao Tribunal de Contas da União julgar as contas de responsáveis que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

27. Nesse sentido, a Instrução Normativa TCU 71/2012 disciplina que a instauração da tomada de contas especial deve ser precedida de medidas administrativas para a elisão do dano conforme trata o art. 4º do referido normativo. O PAERID se insere nesse contexto e é caracterizado como uma medida administrativa, criada pela Lei 12.846/2013, para a elisão do dano.

28. Caso o PAERID resulte infrutífero, cabe a instauração da TCE e encaminhamento ao TCU para julgamento, conforme art. 11 da IN TCU 71/2012, além da inscrição em dívida ativa em desfavor da pessoa jurídica devedora (art. 13, parágrafo único, da Lei 12.846/2013).

III.2 Da alegada omissão atinente à competência para instaurar o respectivo PAERID

29. No tocante à definição de qual deve ser o órgão ou entidade responsável para instauração do PAERID, verifica-se que o art. 13 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) se insere em seu capítulo IV – Do Processo Administrativo de Responsabilização.

30. Portanto, o referido diploma legal classifica o PAERID como uma subespécie de processo administrativo de responsabilização (PAR). Continuando a linha argumentativa, observa-se que o art. 8º, § 2º, da Lei Anticorrupção confere à CGU a responsabilidade para instaurar e instruir os referidos PAR, e por consequência, o PAERID.

31. Observa-se que os embargos de declaração opostos pela CGU focaram exclusivamente na parte final do dispositivo do art. 8º, § 2º, da Lei Anticorrupção, ao afirmar que caberia à CGU apenas avocar os processos instaurados por outros órgãos e entidades. Entretanto, a parte inicial desse mesmo dispositivo esclarece que a CGU possui competência concorrente com o órgão ou entidade lesado, in verbis:

Art. 8º (...)

§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento.

32. Além disso, a IN TCU 71/2012, em seu art. 3º, dispõe que cabe à autoridade competente adotar as medidas administrativas tendentes à caracterização ou elisão do dano. Caso haja insucesso nessas medidas, cabe à mesma autoridade providenciar a imediata instauração da TCE. Esse comando reproduz o disposto no art. 8º, caput, da Lei 8.443/1992.

33. Embora os referidos normativos não estipulem explicitamente que o termo “autoridade competente” se refira à CGU, é fato que aquela entidade possui competências legais importantes na tramitação e organização dos processos de TCE, inclusive com emissão de certificados de auditoria e pareceres conclusivos sobre o dano ao erário (art. 10, incisos II e III, da IN TCU 71/2012). Ademais, o art. 66 da Lei 13.502/2017 prevê que o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) deverá atuar nas seguintes competências:

Art. 66. Constituem área de competência do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União:

I - providências necessárias à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, às atividades de ouvidoria e ao incremento da transparência da gestão no âmbito da administração pública federal;

II - decisão preliminar acerca de representações ou denúncias fundamentadas que receber, com indicação das providências cabíveis;

III - instauração de procedimentos e processos administrativos a seu cargo, constituindo comissões, e requisição de instauração daqueles injustificadamente retardados pela autoridade responsável;

IV - acompanhamento de procedimentos e processos administrativos em curso em órgãos ou entidades da administração pública federal;

V - realização de inspeções e avocação de procedimentos e processos em curso na administração pública federal, para exame de sua regularidade, e proposição de providências ou a correção de falhas;

(...)

§ 1º Ao Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, no exercício de suas competências, compete dar andamento às representações ou às denúncias fundamentadas que receber, relativas a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, velando por seu integral deslinde.

§ 2º Ao Ministro de Estado da Transparência e Controladoria-Geral da União, sempre que constatar omissão da autoridade competente, cumpre requisitar a instauração de sindicância, procedimentos e processos administrativos e avocar aqueles já em curso perante órgão ou entidade da administração pública federal, visando à correção do andamento, inclusive mediante a aplicação da penalidade administrativa cabível.

(...)

(grifo nosso)

34. Além da Lei 13.502/2017, o Regimento Interno da CGU, mencionado pelo AUFC em sua instrução, corrobora essas mesmas competências.

35. Observa-se que compete à CGU adotar medidas necessárias à defesa do patrimônio público, dando andamento aos processos relativos a lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, entre os quais a instauração de fase interna de TCE (ou PAERID), ainda mais quando determinado pelo TCU, haja vista que àquele órgão foi cientificado acerca das irregularidades pelo Tribunal.

36. Está claro, portanto, que no termo “autoridade competente” previsto no art. 8º, caput, da Lei 8.443/1992 também está inserida a CGU, haja vista o seu rol de competências institucionais mencionado acima.

37. Além disso, a CGU alega, em seu recurso, que o órgão lesado possui melhores habilidades, elementos e conhecimentos que permitem o cálculo do dano. Entretanto, conforme visto acima, a CGU possui poder de diligência e inspeção, o que permite que a Controladoria também consiga obter esses mesmos elementos.

38. Aliás, nesse ponto, vale destacar uma possível incoerência nos argumentos esgrimidos pela CGU em seu recurso, conforme se verá a seguir.

39. No caso concreto, a pessoa jurídica proponente teria perpetrado ilícitos em desfavor da sociedade de economia mista Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras) e não diretamente em desfavor da União. Não obstante, a CGU não se sentiu tolhida de negociar o aludido acordo, inclusive formando comissão de negociação sem a participação de qualquer empregado público da Petrobras, a qual, afinal, é o ente da Administração Pública diretamente interessado no acordo e nos valores auferidos.

40. É importante dizer que, inicialmente, houve o convite a empregados da Petrobras para comporem a mesa de negociação. Posteriormente, os empregados da Petrobras não estiveram mais presentes.

41. Aliás, cabe dizer que a AGU, conforme previsto no art. 131 da Constituição Federal de 1988, representa a União e não a Petrobras. A Petrobras possui equipe jurídica própria e personalidade jurídica distinta da União.

42. Portanto, embora a CGU e a AGU entendam que possuem competência para negociar acordo de leniência em face de ilícitos cometidos em desfavor de entidade distinta da União (no caso concreto a Petrobras), a mesma CGU alega não ser competente para instaurar processos administrativos de ressarcimento de débitos, embora a lei preveja que ela pode avocá-los ou instaurá-los diretamente, em caso de omissão da autoridade competente.

43. De todo modo, pode o Tribunal dirigir sua determinação de instauração de fase interna de TCE (ou PAERID) diretamente à CGU, sem que isso acarrete nulidade, uma vez que essa medida está prevista entre suas potestades institucionais, conforme art. 8º, § 1º, da Lei 8.443/1992 e do art. 4º, § 4º, da IN TCU 71/2012.

44. Dessa maneira, num primeiro momento, a fim de dar cumprimento ao determinado pelo Tribunal, poderá a CGU efetuar diligências e inspeções junto às entidades lesadas (no caso concreto, a Petrobras), visando identificar se foram tomadas medidas administrativas para elisão do dano cometido.

45. Caso já tenham sido tomadas medidas, caberá à CGU acompanhar o referido procedimento, a fim de que o prazo para instauração da fase interna da TCE (ou PAERID) seja cumprido, e o processo seja remetido ao Tribunal para julgamento.

46. Caso contrário, deverá a CGU instaurar a fase interna da TCE (ou PAERID), por força do disposto no art. 8º, caput, da Lei 8.443/1992 c/c art. 3º da IN TCU 71/2012 e art. 66 da Lei 13.502/2017.

47. Caso a CGU não instaure os procedimentos administrativos de apuração e cobrança do dano ao erário cometido, além de isso potencialmente caracterizar descumprimento à determinação feita pelo Tribunal, ainda poderá enquadrar os gestores daquele órgão no disposto no art. 74, § 1º, da Constituição Federal de 1988 c/c art. 51 da Lei 8.443/1992.

48. Vale destacar que essa questão também foi posta pelos E. Ministros-substitutos desta Corte, Srs. André Luís de Carvalho e Augusto Sherman Cavalcanti, na sessão do Plenário de 2/12/2015 (Ata n. 50 de 2015), na fase de discussão do Acórdão 3.089/2015-TCU-Plenário, conforme excertos extraídos de suas falas mencionados a seguir:

Ministro-substituto Augusto Sherman Cavalcanti: (...). As infrações que eventualmente tenham sido cometidas pela Petrobras ou em outras estatais, que estão sendo apuradas no âmbito da Lava-Jato, não vão encontrar neste Tribunal facilidades. Não vão encontrar facilidades no seu Corpo de Ministros, não vão encontrar facilidades no seu Presidente, não vão encontrar facilidades no seu Corpo Técnico, não vão encontrar facilidades no seu Vice-Presidente. É preciso que isso fique claro. (...) O Tribunal vai lutar para manter sua competência de calcular o débito que for correto, se eventualmente ele ocorreu e imputar esse débito (...).

Ministro-substituto André Luís de Carvalho: (...). Tive a oportunidade de participar duas semanas atrás de um seminário sobre a lei do acordo de leniência (...). Eu, pessoalmente, externei uma posição que gostaria de dividir com todos os ministros. A nossa lei orgânica, que é uma lei geral e já vigora há muito mais tempo que essa lei, deixa claro que a autoridade administrativa, diante de dano ao erário, deve adotar as providências para reparação do dano integral. Naquela oportunidade, eu disse, inclusive, que talvez se pudesse até imaginar a responsabilidade pessoal de alguém que faça um acordo de leniência em valores

abaixo daqueles devidos ao erário. E continuo pensando assim. E o Tribunal, neste momento, com as palavras do Ministro Zymler e do Ministro Sherman e todos os demais, reitera essa posição (...).

49. Ademais, a exposição de motivos EMI n. 11/2009-CGU/MJ/AGU, que motivou a apresentação do projeto de lei ao Congresso Nacional que, por fim, tornou-se a Lei 12.846/2013, previu:

9. No que tange aos atos ilícitos a serem reprimidos, o anteprojeto possui um rol extenso de condutas puníveis capazes de lesar o Poder Público e a Administração estrangeira. As condutas lesivas descritas atendem à realidade vivenciada pela Administração e à necessidade de reprimir condutas lesivas que ainda não possuem previsão legal, quando praticadas em benefício ou em nome de pessoas jurídicas.

10. Observe-se que o presente projeto optou pela responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, porque o Direito Penal não oferece mecanismos efetivos ou céleres para punir as sociedades empresárias, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção. A responsabilização civil, porque é a que melhor se coaduna com os objetivos sancionatórios aplicáveis às pessoas jurídicas, como por exemplo o ressarcimento dos prejuízos econômicos causados ao erário; e o processo administrativo, porque tem-se revelado mais célere e efetivo na repressão de desvios em contratos administrativos e procedimentos licitatórios, demonstrando melhor capacidade de proporcionar respostas rápidas à sociedade.

50. Ou seja, considerando que o projeto de lei (PL) já atribuía competência à CGU para instaurar, avocar e instruir PAERIDs, a própria motivação do aludido PL corrobora o entendimento de que a determinação feita pelo Tribunal consubstanciada no subitem 9.2.1 do Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário está fundamentada em vários elementos da legislação, a saber, a Lei Anticorrupção, a Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992), a Lei 13.502/2017, o Decreto 5.687/2006 (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção – Convenção de Mérida) e a IN TCU 71/2012, não cabendo acolher qualquer alegação de obscuridade ou omissão no subitem 9.2.1 do Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário.

IV. Inviabilidade de fornecimento de cópias de algumas peças dos autos aos advogados da Pessoa Jurídica interessada

51. O auditor, em sua instrução, propõe que seja concedida cópia integral destes autos aos advogados constituídos pela pessoa jurídica interessada. Para tanto, fundamenta sua análise na Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal (STF), na Lei de Acesso à Informação, e em comparações com a tramitação dos processos administrativos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

52. Outro ponto mencionado pelo auditor em sua linha argumentativa, no tocante ao fornecimento de cópias dos autos à empresa, se refere ao seu entendimento de que caberia levantar o sigilo dos presentes autos.

53. Conforme já mencionado, o acordo de leniência com a empresa não foi assinado. Dessa maneira, torna-se imperioso cumprir o disposto no art. 16, § 6º, da Lei 12.846/2013, o qual impede o levantamento total do sigilo dos presentes autos, sem prejuízo de que a informação acerca do nome da empresa proponente não venha mais a estar sob sigilo, conforme visto no tópico II.1 deste pronunciamento.

54. Especificamente no tocante ao fornecimento de cópia integral dos autos aos advogados da empresa, observa-se que essa medida não merece ser acolhida. A razão para isso é que os presentes autos contêm peças que revelam a estratégia de negociação da CGU no acordo, sobretudo o relatório elaborado por aquele órgão indicando a existência de prejuízos financeiros da ordem de US\$ 800 milhões cometidos pela empresa em contratos com a Petrobras.

55. Considerando que o acordo deverá ser assinado “nas próximas semanas”, segundo informações da imprensa (Jornal Valor Econômico, 22/5/2018, p. B1), revelar a estratégia da CGU pode trazer prejuízos a uma possível retomada da mesa de negociação.

56. Entretanto, entende-se que é possível a empresa ter vista e cópia parcial dos autos, permanecendo restritos os elementos que mostrem a estratégia de negociação da CGU.

57. Vale, ademais, destacar que o não fornecimento de cópia integral dos autos à empresa não tem o condão de eventualmente afetar o princípio do contraditório ou da ampla defesa, haja vista que nenhum direito subjetivo da empresa está sendo afetado, uma vez que o acordo não foi assinado ainda e não está produzindo direitos ou obrigações.

58. Convém mencionar que a Súmula Vinculante 14 do STF referenciada pelo auditor se aplica a procedimentos investigatórios em órgãos com competência de polícia judiciária e se refere a elementos relacionados ao exercício do direito de defesa. Ou seja, a própria Súmula do STF prevê que é possível que algumas peças processuais sejam mantidas em sigilo, a exemplo de documentos não diretamente relacionados ao exercício do direito de defesa.

59. Em investigações criminais, por exemplo, documentação relacionada a realização de diligências investigativas, antes de sua efetivação, é mantida sob sigilo e a defesa de investigados não tem acesso a esses documentos, uma vez que o acesso a essas informações pode frustrar as investigações e diligências, bem como pode propiciar a destruição de provas.

60. De forma análoga, o acesso a informações relacionadas à estratégia da CGU pode afetar a efetividade da negociação, enquanto o acordo não for efetivado.

61. Portanto, convém manter algumas das peças processuais com controle de acesso restrito, conforme a peça 195, conjugada com as peças 158 e 194 dos autos.

V. Proposta de encaminhamento ajustada

62. Feitos esses comentários, cabe consolidar os entendimentos alcançados, efetivando os seguintes ajustes à proposta de encaminhamento consignada pelo auditor:

a) Conhecer dos presentes embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), em nome da Controladoria-Geral da União (CGU), com fundamento no art. 32, inciso II, e 34, ambos da Lei 8.443/1992, c/c o art. 287 do Regimento Interno do TCU, para, no mérito, rejeitá-los, por inexistir omissão, obscuridade ou contradição a ser corrigida na deliberação recorrida;

b) Retirar o sigilo acerca da identificação da pessoa jurídica proponente do acordo de leniência tratado nos presentes autos, em consonância com o art. 31, § 1º e art. 39, ambos do Decreto 8.420/2015;

c) Manter a classificação de restrição de acesso à informação descrita na peça 195, conjugada com as peças 158 e 194 dos autos;

d) Dar ciência à recorrente acerca da deliberação que vier a ser proferida.

4. O titular da SeinfraOperações se manifestou de acordo com o seu diretor (peça 235).

5. O Ministério Público junto ao TCU, representado neste feito pela Procuradora-Geral, Doutora Cristina Machado da Costa e Silva, expediu o seguinte pronunciamento (peça 248):

Cuidam os autos de processo de acompanhamento, autuado nos termos do art. 1.º, § 2.º, da IN-TCU n.º 74/2015, destinado a examinar a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos praticados pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU) e Advocacia-Geral da União (AGU), em face do processamento do Acordo de Leniência com a sociedade empresária SBM Offshore, nos termos da Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção - LAC).

2. Examinam-se nesta oportunidade Embargos de Declaração opostos pela AGU, representando a CGU, em face do Acórdão n.º 2.925/2017-TCU-Plenário, em que se alega omissão no tocante à natureza jurídica do Processo Administrativo Específico de Reparação Integral do Dano, referenciado como PAERID, bem como contradição no que tange à competência para instauração do referido processo, referenciando os itens 9.2.1 e 9.4.3 da deliberação embargada, vazados nos seguintes termos:

Acórdão n.º 2.925/2017-TCU-Plenário:

9.2.1. instaure, no prazo de 30 (trinta) dias, os processos administrativos específicos de reparação integral do dano (PAERID) para cada processo administrativo de responsabilização (PAR) instaurado, nos termos do art. 13 da Lei 12.846/2013;

9.4.3. a CGU deverá encaminhar ao TCU o resultado do processo administrativo específico de reparação integral do dano, matéria de competência de pronunciamento final desta Corte de Contas;

3. Em apertada síntese, em 12/12/2017, o Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) considerou atendidos os requisitos contidos no art. 16 da Lei n.º 12.846/2013 relativos às fases previstas nos incisos I e II do art. 1.º da aludida Instrução Normativa.

4. Como bem destacado à época, o escopo do acordo, sobretudo no que tange aos atos lesivos reconhecidos pela proponente, não se sobrepunha a eventuais apurações em curso no TCU, tampouco concedia quitação em matéria afeta às competências da Corte de Contas. Quanto aos valores envolvidos, assim dispunha a minuta do Acordo em sua Cláusula 10.1:

10.1. Em função da responsabilidade reconhecida pelas RESPONSÁVEIS COLABORADORAS, nos termos deste Acordo, estas concordaram em: (i) pagar o valor de R\$ 264.000.000,00 (duzentos e sessenta e quatro milhões de reais), a título de multa civil, nos termos da cláusula 10.3.1.1; (ii) pagar o valor de R\$ 285.000.000,00 (duzentos e oitenta e cinco milhões de reais) a título de antecipação de reparação de danos, nos termos da cláusula 10.3.1.2; e (iii) reduzir em 95% (noventa e cinco por cento) os futuros bônus de performance relacionados aos contratos de afretamento e operações dos FPSOs Cidade de Anchieta e Capixaba como compensação por danos, que equivale ao valor nominal aproximado de US\$ 179,804,884,00 (Cento e setenta e nove milhões oitocentos e quatro mil oitocentos e oitenta e quatro dólares) durante o período de 2016 a 2030 (ANEXO V) (“REDUÇÃO DO BONUS”), nos termos da cláusula 10.3.1.4 e a cláusula 10.2 deste ACORDO.

5. Em suma, no que diz respeito ao contexto de reparação de danos, a fonte objetiva do montante especificado derivava da parcela repassada pela SBM Offshore ao seu representante no Brasil, do que se presumiu tratar-se de propina (apurada no valor de US\$ 72,80 milhões), bem como de um montante equivalente a 45% do lucro arbitrado pela comissão de negociação e tido como indevido (estimado em US\$ 197 milhões).

6. Nesta feita, não obstante tratar-se de Embargos de Declaração, a matéria em voga apresenta considerável abrangência, posto cuidar de temática a ser assentada em caráter geral e, na essência, repercutir nos institutos delineados pela Lei Anticorrupção, notadamente os Acordos de Leniência e os Processos Administrativos de Responsabilização (PAR) processados na esfera federal.

7. Como salientado em pronunciamento da SeinfraOperações (peça 234, p.2), a presente peça recursal fora instruída em caráter excepcional pela própria Unidade Instrutiva que proferiu o exame técnico inicial, e posteriormente remetida para análise deste Parquet especializado, nos termos designados no Despacho do eminente Relator Ministro Vital do Rêgo (peça 229).

8. No mérito, a Unidade Técnica propõe a rejeição dos embargos opostos, por entender que:

(i) em relação à eventual omissão acerca da natureza jurídica do PAERID: “na esfera federal o processo administrativo de reparação integral do dano (PAERID) é a tomada de contas especial (TCE) para fins de processamento da reparação de dano regulada pela IN/TCU 71/2012.” (peça 233, p.4) e;

(ii) quanto à possível contradição em referência ao legitimado para instauração do PAERID: “no uso das suas atribuições legais e regimentais, o TCU explicitamente dirigiu a sua determinação à CGU com fundamento no art. 47 da Lei nº 8.443/1992 c/c o art. 252 do RITCU. Com isso, rejeita-se o também argumento da contradição alegada em recurso.”(peça 233, p. 7).

9. De plano, esta representante do Ministério Público junto ao TCU se manifesta pelo conhecimento dos presentes embargos e, no mérito, por acolhê-los, dada a relevância do tema ali consignado, a recomendar uma melhor reflexão sobre o assunto.

10. Reforça tal percepção o fato de que ainda não há notícia da conclusão de PAERID na esfera federal, o que reclama cautela na definição e interpretação das normas e institutos insertos no inovador diploma legislativo, sobretudo para que não se limite a atuação dos entes legitimados, impondo-lhes entendimentos circunscritos apenas à perspectiva do microssistema de controle externo.

Da omissão quanto à natureza jurídica do PAERID

11. A alegada omissão reside na natureza jurídica do PAERID, ancorada em determinação contida no item 9.2.1 do Acórdão n.º 2.925/2017-TCU-Plenário, com o seguinte teor:

9.2.1. instaure, no prazo de 30 (trinta) dias, os processos administrativos específicos de reparação integral do dano (PAERID) para cada processo administrativo de responsabilização (PAR) instaurado, nos termos do art. 13 da Lei 12.846/2013;

12. Como é cediço, a Lei n.º 12.846/2013, denominada de Lei Anticorrupção, dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nas esferas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

13. Em linhas gerais, são as condutas tipificadas em seu art. 5.º, a seguir listadas, que fazem atrair a incidência do referido diploma legal:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1o, que

atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada;

II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei;

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;

b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;

c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;

d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.

14. Da leitura, natural concluir que seu campo de aplicabilidade transcende o espectro tradicional da jurisdição de contas, especialmente no que tange aos processos de controle externo, sob a perspectiva da recomposição do dano ao erário.

15. É de se ressaltar que a LAC veio a colmatar uma lacuna normativa concernente à responsabilização objetiva das pessoas jurídicas, com campo de incidência potencialmente diverso do arcabouço então vigente, sem colidir diretamente com as demais normas de direito público que dispõem sobre as ações de reparação de danos, notadamente as tomadas de contas especiais e as ações específicas de ressarcimento por ilícitos penais e de improbidade administrativa.

16. Assim, perfeitamente possível o regular desenvolvimento dos novéis institutos consagrados na LAC – Acordo de Leniência e PAR –, sem qualquer usurpação de competência da jurisdição de contas. Aliás, é o que revela o presente caso apreciado pelo Tribunal, cujos atos praticados contra a Administração, ensejadores de reparação, relacionam-se a propina paga fora do Brasil e a lucro obtido de forma indevida, os quais, por sua vez, não se inserem de per si no campo de atuação do TCU.

17. Desse modo, forçoso reconhecer que diversos são os atos e as condutas que se subsumem às infrações genericamente insertas na LAC e que não têm o condão de atrair a competência da Corte de Contas, ainda que se cuide de dano ao Erário.

18. Por oportuno, e para ser fiel à literalidade das normas regentes, colacionam-se os dispositivos atinentes ao PAERID referenciados na LAC e no Decreto n.º 8.420/2015 que a regulamentou:

Lei n.º 12.846/2013:

Art. 13. A instauração de processo administrativo específico de reparação integral do dano não prejudica a aplicação imediata das sanções estabelecidas nesta Lei.

Parágrafo único. Concluído o processo e não havendo pagamento, o crédito apurado será inscrito em dívida ativa da fazenda pública.

(...)

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:

(...)

§ 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

Decreto n.º 8.420/2015:

Art. 51. O processamento do PAR não interfere no seguimento regular dos processos administrativos específicos para apuração da ocorrência de danos e prejuízos à administração pública federal resultantes de ato lesivo cometido por pessoa jurídica, com ou sem a participação de agente público. (grifos acrescidos)

19. De plano, é possível extrair a independência do processo de reparação do dano frente ao regular processamento do PAR e dos Acordos de Leniência. A nosso ver, no entanto, referido processo não se traduz necessariamente numa tomada de contas especial.

20. Nesse sentido, algumas observações merecem destaque. Uma diz respeito à inscrição em dívida ativa, procedimento típico das apurações administrativas no âmbito do Poder Executivo, que difere do julgamento das tomadas de contas no TCU, a cujas decisões condenatórias a Constituição Federal conferiu a natureza de título executivo.

21. Outro ponto a se destacar é a possibilidade, consoante a parte final do art. 51 do decreto regulamentar, da instauração e processamento de apuração de danos e prejuízos causados à administração pública federal por pessoa jurídica sem a participação de agente público. A nosso ver, tal fato destoia da processualística das tomadas de contas especiais que, ordinariamente, pressupõem a participação de agente público, não abarcando de forma indiscriminada todo e qualquer dano perpetrado contra a Administração, como a obtenção de vantagem ilícita mediante o pagamento de propina, exemplo do caso concreto.

22. Para além disso, bem delinea a LAC em seu art. 6.º que as sanções passíveis de serem aplicadas no bojo do Processo de Responsabilização (PAR) se circunscrevem a: (i) multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; e (ii) publicação extraordinária da decisão condenatória.

23. Disto, tem-se por válida a interpretação de que as condutas constatadas, seja no âmbito do PAR, seja no âmbito dos acordos, que evidenciem a ocorrência de dano ao erário, devem ser apuradas de forma independente no bojo de um processo administrativo específico coexistente ao PAR, no caso, o PAERID.

24. Além do que, a par de designação própria conferida pelo legislador ordinário, tal processo goza de autoaplicabilidade que não se restringe à esfera federal, não se limitando necessariamente aos contornos jurídicos apostos genericamente às tomadas de contas especiais, instrumento previsto no art. 8.º da Lei n.º 8.443/1992, Lei Orgânica do TCU (LOTUCU).

25. Cumpre salientar ainda que a temática do PAERID foi objeto de abordagem no Parecer referente à minuta da IN n.º 74/2015, no bojo do TC 002.612/2015-1, sob a relatoria do eminente Ministro José Múcio, e que subsidiou o Acórdão n.º 225/2015-TCU-Plenário, restando consignado, dentre outros pontos, que: em matéria de competência do TCU, o processo administrativo específico da reparação integral do dano a que se refere a lei anticorrupção é o processo de Tomada de Contas Especial (TC 002.612/2015-1, peça 7).

26. Note-se que o TCU não interpretou indistintamente o PAERID como um processo de tomada de contas especial, mas, sim, estratificou-o apenas aos casos em que o ato praticado e tipificado na LAC se inserisse no plexo de suas competências constitucionais ou legais.

27. É de se destacar que, quando cabível, a instauração da tomada de contas especial, consoante preconizado no art. 4.º da IN-TCU n.º 71/2012, é medida subsidiária, ou seja, implementada após esgotadas as medidas administrativas para elisão do dano, podendo, todavia, o TCU determinar à autoridade competente a instauração de TCE independentemente das providências já adotadas.

28. Evidentemente, por se tratar de um processo relativamente novo, sem um nível adequado de maturação, há que se prezar por uma interpretação harmônica com as demais normas inerentes ao direito

público sancionador e reparador, congregando, sobretudo, o instrumental administrativo e judicial de que o Poder Público dispõe.

29. Em regra, a Administração lesada desenvolve suas ações de apuração, sob a perspectiva da LAC, a partir dos fatos noticiados no bojo dos Acordos de Leniência e/ou apurados nos Processos Administrativos de Responsabilização (PAR), os quais podem levar a descortinar condutas que tenham causado dano.

30. Nos Acordos de Leniência, a eventual reparação de dano tem seus termos negociados entre as partes, o que mitiga o risco de potenciais celeumas. Situação diversa, no entanto, é observada no âmbito do PAR, quando não há expressamente o reconhecimento dos atos impugnados, o que leva a Administração a buscar o ressarcimento de forma unilateral, lançando mão dos meios postos à disposição, seja no âmbito administrativo, seja no judicial.

31. Nesse contexto é que se vislumbra despontar maior relevância na instauração do PAERID, coexistindo ao PAR e, eventualmente, ao Acordo de Leniência, traduzindo-se em processo cuja finalidade é a adoção de medidas administrativas preliminares tendentes à caracterização e ao ressarcimento do dano.

32. Caso restem infrutíferas tais medidas, a depender do tipo de dano apurado, pode vir a ser instaurada pela autoridade competente a tomada de contas especial, caso os atos se subsumam ao previsto no art. 8.º da Lei n.º 8.443/1992, quando na esfera Federal, ou adotadas as medidas judiciais cabíveis, quando inaplicável outra medida administrava de ressarcimento.

33. Adiante faremos breve abordagem acerca da autoridade competente para instauração do PAERID e da tomada de contas especial.

Da contradição quanto à competência para instauração do PAERID

34. O recorrente suscita ainda contradição no que concerne à competência para instauração do PAERID, fundada no precitado item 9.2.1, bem como no item 9.4.3 do Acórdão n.º 2.925/2017-TCU-Plenário, assim declinado:

9.4.3. a CGU deverá encaminhar ao TCU o resultado do processo administrativo específico de reparação integral do dano, matéria de competência de pronunciamento final desta Corte de Contas;

35. A temática ora discutida está intrinsecamente ligada ao esclarecimento da natureza jurídica do PAERID, a qual pugnamos não se tratar necessariamente de uma tomada de contas especial, não obstante, a depender da natureza dos atos praticados, no todo ou em parte, possa vir a ensejar uma.

36. Examinando a Lei n.º 12.846/2013, é de se notar que o art. 13, que menciona o PAERID, se insere no capítulo IV – Do Processo Administrativo de Responsabilização, o que, naturalmente, indica a conexão entre os procedimentos, dado que o PAR pode resultar nas sanções previstas na LAC (multa e publicação da decisão condenatória) e, caso evidenciada a ocorrência de dano, o PAERID constitui a via procedimental para que se promova a devida reparação.

37. Continuando a linha argumentativa, da leitura do art. 8.º da Lei Anticorrupção, extrai-se que a instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o que, por simetria, entendemos deva ser aplicado ao PAERID.

38. No que concerne especificamente à CGU, observa-se que o art. 8.º, § 2.º, da Lei Anticorrupção a esta confere, de forma concorrente, a competência para instaurar e instruir o PAR, e por conseguinte, o PAERID.

§ 2º No âmbito do Poder Executivo federal, a Controladoria-Geral da União - CGU terá competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento nesta Lei, para exame de sua regularidade ou para corrigir-lhes o andamento. (grifos acrescidos)

39. Em suma, quem conduz o PAR, ou, quando cabível, o Acordo de Leniência, também se legitima a instaurar o PAERID nos casos de indicativo de ocorrência de dano.

40. Outrossim, do teor da determinação exarada pelo TCU (instaure, no prazo de 30 (trinta) dias, os processos administrativos específicos de reparação integral do dano (PAERID) para cada processo administrativo de responsabilização (PAR) instaurado, nos termos do art. 13 da Lei 12.846/2013), é possível inferir que não se reveste de caráter mandamental irrestrito, mas, sim, dedicado aos PARs instaurados pela

CGU no bojo de sua competência concorrente, quando, por evidente, se noticia a ocorrência de algum tipo de dano a órgão ou entidade da Administração Pública Federal.

41. Ainda de relevo, dois pontos merecem destaque.

42. O primeiro diz respeito à competência do TCU para proferir determinações dirigidas aos órgãos integrantes do sistema de controle interno, a teor do disposto no art. 50 da LOTCU, que assim dispõe:

Art. 50. No apoio ao controle externo, os órgãos integrantes do sistema de controle interno deverão exercer, dentre outras, as seguintes atividades:

I - (Vetado)

II - realizar auditorias nas contas dos responsáveis sob seu controle, emitindo relatório, certificado de auditoria e parecer;

III - alertar formalmente a autoridade administrativa competente para que instaure tomada de contas especial, sempre que tiver conhecimento de qualquer das ocorrências referidas no caput do art. 8º desta Lei. (grifos acrescidos)

43. O inciso I, vetado, assim dispunha:

I - organizar e executar, por iniciativa própria ou por determinação do Tribunal de Contas da União, programação trimestral de auditorias contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial nas unidades administrativas sob seu controle, enviando ao tribunal os respectivos relatórios, na forma estabelecida no Regimento interno; (grifos acrescidos)

44. Por seu turno, as razões do veto a tal inciso restaram assentadas nos seguintes termos:

A expressão “por determinação do Tribunal de Contas da União”, como colocada, dá a entender claramente que os Sistemas de Controle Interno dos três Poderes ficarão expostos a uma hierarquia (do TCU) indevida quanto às prerrogativas dos Poderes de planejar, programar e executar as atividades que lhe são afetas, estabelecidas na Lei Maior. Ademais, o sentido intrínseco do referido inciso fere, a meu ver, a indispensável garantia de independência entre os Poderes da União.

Outro ponto a ser considerado é o de que o Controle Externo cabe ao Congresso Nacional, que o exercerá com o auxílio do TCU (art. 71 da CF), donde se evidencia que o Controle Externo não se resume ao Tribunal de Contas da União.

Cabe lembrar, por fim, que é finalidade dos Sistemas de Controle Interno dos três Poderes, dentre outras, apoiar o Controle Externo em sua missão institucional. Apoiar, no entanto, tem o sentido de auxílio mútuo, não o de cumprimento de determinações. (grifos acrescidos)

45. No mesmo sentido tem-se o disposto no art. 5.º do Decreto n.º 3.591/2000:

Art. 5.º O Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal prestará apoio ao órgão de controle externo no exercício de sua missão institucional.

Parágrafo único. O apoio ao controle externo, sem prejuízo do disposto em legislação específica, consiste no fornecimento de informações e dos resultados das ações do Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. (grifos acrescidos)

46. Da leitura atenta às razões desse veto à LOTCU, é perceptível a intenção do legislador ordinário em manter a integridade do sistema de freios e contrapesos, reafirmando, sobretudo, o princípio da separação dos Poderes, notadamente quando de forma categórica censura a interferência do controle externo na programação e execução das atividades afetas aos controles internos dos Poderes, a exemplo de auditorias, rechaçando, inclusive, a possibilidade de determinações nesse sentido.

47. Entende-se, nesse cenário, inadequada a fundamentação apontada na instrução (peça 233, p.8) para a determinação dirigida à CGU, calcada no art. 47 da LOTCU, vez que não se cuida propriamente de processo de fiscalização realizada pelo TCU e não fora nesse momento configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário a justificar a conversão do processo em TCE, não sendo cabível, sequer, determinação genérica para realização de fiscalizações que não estejam na programação e no planejamento prévio dos órgãos de controle interno dos Poderes da União, como expressamente consignado nas razões do veto reproduzidas neste Parecer.

48. O segundo ponto a reforçar a percepção de que o PAERID (e conseqüentemente a determinação do Tribunal) não corresponde estritamente a uma tomada de contas especial é a falta de competência primária da CGU para instauração de TCE.

49. Note-se que o inciso III, do art. 50 da LOTCU, acima reproduzido, é cristalino ao indicar que os órgãos integrantes do sistema de controle interno deverão alertar formalmente a autoridade administrativa competente para que instaure tomada de contas especial, sempre que tiver conhecimento de qualquer das ocorrências referidas no caput do art. 8.º desta Lei. Ou seja, entende-se que não compete ao controle interno instaurar ordinariamente tal procedimento.

50. Tal sistemática, inclusive, guarda plena consonância com a regulamentação disposta na Instrução Normativa n.º 71/2012, que cuida da matéria no âmbito do TCU:

Art. 3º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, contrato de repasse, ou instrumento congênere, da ocorrência de desfalque, alcance, desvio ou desaparecimento de dinheiro, bens ou valores públicos, ou da prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade competente deve imediatamente, antes da instauração da tomada de contas especial, adotar medidas administrativas para caracterização ou elisão do dano, observados os princípios norteadores dos processos administrativos.

Art. 4º Esgotadas as medidas administrativas de que trata o art. 3º, sem a elisão do dano, e subsistindo os pressupostos a que se refere o art. 5º desta Instrução Normativa, a autoridade competente deve providenciar a imediata instauração de tomada de contas especial, mediante a autuação de processo específico.

Art. 10. O processo de tomada de contas especial será composto pelos seguintes documentos:

I - relatório do tomador das contas, que deve conter (...)

II - certificado de auditoria, acompanhado do respectivo relatório, em que o órgão de controle interno competente deve manifestar-se expressamente sobre: (...)

III - parecer conclusivo do dirigente do órgão de controle interno;

51. Da leitura conjunta dos referidos dispositivos, é razoável concluir que a instauração da tomada de contas especial, após restarem frustradas as medidas administrativas para elisão do dano, compete à autoridade administrativa responsável pelo órgão ou entidade de origem das irregularidades, cabendo ao controle interno o papel de supervisionar e avaliar o regular processamento do feito, a partir da emissão do certificado de auditoria, do relatório e do parecer conclusivo de seu dirigente, com posterior encaminhamento para julgamento na Corte de Contas.

52. Nesse contexto, há que se ressaltar que a determinação, com assinatura de prazo, para que a CGU instaure o PAERID (não diretamente uma TCE) guarda assento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, posto cuidar-se de providências necessárias ao exato cumprimento da lei, dado que a omissão verificada configura ilegalidade e tem o condão de frustrar o exercício das competências do TCU, notadamente nos casos em que haja indícios de dano ao Erário, e que se encontram sob sua jurisdição.

53. Em síntese, delimitada a competência para instauração do PAERID (simetria com o PAR), quando constatada a ocorrência de dano ao Erário, mantêm-se válidas as determinações dirigidas à CGU, constantes dos itens 9.2.1 e 9.4.3 da deliberação embargada, para os casos em que houver PAR em curso e sob sua condução, devendo ser remetido o resultado ao TCU, informando as medidas adotadas, sem prejuízo de que seja dado conhecimento também aos demais agentes legitimados a ajuizar ações de ressarcimento.

54. Importante destacar, ainda, a potencial vedação de o Tribunal proferir determinações aos órgãos integrantes do sistema de controle interno dos Poderes da União para realização de auditorias fora da programação regular de atividades destes, a teor das razões do veto ao inciso I, do art. 50 da LOTCU, bem como a ausência de previsão legal para que se determine aos referidos órgãos a instauração direta de tomada de contas especial, atribuição primária da autoridade administrativa competente na origem, consoante inciso III, do art. 50 da LOTCU.

Temas não afetos ao exame recursal

55. Em adição ao exame empreendido quanto ao mérito dos embargos opostos, a instrução (peça 233) sugere a adoção de algumas medidas, notadamente de ordem processual. São elas: (i) levantamento de sigilo dos autos; (ii) autorização para monitoramento do cumprimento das determinações efetuadas pelo TCU; (iii) utilização e aproveitamento de parte dos debates efetuados nos presentes autos para a proposta de atualização da IN TCU n.º 74/2015, constante do TC 000.126/2018-7; e (iv) arquivamento dos presentes autos.

56. Em seu pronunciamento, o titular da Subunidade da SeinfraOperações examina cada item proposto, destacando que, nos termos do Manual de Recursos do TCU (Portaria-Serur n.º 35/2014), embargos de declaração constituem uma espécie recursal que impede a expansão da discussão dos temas do processo para além da matéria impugnada ou questões de ordem pública.

57. Dada a pertinência dos pontos apresentados, a despeito de as medidas sugeridas transcenderem a temática central em discussão nos embargos, teceremos breves considerações acerca do que fora proposto.

i) Do levantamento do sigilo:

58. Quanto ao tratamento dado ao sigilo nos processos regidos pela LAC, é de fácil observação o contexto restritivo e a precaução estabelecida pelo legislador para o resguardo das informações trazidas pelos potenciais celebrantes. Isto porque a sistemática afeta aos Acordos de Leniência tem natureza significativamente diversa da que ordinariamente se observa nos processos de apuração dos órgãos de controle estatal.

59. Nessa dinâmica, o Estado não se apresenta na sua acepção persecutória da forma usual – na qual pode se valer dos meios investigativos disponíveis, inclusive compartilhando provas protegidas por sigilo com outros órgãos, em conjugação de esforços para potencializar o descortino dos atos ilícitos e a consequente identificação dos responsáveis –, mas sim, estabelece outro tipo de relação com o infrator, em que este, de moto-próprio, traz ao conhecimento do Estado os atos lesivos por ele praticados, e eventualmente, por outrem. Não por menos a proteção legal conferida, vez que cuida de uma relativização à presunção de inocência e à não autoincriminação.

60. Isto posto, razoável concluir que, ao apresentar as informações ao órgão estatal legitimado para celebrar acordos de leniência, a pessoa jurídica proponente tem não apenas a expectativa, mas o pleno direito a ter resguardado o sigilo, sobretudo contra o uso de tais informações por agentes alheios ao processo negocial. É o que se pode concluir da inteligência do § 6.º do art. 16, da Lei n.º 12.846/2013, c/c o §1.º, do art. 31 do Decreto n.º 8.420/2015:

Lei n.º 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:

(...)

§ 6º A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. (grifos acrescidos)

Decreto n.º 8.420/2015:

Art. 31. A proposta de celebração de acordo de leniência poderá ser feita de forma oral ou escrita, oportunidade em que a pessoa jurídica proponente declarará expressamente que foi orientada a respeito de seus direitos, garantias e deveres legais e de que o não atendimento às determinações e solicitações da Controladoria-Geral da União durante a etapa de negociação importará a desistência da proposta.

§ 1º A proposta apresentada receberá tratamento sigiloso e o acesso ao seu conteúdo será restrito aos servidores especificamente designados pela Controladoria-Geral da União para participar da negociação do acordo de leniência, ressalvada a possibilidade de a proponente autorizar a divulgação ou compartilhamento da existência da proposta ou de seu conteúdo, desde que haja anuência da Controladoria-Geral da União.

Art. 35. Caso o acordo não venha a ser celebrado, os documentos apresentados durante a negociação serão devolvidos, sem retenção de cópias, à pessoa jurídica proponente e será vedado seu uso para fins de responsabilização, exceto quando a administração pública federal tiver conhecimento deles independentemente da apresentação da proposta do acordo de leniência.

Art. 39. Até a celebração do acordo de leniência pelo Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, a identidade da pessoa jurídica signatária do acordo não será divulgada ao público, ressalvado o disposto no § 1º do art. 31.

Parágrafo único. A Controladoria-Geral da União manterá restrito o acesso aos documentos e informações comercialmente sensíveis da pessoa jurídica signatária do acordo de leniência. (grifos acrescidos)

61. Nota-se, de forma cristalina, a existência de norma específica sobre a temática, que assegura a manutenção do sigilo, inclusive quanto à identidade da proponente, até a efetivação do respectivo acordo, o que se estende ao presente processo de Acompanhamento.

62. Ademais, no que tange ao processamento dos acordos, vai além o decreto regulamentar ao restringir o acesso apenas aos servidores especificamente designados pela CGU para participar da negociação e, apenas quando autorizado pela proponente, a estranhos a esse processo.

63. É de se destacar que a minuta de Acordo submetida nos presentes autos à apreciação do Tribunal expressamente consignou a celebração de termos de confidencialidade entre a proponente e a CGU, AGU e Petrobras, não se noticiando eventual permissão de acesso a qualquer outro agente externo ao processo negocial.

64. Tal fato reveste-se de inegável significância, dado o contexto colaborativo da proponente em trazer à lume os atos ilícitos praticados, sendo, inclusive, cabível a integral devolução dos documentos caso não concretizado o Acordo, bem como vedado o uso para fins de responsabilização. Evidentemente, tal lógica se vê fragilizada se as informações tiverem, ao arrepio da lei, sido compartilhadas sem a expressa anuência da pessoa jurídica proponente.

65. Ora, não parece razoável admitir que o ordenamento pátrio, a partir de um diploma específico e inovador – a LAC –, seja interpretado de modo a causar insegurança jurídica que inviabilize a efetivação de seu propósito, afetando a preservação do sigilo por imposição de atores não legitimados, mesmo que a pretexto de exercerem suas prerrogativas. Repisa-se, num cenário em que a iniciativa de colaboração, como informações e documentos, é integralmente atribuída à pessoa jurídica proponente.

66. Nesse contexto, em consonância com os termos consignados na LAC, pugnamos pela manutenção integral do sigilo nos processos de Acompanhamento em curso, inclusive quanto à identidade da proponente, até a efetiva concretização dos Acordos de Leniência. Não é demais ressaltar que o TCU se reveste da condição de depositário de informações sensíveis produzidas no âmbito dos órgãos legitimados pela LAC, bem como que se encontra internamente regulamentado o procedimento a ser adotado nos casos em que as informações coligidas a processos em trâmite na Corte de Contas contêm a chancela de sigilo.

67. Para o presente caso, Despacho do Presidente do TCU (peça 247) comunica a celebração do Acordo de Leniência em exame, momento a partir do qual entendemos legalmente admissível o início da atuação do Tribunal no sentido de apreciar a potencial incidência das competências inerentes à jurisdição da Corte de Contas e, por conseguinte, a avaliação em cada caso concreto sobre o levantamento da chancela de sigilo.

ii) Das demais propostas:

68. No que tange à autorização para monitoramento do cumprimento das determinações exaradas pelo TCU e para o aproveitamento de parte dos debates efetuados nos presentes autos no âmbito do TC 000.126/2018-7, que trata de proposta de atualização da IN TCU n.º 74/2015, acompanhamos o entendimento assentado no pronunciamento da SeinfraOperações (peça 234, p. 2) pela inadequação de se tratar desses assuntos no bojo dos presentes embargos.

69. No mesmo sentido, não merece acolhida a proposta de arquivamento dos presentes autos, vez que restam pendentes as demais fases de acompanhamento previstas na vigente IN-TCU n.º 74/2015.

70. Por fim, acompanhamos a proposta da Subunidade da SeinfraOperações (peça 234, p. 8) no sentido da restrição ao acesso por parte da empresa proponente das peças processuais que se relacionam ao posicionamento estratégico da CGU, relacionadas na peça 195, conjugada com as peças 158 e 194 dos presentes autos, posto estar o Tribunal na condição de depositário de informações sensíveis produzidas pelos órgãos legitimados pela LAC.

CONCLUSÃO

71. Nesses termos, com vistas a aclarar a determinação contida no item 9.2.1 do Acórdão n.º 2.925/2017-TCU-Plenário, entendemos que o processo administrativo específico de reparação integral do dano – PAERID, previsto na LAC, constitui um processo específico que abarca as medidas administrativas preliminares tendentes à caracterização e ao ressarcimento de danos causados a órgãos ou entidades integrante da Administração Pública. Nesse contexto, caso restem infrutíferas tais medidas, a depender do tipo de dano apurado, pode ser instaurada tomada de contas especial (caso os atos se subsumam ao previsto

no art. 8.º da Lei n.º 8.443/1992, na esfera federal) ou adotadas as medidas judiciais cabíveis, quando inaplicável outra medida administrativa de ressarcimento.

72. No que tange à possível contradição quanto à competência para instauração do PAERID, é de nosso entendimento que os agentes legitimados para tal são, por simetria, aqueles legitimados para instaurar o Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) de pessoa jurídica, ou seja, tal competência cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No que concerne especificamente à CGU, observa-se que o art. 8.º, § 2.º, da Lei Anticorrupção a esta confere, de forma concorrente, a competência para instaurar e instruir o referido PAR, e por consequência, o PAERID, no âmbito do Poder Executivo Federal.

73. Assim, superada a delimitação de competência para instauração do PAERID, mantêm-se válidas as determinações para a CGU constantes dos itens 9.2.1 e 9.4.3 da deliberação embargada, para os casos em que houver PAR em curso e sob a sua condução, devendo ser remetido ao TCU o respectivo resultado, bem como informado as medidas porventura adotadas.

74. Ressalva se faz ao fato de que cabe a autoridade administrativa do órgão ou entidade de origem eventual instauração de tomada de contas especial, a teor do inciso III, do art. 50 da LOTCU, quando for este o instrumento cabível.

75. No que concerne aos temas não afetos diretamente ao mérito dos embargos, pugnamos pela restrição ao acesso por parte da empresa proponente das peças processuais que se relacionam à estratégia da CGU, relacionadas na peça 195, conjugada com as peças 158 e 194 dos presentes autos, bem como pela manutenção integral do sigilo nos processos de Acompanhamento em curso, inclusive quanto à identidade da proponente, até que se concretize a celebração do Acordo de Leniência, momento a partir do qual entendemos admissível o início da atuação do Tribunal no sentido de avaliar a potencial incidência das competências inerentes à jurisdição da Corte de Contas.

76. Nesse ínterim, ressaltamos a importância da estrita observância aos ditames fixados na Lei Anticorrupção e em seu decreto regulamentar quanto à restrição de acesso aos documentos e informações apenas aos integrantes do órgão legitimado a conduzir o Acordo de Leniência, sendo possível o compartilhamento com terceiros desde que haja prévia e expressa anuência da pessoa jurídica proponente.

77. Por fim, entendemos pertinente recomendar à Secretaria-Geral de Controle Externo que oriente as Unidades Técnicas do Tribunal quanto à falta de previsão legal acerca da competência para se proferir determinações dirigidas aos órgãos integrantes do sistema de controle interno para realização de auditorias fora da programação regular de atividades desses, a teor do disposto no art. 50 da LOTCU, notadamente as razões do veto ao inciso I do referido dispositivo, bem como vedação para determinar aos referidos órgãos a instauração direta de tomada de contas especiais, posto ser atribuição primária da autoridade administrativa competente no órgão ou entidade de origem, consoante inciso III, do art. 50 da LOTCU.

É o relatório.

VOTO

Os autos cuidam, originalmente, de acompanhamento destinado a examinar a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos praticados pela CGU e AGU, em face do processamento do Acordo de Leniência com a sociedade empresária SBM Offshore, nos termos da Lei 12.846/2013.

2. Por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no § 1º do art. 34 da Lei 8.443/1992, proponho conhecer dos embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU), à peça 218, representando o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), em face dos itens 9.2.1 e 9.4.3 do Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário, por meio do qual o Tribunal, ao examinar as fases previstas nos incisos I e II da Instrução Normativa 74/2015, expediu a seguinte determinação à CGU:

9.2.1. instaure, no prazo de 30 (trinta) dias, os processos administrativos específicos de reparação integral do dano (Paerid) para cada processo administrativo de responsabilização (PAR) instaurado, nos termos do art. 13 da Lei 12.846/2013;

(...)

9.4.3. a CGU deverá encaminhar ao TCU o resultado do processo administrativo específico de reparação integral do dano, matéria de competência de pronunciamento final desta Corte de Contas;

3. A AGU aponta os seguintes vícios na decisão vergastada:

a) omissão quanto à natureza jurídica do Paerid, se seria a Tomada de Contas Especial prevista no art. 8º da Lei 8.443/1992 ou se seria uma nova categoria jurídica; e

b) contradição referente à competência para instauração e processamento do processo de reparação de danos, na medida em que seria do órgão ou entidade de origem do dano a responsabilidade pela referida competência, cabendo, dessa forma, à CGU, apenas a emissão do certificado de auditoria, do relatório e do parecer conclusivo de seu dirigente.

4. Considerando que a decisão a ser tomada nestes embargos teria repercussão não apenas nestes autos, mas também em outros processos de acompanhamento de acordos de leniência, requeri a manifestação da Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações) e do Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) acerca das questões trazidas pela Advocacia-Geral da União.

II – Manifestações da SeinfraOperações

5. O auditor da SeinfraOperações concluiu que (peça 233):

a) o Paerid seria a própria TCE, em consonância com o Acórdão 225/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Múcio, por meio do qual o TCU aprovou a Instrução Normativa 74/2015;

b) o processo administrativo para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal está atualmente regulamentado pela Instrução Normativa TCU 71/2012;

c) a expressão trazida no art. 13 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção – LAC), “processo administrativo específico de reparação integral do dano”, seria genérica justamente para albergar eventuais terminologias utilizadas em outros entes da federação (estados e municípios), que não necessariamente utilizam o termo tomada de contas especial;

d) na esfera federal, o processo administrativo de reparação integral do dano (Paerid) seria a tomada de contas especial (TCE), para fins de processamento da reparação de dano, o que seria suficiente para rejeitar a alegação de omissão na decisão inquinada;

e) competiria à CGU, de acordo com seu Regimento Interno, a instauração de TCEs, em casos de omissão dos responsáveis pela sua instauração;

f) a CGU reuniria as competências técnicas e jurídicas para constituir TCEs, conclusão obtida a partir do fato de que em auditoria por ela conduzida, teria sido calculado sobrepreço em contratos de sonda no montante de US\$ 861 milhões; e

g) a determinação contida no item 9.2.1 do Acórdão embargado, dirigida à CGU, não incorreria no vício de contradição, em razão da omissão da Petrobras em instaurar TCE para reparação do dano quantificado no relatório de auditoria interna da CGU.

6. A manifestação do diretor da SeinfraOperações, endossada pelo seu Secretário, fez os seguintes ajustes aos fundamentos do auditor (peças 234 e 235):

a) o Paerid seria equivalente à fase interna da TCE;

b) o Paerid não esgotaria todo o trâmite de uma TCE, visto que cabe ao TCU julgar as contas de responsáveis que derem causa a perda e extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

c) quanto à competência para a CGU instaurar o Paerid, o dispositivo da LAC que criou esse instituto se encontra inserido no Capítulo IV, que trata “Do Processo Administrativo de Responsabilização”. Logo, o Paerid seria uma subespécie de processo administrativo de responsabilização (PAR);

d) com isso, como o art. 8º da LAC atribui a responsabilidade concorrente para a CGU instaurar o PAR, conseqüentemente competiria a ela a responsabilidade para instauração do Paerid.

e) adicionalmente, o diretor entende que a CGU, com o fito de dar cumprimento à determinação inquinada, pode, antes, verificar se a entidade lesada (Petrobras) já tomou medidas administrativas para elisão do dano. Caso já tenham sido tomadas essas medidas, caberia à CGU acompanhar o referido

procedimento. Caso contrário, competiria à CGU a instauração da fase interna da TCE (Paerid), sob pena de seus servidores incorrerem no disposto no §1º do art. 74 da Constituição Federal de 1988, in verbis:

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

III – Manifestação do MPTCU (peça 248)

7. A Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva apresentou as seguintes conclusões sobre a matéria (peça 248):

a) a LAC, ao preencher uma lacuna normativa referente à responsabilização objetiva de pessoas jurídicas, não colidiria diretamente com as demais normas de direito público que dispõem sobre as ações de reparação de danos, notadamente as TCE's e ações específicas de ressarcimento por ilícitos penais e de improbidade administrativa;

b) dessa forma, seria perfeitamente possível o regular desenvolvimento dos novéis institutos consagrados na LAC – Acordo de Leniência e PAR – sem qualquer usurpação de competência da jurisdição de contas;

c) ao citar trechos da LAC e do Decreto 8.420/2015 que a regulamentou, relativos ao Paerid, o Parquet constrói a tese da independência do Paerid frente ao regular processamento do PAR e dos Acordos de Leniência, uma vez que seria possível a aplicação imediata das sanções estabelecidas na LAC, independentemente, do desfecho do Paerid, e de que a celebração de acordo de leniência não eximiria a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado;

d) no entanto, o Paerid não necessariamente se traduziria em uma tomada de contas especial, uma vez que o parágrafo único do art. 13 da LAC estatui que a inscrição em dívida ativa da fazenda pública, caso não haja o pagamento do dano apurado em Paerid, seria um procedimento típico das apurações administrativas no âmbito do Poder Executivo, que seria diferente do julgamento das tomadas de contas no TCU, cujas decisões condenatórias teriam a natureza de título executivo segundo a Constituição Federal;

e) outro ponto que corroboraria a tese de que nem todo dano apurado no âmbito de Paerid atrairia a competência desta Corte foi extraído a partir da interpretação da parte final do art. 51 do Decreto 8.420/2015, de que a apuração de danos cometidos pela pessoa jurídica sem a participação de agente público, seria um fato que destoa da processualística ordinária das tomadas de contas especiais, a qual pressupõe a participação de agente público, não abarcando de forma indiscriminada todo e qualquer dano perpetrado contra a Administração, no qual cita o exemplo de obtenção de vantagem ilícita mediante o pagamento de propina;

f) menciona ainda que a temática Paerid, ao ser abordada no parecer referente à minuta da IN 74/2015, sob a relatoria do eminente Ministro José Múcio, que subsidiou o Acórdão 225/2015-TCU-Plenário, deixou claro que: em matéria de competência do TCU, o processo administrativo específico de reparação integral do dano a que se refere a LAC é a tomada de contas especial;

g) por essa transcrição, o TCU não teria interpretado indistintamente que todo Paerid seria um processo de tomada de contas especial, apenas nos casos em que o ato praticado e tipificado na LAC se inserisse nos plexos de competências constitucionais ou legais desta Corte;

h) no acordo de leniência, a eventual reparação de dano teria seus termos negociados entre as partes, o que mitigaria o risco de potenciais celeumas, enquanto que no PAR, no qual não há expressamente o reconhecimento dos atos impugnados, seria necessária a abertura do Paerid, caso houvesse notícia de danos ao ente lesado;

i) nessa última hipótese é que teria maior relevância o Paerid, coexistindo ao PAR, que se traduziria na adoção de medidas administrativas preliminares tendentes à caracterização e ao ressarcimento do dano;

j) caso restassem infrutíferas tais medidas, a depender do tipo de dano apurado, poderia vir a ser instaurada pela autoridade competente a tomada de contas especial, caso os atos se subsumam ao previsto no art. 8º da Lei 8.443/1992, quando na esfera Federal, ou adotadas as medidas judiciais cabíveis, quando inaplicável outra medida administrativa de ressarcimento.

k) do exposto, a Douta Procuradora entende ser cabível aclarar a determinação do item 9.2.1 do acórdão embargo, esclarecendo à embargante que o Paerid, previsto na LAC, constitui um processo

específico que abarca as medidas administrativas preliminares tendentes à caracterização e ao ressarcimento de danos causados a órgãos ou entidades integrantes da Administração Pública, e que caso restem infrutíferas tais medidas, a depender do tipo de dano apurado, pode ser instaurada tomada de contas especial (caso os atos se subsumam ao previsto no art. 8º da Lei 8.443/1992, na esfera federal), ou adotadas as medidas judiciais cabíveis, quando inaplicável outra medida administrativa de ressarcimento.

l) quanto à contradição relativa à competência para instauração do Paerid, o Parquet esclarece que, assim como o art. 8, § 2º, da LAC, confere à CGU, de forma concorrente com a autoridade máxima de cada órgão ou entidade, a competência para instaurar e instruir o PAR, e como o Paerid encontra-se inserido no mesmo capítulo da LAC que o PAR, logo, quem conduz o PAR, ou quando cabível o acordo de leniência, também se legitima a instaurar o Paerid nos casos de indicativo de ocorrência de dano;

m) quanto a fundamentação legal para a determinação à CGU relativa a instauração do Paerid, ao contrário da unidade técnica que a fundamentou no art. 47 da Lei 8.443/1992, o MPTCU defende que a assinatura de prazo para que a CGU instaure o Paerid (e não diretamente a TCE) guarda assento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, posto cuidar-se de providências necessárias ao exato cumprimento da lei, dado que a omissão verificada configura ilegalidade e tem o condão de frustrar o exercício das competências do TCU, notadamente nos casos em que haja indícios de dano ao Erário, e que se encontram sob sua jurisdição.

IV - Exame

8. De início gostaria de louvar os pareceres produzidos pela SeinfraOperações e pelo MPTCU que, apesar de não convergirem em alguns pontos, estão muito bem fundamentados.

9. Quanto ao primeiro vício apontado pela AGU, relativo à omissão em relação à natureza jurídica do Paerid, com as vênias da unidade técnica, alinho-me às considerações emitidas pela Douta Procuradora-Geral, no sentido de que o Paerid seria equivalente à fase interna da TCE, quando os atos lesivos tipificados no art. 5º da LAC se insiram no campo de atuação do TCU.

10. A divergência neste quesito entre a unidade instrutiva e o MPTCU reside apenas na modulação de seu alcance. Enquanto a unidade entende que todo Paerid seria sempre a fase interna de uma TCE, o Parquet delimita esse entendimento apenas quando a matéria for de competência desta Corte.

11. O caput do art. 5º da LAC delimita o alcance dos atos lesivos cometidos por pessoas jurídicas que poderiam ser investigados entre os atos praticados contra a administração pública nacional ou estrangeira, e que atentam contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro.

12. Logo, a título de exemplo, podem haver casos de empresas nacionais que cometam atos lesivos contra a administração pública estrangeira, cuja responsabilização estaria ao alcance da LAC, porém não se submeteriam à jurisdição desta Corte de Contas.

13. Este entendimento é perfeitamente compatível com os fundamentos expostos no voto condutor do Acórdão 225/2015-TCU-Plenário, in verbis:

“ – em matéria de competência do TCU, o processo administrativo específico de reparação integral do dano a que se refere a lei anticorrupção é o processo de Tomada de Contas Especial.”

14. Logo, como os atos lesivos investigados no acordo de leniência sub examine foram praticados em desfavor da Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), empresa nacional sob jurisdição do TCU, logo, o Paerid instaurado, neste caso, seria análogo à fase interna da TCE, devendo ser submetido a julgamento desta Corte de Contas.

15. Nessa linha, não subsiste a omissão acerca da natureza jurídica do Paerid, uma vez que a decisão proferida por meio dos subitens 9.2.1 e 9.4.3 do acórdão embargado estaria em estreita consonância com a jurisprudência desta Casa, não merecendo reparos.

16. Os autos me levam a concluir que, com a oposição dos presentes embargos, os responsáveis (AGU e CGU) querem transferir a competência pela instauração do Paerid para o TCU ou órgão lesado. Não vejo muita lógica em a CGU e a AGU somente quererem para si a competência pela instauração do Processo Administrativo de Responsabilização (PAR), porém deixarem ao relento a apuração de condutas que tenham lesado o erário, como por exemplo os tipos previstos nas alíneas “f” e “g” do inciso IV do art. 5º da LAC, a seguir transcritos:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

(...)

IV - no tocante a licitações e contratos:

(...)

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

17. Conforme se depreende das alíneas anteriores, quando uma pessoa jurídica obtém vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, ou manipula o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato, o faz às custas do ente público contratante. Logo, cabível a instauração de um processo administrativo específico de reparação integral do dano concomitante à apuração das ocorrências no âmbito do PAR.

18. Sobre a contradição apontada acerca de a quem competiria a instauração do Paerid, se à CGU ou se ao órgão ou entidade de origem do dano, alinho-me às manifestações convergentes da unidade técnica e do Parquet, no sentido de que a CGU também teria competência para instaurar o Paerid, motivo pelo qual incorporo os fundamentos trazidos sobre esse quesito específico como minhas razões de decidir, sem prejuízo de destacar os principais pontos.

19. Como a LAC atribuiu em seu art. 8º, parágrafo 2º, competência concorrente à CGU para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados com fundamento na referida Lei, e como o Paerid encontra-se inserto no mesmo capítulo da lei que cuida do PAR, o que corrobora a conexão entre os referidos processos, logo, por simetria, compete à CGU a instauração e instrução do PAR.

20. Sobre esse ponto, cristalina a colocação do MPTCU cuja transcrição trago a seguir (peça 248):

39. Em suma, quem conduz o PAR, ou quando cabível, o Acordo de Leniência, também se legitima a instaurar o PAERID nos casos de indicativo de ocorrência de dano.

21. Do exposto, considero afastada a alegação de contradição da decisão embargada.

22. Além dos alegados vícios trazidos pelo embargante, a instrução do auditor da SeinfraOperações tratou dos seguintes temas, não afetos à discussão recursal:

(i) levantamento de sigilo dos autos;

(ii) autorização para monitoramento do cumprimento das determinações efetuadas pelo TCU;

(iii) utilização e aproveitamento de parte dos debates efetuados nos presentes autos para a proposta de atualização da IN TCU n.º 74/2015, constante do TC 000.126/2018-7; e

(iv) arquivamento dos presentes autos.

23. Acerca desses tópicos, acompanho à proposta de seu Diretor e Secretário, endossada pelo Parquet, no sentido de que embargos de declaração constituem uma espécie recursal que impede a expansão da rediscussão dos temas do processo para além da matéria impugnada ou questões de ordem pública.

24. Por último, acrescento quanto ao levantamento do sigilo que, apesar de já constar nos autos informação de que o acordo foi celebrado (peça 247), no mesmo documento o Ministro de Estado da Transparência reitera que todos os documentos e informações apresentados estão resguardados nos termos do § 6º do art. 16, da Lei 12.846/2013.

25. A parte final deste dispositivo dispõe que mesmo efetivado o acordo, o sigilo poderá ser mantido no interesse das investigações e do processo administrativo.

26. Logo, a unidade técnica deverá renovar a proposta de levantamento de sigilo dos presentes autos após autorização da autoridade celebrante do acordo.

Ante o exposto, VOTO para que seja acolhida a minuta de acórdão que ora trago à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 10 de dezembro de 2019.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

ACÓRDÃO Nº 3076/2019 – TCU – Plenário

1. Processo TC 004.914/2015-5.
 - 1.1. Apenso: 005.678/2015-3
2. Grupo II – Classe de Assunto: I – Embargos de declaração (Acompanhamento).
3. Interessados/Responsáveis:
 - 3.1. Interessado: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992).
 - 3.2. Responsável: Identidade preservada (art. 55, caput, da Lei n. 8.443/1992).
4. Órgão: Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral (CGU) da União, Advocacia-Geral da União (AGU).
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
 - 5.1. Relator da deliberação recorrida: Ministro Vital do Rêgo.
6. Representante do Ministério Público: Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva.
7. Unidade Técnica: Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOpe).
8. Representação legal: Daniel Pereira de Franco e outros em nome da União; Gustavo de Souza Vellame (OAB/RJ 153.962) e outros, representando a Petrobras.
9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes embargos de declaração opostos pela Advocacia-Geral da União (AGU) contra o Acórdão 2.925/2017-TCU-Plenário;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Extraordinária do Plenário de caráter reservado, ante às razões expostas pelo Relator, em:

 - 9.1. conhecer dos presentes embargos de declaração, com fundamento no art. 34 da Lei 8.443/1992, para, no mérito, acolhê-los parcialmente, de modo a prestar os esclarecimentos constantes no voto condutor deste acórdão;
 - 9.2. dar ciência desta deliberação à embargante e aos interessados; e
 - 9.3. restituir os autos à SeinfraOperações para prosseguimento do feito.
10. Ata nº 12/2019 – Plenário.
11. Data da Sessão: 10/12/2019 – Extraordinária de Caráter Reservado.
12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-3076-12/19-P.
13. Especificação do quórum:
 - 13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).
 - 13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.
 - 13.3. Ministro-Substituto presente: André Luís de Carvalho.

ANEXO II DA ATA Nº 12, DE 10 DE DEZEMBRO DE 2019
(Sessão Extraordinária Reservada do Plenário)

PROCESSO SIGILOSO

Relatório, Voto e Acórdão de nº 3075, aprovado pelo Plenário.

O presente anexo encontra-se arquivado eletronicamente na Secretaria das Sessões.