



CONTROLE PÚBLICO

O que perguntar ao indicado a ministro do TCU em sua sabatina?

Carta do Observatório do TCU ao Senado Federal

OBSERVATORIO DO TCU DA FGV DIREITO SP E SBDP

19/10/2020 14:26



Ministro Jorge Oliveira. Crédito: Fábio Rodriguez Pozzebom/Agência Brasil

Bolsonaro escolheu Jorge Oliveira, atual Ministro da Secretaria-Geral da Presidência, para ocupar a vaga do Ministro José Múcio, no Tribunal de Contas da União (TCU). A escolha depende de aprovação pelo Senado Federal. A sabatina está agendada para esta terça-feira, dia 20 de outubro.

O TCU existe desde 1890 e sempre teve papel relevante no controle do Executivo.

No entanto, apesar de se tratar de órgão cuja história se confunde com a da República — e de seu perfil, no plano normativo, não ter sofrido mudanças radicais ao longo do tempo —, parece seguro dizer que, hoje, há ainda mais razão para se conhecer em profundidade os escolhidos para tomar assento no Tribunal. E isso tem a ver com o fato de o TCU ter puxado para si novas e inusitadas funções, projetando-se para o epicentro do debate público nacional. Esse protagonismo é sem precedente para uma Corte de Contas — no Brasil e no mundo.



RISCO POLÍTICO

**Newsletter do analista-chefe Fábio Zambeli
antecipa o que vai acontecer em Brasília**

Com o JOTA, as decisões do poder não te surpreendem

CLIQUE PARA SABER MAIS

A Constituição determina que só poderá ocupar o cargo de Ministro do TCU

aquele que possuir “mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade”, “idoneidade moral e reputação ilibada”, “notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública” e “mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos” mencionados acima (art. 73, § 1º, incisos I a IV).

A sabatina é fundamental não só para garantir que o indicado preencha os requisitos constitucionais para o cargo, mas também para que o Senado e a sociedade como um todo possam conhecer seu perfil e sua visão sobre o papel do TCU no controle da administração pública.

No caso, se Jorge Oliveira tiver a indicação confirmada pelo Senado, poderá permanecer no TCU por até 30 anos.

O Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público tem se dedicado intensamente à tarefa de compreender o Tribunal e identificar pontos de aprimoramento da instituição e de sua jurisprudência.¹

Por meio deste texto, pretende colaborar com o Senado, sugerindo perguntas que poderiam ser direcionadas ao nomeado, para fazê-lo manifestar-se sobre alguns dos temas mais polêmicos relativos à atuação do TCU.

Perguntas sugeridas pelo Observatório do TCU da FGV Direito SP + SBDP:

* O senhor concorda com a afirmação de que o TCU tem extrapolado as suas competências constitucionais? Quais exemplos de extrapolação de competências constitucionais que o TCU vem exercitando que o senhor, se confirmado, pretenderia combater e evitar?

* A Constituição estabelece claramente, no seu artigo 71, os poderes cautelares

que detém o TCU (sustar efeitos de atos administrativos irregulares), além de prever o procedimento que o Tribunal deve seguir para exercitá-los (a sustação deverá (i) ser precedida do esgotamento de prazo que o próprio TCU assinar para que as autoridades pertinentes adotem as soluções cabíveis e (ii) será seguida da comunicação da decisão de sustação à Câmara e ao Senado).² O TCU, no entanto, com base em jurisprudência do próprio STF desde 2004, tem entendido dispor de um “poder geral de cautela”, adotando medidas cautelares diferentes das previstas constitucionalmente e sem seguir o procedimento ali previsto. Qual a sua posição sobre este assunto? Qual é a extensão do poder de cautela do TCU?

* A Constituição parece ter circunscrito a jurisdição de contas do TCU aos gestores públicos – ou seja, àquele que “utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária” (art. 70, parágrafo único). Contudo, em decisões recentes, o Tribunal tem buscado defender suposta competência para “julgar contas” de particulares contratados pela administração.³ O senhor entende ser possível compatibilizar tal entendimento com o texto expresso da Constituição?

* Apesar de o TCU reconhecer que não pode interferir no “jogo regulatório”, pesquisas apontam que o Tribunal, na prática, se transformou numa espécie de super regulador nacional.⁴ Qual é o seu entendimento sobre os limites das competências do TCU sobre a atuação das entidades reguladoras nacionais?

* A Constituição confere competência ao TCU para realizar “fiscalização operacional” (arts. 70 e 71), instrumento usado por Tribunais de Contas de diversos países para avaliar a economicidade, eficiência e efetividade da administração e elaborar recomendações de melhoria. Contudo, na minuta do novo “Manual de Auditoria Operacional”, submetida a consulta pública em 2019, o TCU previu a possibilidade de uso das fiscalizações operacionais para emitir determinações à administração. Tal entendimento parece destoar do texto constitucional, e contrasta com aquilo que é praticado em outros países (como França, Itália e Bélgica).⁵ Como o senhor se posicionará sobre essa questão na deliberação quanto ao conteúdo do novo manual?

* A Lei de Anticorrupção, de 2013, criou novo instrumento de combate a desvios: o acordo de leniência. Desde então, uma série de acordos têm sido celebrados por instituições diferentes (MPF, AGU e CGU). Os acordos costumam prever o pagamento de valores e preveem benefícios à empresa que colabora com investigações. Um dos principais gargalos à sua eficácia é a ausência de mecanismos de coordenação entre órgãos de controle. Para tentar suprir esse problema legal, vários deles têm celebrado protocolos de cooperação. Em um ponto, contudo, parece haver impasse. O TCU — a quem realmente compete zelar pelo erário — não abre mão de revisar os valores das multas negociados por outros órgãos de controle. O impasse tem colocado em dúvida a eficácia dos acordos.⁶ Qual é a sua posição sobre este assunto? Se confirmado, o senhor votará no sentido de que o TCU tem ou não competência para revisar os valores das multas negociados por outros órgãos de controle?

* O STF, em decisões recentes, tem negado a possibilidade de o TCU realizar controle incidental de constitucionalidade, afastando a aplicação de leis consideradas por ele como inconstitucionais em casos concretos.⁷ Contudo, com base em interpretação da Súmula 347 do STF, editada ainda sob a vigência da Constituição de 1946, o TCU permanece sustentado ter competência para realizar tal controle de constitucionalidade em seus julgamentos.⁸ Na sua avaliação, a Constituição autorizaria a realização de controle de constitucionalidade por órgão responsável pelo controle de contas, como o TCU?

* Em 2018, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi atualizada. Houve a inserção de dispositivos voltados a trazer mais segurança jurídica à criação, interpretação e aplicação do direito público. O dispositivo que parece ter gerado mais oposição, inclusive por parte do TCU, é o art. 28 (só haverá responsabilização pessoal do agente público em caso de dolo ou erro grosseiro). O dispositivo nada mais faz do que reforçar jurisprudência do STJ. O art. 28 é visto como fundamental para o estímulo à boa gestão pública e à inovação. De certo modo, busca ser antídoto ao chamado “apagão de canetas”, fenômeno para o qual o TCU também parece contribuir.⁹ Qual a sua opinião sobre o art. 28 da LINDB? O senhor o entende constitucional?

* A maioria dos ministros do TCU defende que o art. 28 da LINDB não se aplica à aferição da culpabilidade dos gestores públicos em processos que discutem o

ressarcimento de dano ao erário. O senhor está de acordo com essa interpretação do art. 28?

* Qual é, na sua opinião, a relevância da atuação do TCU no fenômeno chamado de “apagão das canetas” e como acredita que o TCU poderia contribuir para reduzir o problema?

* A literatura tem registrado a ocupação cada vez mais frequente, por parte de ex-membros do TCU, do corpo dirigente de seus jurisdicionados. No recente anúncio oficial dos seus 10 diretores, a nova presidência do BNDES chamou a atenção ao fato de que 3 deles seriam ex-membros do TCU. Há ex-audidores do TCU na diretoria da ANTT e no CADE, por exemplo. Alguns autores chamaram a atenção de que esta pode ser resultado do movimento expansionista do TCU: os órgãos jurisdicionados estariam se munindo de ex-membros do TCU como forma de se defender dos seus avanços. Qual é a sua opinião sobre este assunto?

* Na opinião do senhor, poderia o TCU fazer juízo de improbidade administrativa em relação às condutas dos agentes públicos?

* Apesar de o TCU dizer que superou o critério do “administrador médio” para decidir sobre a responsabilização dos agentes públicos, na prática há vários acórdãos recentes em que o referencial é utilizado.¹⁰ O que é o administrador médio para o senhor? Além disso, a jurisprudência do Tribunal é bastante vacilante na definição daquilo em que consistiria, na prática, “erro grosseiro”, para fins de responsabilização de gestores.¹¹ Caso seja Ministro, como irá analisar se um ato de gestão pública é erro grosseiro?

* Na visão do senhor há limites da interferência ou apreciação do TCU em decisões de gestão dos administradores públicos? Deve haver deferência do TCU aos atos de gestão da Administração quanto ao seu mérito e escolhas ou não há limites para o controlador? Quais seriam esses limites?

* Essenciais ao desenvolvimento econômico e social, os novos projetos de infraestrutura devem explorar soluções inovadoras e ampliar fontes de financiamento para serem viáveis em um cenário pós-pandemia. O TCU entende

ser viável o controle prévio dos editais de licitação não publicados, o que é alvo de crítica por usurpação de competência decisória administrativa e por ser uma manifestação do chamado risco-Brasil. Qual é a sua avaliação sobre o controle prévio dos editais de licitação de infraestrutura não publicados? Caso entenda favorável, quais são os limites a esse controle?

* Neste ano a ANATEL firmou seu primeiro TAC, substituindo sanções por investimentos diretos no valor de R\$ 639 milhões. Em monitoramento desse acordo, o TCU firmou entendimento que as próximas minutas de TAC devem ser previamente encaminhadas ao TCU para controle prévio, considerando os altos valores envolvidos. No entanto, além de o Legislativo não ter autorizado o TCU a controlar previamente a consensualidade, isso pode levar a desenho de cláusulas que atendam aos anseios do TCU, mas não ao interesse público concreto. Qual é a sua avaliação sobre o papel do TCU nos acordos de investimento em infraestrutura?

* Você entende que as normas editadas pelo TCU devem se submeter a prévio processo, com abertura à participação administrativa e análise de impacto regulatório, como se verifica em qualquer órgão público com competência normativa?

* Qual a opinião do senhor a respeito da atual jurisprudência do TCU sobre prescrição? O senhor entende que a instauração de tomada de contas especial para apuração de danos ao erário se encontra limitada por algum prazo prescricional? Em caso positivo, de quantos anos seria esse prazo?

*Qual a decisão mais problemática no caso André do Rap, de Marco Aurélio ou de Fux? **Podcast do JOTA** discute o fato de o plenário do STF ter gastado 2 sessões para resolver problema que a própria Corte criou. Ouça:*

Sem Precedentes, ep39: Qual decisão mais problemática no caso An...



¹ Os textos do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público podem ser consultados aqui: http://sbdp.org.br/category/artigos-e-balancos-criticos/?post_type=publication.

² Ver, por exemplo, André Rosilho, “Tribunal de Contas da União: Competências, jurisdição e instrumentos de controle”. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 260 e ss.; Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, “*Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites*”. In: Carlos Ari Sundfeld (Org.), “Contratações Públicas e seu Controle”. São Paulo: Malheiros, 2013; e Eduardo Jordão, “A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador?”. *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, out/dez. 2014.

³ Ver, por exemplo, Conrado Tristão, “Tribunais de contas têm jurisdição sobre particulares contratados?”, **JOTA**, 08.05.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/tribunais-de-contas-tem-jurisdicao-sobre-particulares-contratados-08052019>. Ver também Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, Limites da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. *Revista Justiça do Direito*, v. 33, p. 198-221, 2019.

⁴ Ver, por exemplo, Gustavo Leonardo Maia Pereira. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou regulador?*. Dissertação de Mestrado. FGV Direito SP, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27366/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Gustavo%20Maia%20-%20Vers%C3%A3o%20Biblioteca.pdf>. e Martin Lodge e outros. *Regulação da Infraestrutura Logística no Brasil*. Center for Analysis of Risk and Regulation (CARR), London School of Economics and Political Science (LSE). Relatório disponível em: <http://www.lse.ac.uk/accounting/assets/CARR/documents/Impact/Regulation-of-Logistics-Infrastructures-in-Brazil/Brazil-infrastructure-logistics-translated-FINAL.pdf>.

⁵ Ver, por exemplo, Conrado Tristão, “TCU: órgão de controle externo ou revisor geral da administração?”, **JOTA**, 14.09.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/tcu-orgao-de-controle-externo-ou-revisor-geral-da-administracao-14092019>.

⁶ Ver, por exemplo, Yasser Gabriel, “Cooperação dos controles em acordo de leniência”, **JOTA**, 12.08.20. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/cooperacao-dos-controles-em-acordo-de-leniencia-12082020>.

⁷ Ver, por exemplo, MS 35410 MC/DF, min. rel. Alexandre de Moraes, j. em 15.12.2017.

⁸ Ver, por exemplo, Conrado Tristão, “Controle de constitucionalidade por tribunais de contas?”, **JOTA**, 11.03.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/controle-de-constitucionalidade-por-tribunais-de-contas-11032020>.

⁹ Ver Gustavo Binenbojm e André Cyrino. “O art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo”, em *Revista de Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>.

¹⁰ Ver, por exemplo, Juliana Palma, “Quem é o administrador médio do TCU?”, **JOTA**, 22.08.2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>.

¹¹ Ver, por exemplo, Eduardo Jordão e Conrado Tristão, “O que é erro grosseiro para o TCU?”, **JOTA**, 27.05.2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-que-e-erro-grosseiro-para-o-tcu-27052020>.

OBSERVATORIO DO TCU DA FGV DIREITO SP E SBDP – Esse texto é subscrito por André Rosilho, Conrado Tristão, Daniel Bogéa, Eduardo Jordão, Gabriela Duque, Gilberto Gomes, Juliana Bonacorsi de Palma, Mariana Vilella, Pedro Lustosa, Ricardo Kanayama, Vitória Damasceno e Yasser Gabriel.