JOTA

CONTROLE PÚBLICO

TCU: órgão de controle externo ou revisor geral da administração?

Tribunal deve estar atento ao risco de se substituir ao gestor

CONRADO TRISTÃO

14/09/2019 08:11
Atualizado em 16/09/2019 às 14:17

Tribunal de Contas da União (TCU) - Crédito: Divulgação TCU

Por que tantas obras financiadas com recursos federais estão paralisadas? Recentemente o Tribunal de Contas da União (TCU) buscou responder a essa pergunta. A partir de abrangente análise, apreciada pelo plenário no acórdão 1079/19, o tribunal diagnosticou as principais causas de paralisação das obras, elaborando recomendações sobre como a administração poderia enfrentar o problema.

Esse tipo de controle pelo TCU, mais focado em resultados, foi pavimentado pela Constituição de 1988, que atribuiu ao tribunal competência para realizar "fiscalização operacional" (arts. 70 e 71). Por meio de auditorias operacionais, o TCU avalia o desempenho da administração sob os parâmetros da economicidade, eficiência e efetividade, levantando dados e formulando recomendações.

O TCU ocupa posição privilegiada para realizar esse tipo de controle. Por se tratar de órgão de controle externo, equidistante em relação ao Executivo e Legislativo, e dispor de corpo técnico qualificado e estável, o tribunal é capaz de produzir diagnósticos apurados sobre o funcionamento da máquina pública, colaborando para seu aprimoramento.

+JOTA: **Assine o JOTA e não deixe de ler nenhum destaque!**

No entanto, a depender de como a fiscalização operacional é realizada na prática, há o risco de o TCU se transformar em uma espécie de "revisor geral da administração", utilizando seus poderes não só para contribuir com a ação administrativa de modo colaborativo (o que é desejável), mas comandá-la segundo seu próprio juízo de valor (o que pode ser problemático).

É nesse contexto que o TCU submeteu a consulta pública seu novo "Manual de auditoria operacional", documento que reúne diretrizes elaboradas pelo próprio tribunal para a realização de auditorias operacionais. A iniciativa é positiva, e demonstra esforço do tribunal em aperfeiçoar seus métodos de controle a partir de diálogo com a sociedade.

Na nova versão do manual, o TCU parece ver como natural a emissão de comandos à administração no âmbito de fiscalização operacional.[1] Mas pesquisa realizada pelo Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) sobre auditorias operacionais em outros países (Itália, Bélgica e França) aponta para o contrário. Há indícios importantes de que, nesse tipo de investigação, o emprego de medidas interventivas por tribunais de contas é algo inusitado.

Visando contribuir com o aprimoramento do controle externo no Brasil, o Observatório do TCU da FGV Direito SP + SBDP submeteu os achados de pesquisa à consulta pública aberta pelo TCU, cuja síntese pode ser lida abaixo.

1. TCU e fiscalização operacional

A competência do TCU para realizar fiscalização operacional, aqui entendida como avaliações de economicidade, eficiência e efetividade da ação administrativa, foi introduzida pela Constituição de 1988, a partir da nomenclatura "auditoria operacional".[2] A Constituição prevê que compete ao TCU "realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e *auditorias* de natureza contábil, financeira, orçamentária, *operacional* e patrimonial" (art. 71, IV).[3]

Apesar de ter introduzido essa nova competência do TCU, a Constituição não delimitou os contornos do instituto, o que, de resto, também não foi feito pela Lei Orgânica do TCU (lei 8.443/92). Desse modo, questões ficaram em aberto: com base em auditoria operacional, pode o TCU emitir determinações para a administração? Ou deve limitar-se a fazer recomendações? Pode aplicar sanções aos gestores públicos?

A literatura tem respondido a tais questionamentos de modo majoritariamente negativo, entendendo o controle operacional como insuscetível de originar comandos (e muito menos sanções) por parte do tribunal.[4] Não obstante, há quem enxergue na competência do TCU para realizar fiscalização operacional margem para maior intervenção por parte do tribunal na administração.[5]

Na prática, parece que o próprio TCU oscila acerca dos contornos exatos da fiscalização operacional, sendo possível a identificação de pelo menos duas posturas distintas com relação a esse instrumento.

De um lado, uma postura mais *cooperativa* parece enxergar a fiscalização operacional como uma ferramenta orientativa, capaz de fornecer insumos (sobretudo dados e recomendações) capazes de auxiliar a administração, em seu espaço de discricionariedade, a aprimorar seu próprio funcionamento.

Do outro lado, uma postura mais *interventiva* parece conceber a fiscalização operacional como instrumento que permite ao controlador atuar diretamente na ação administrativa, modelando-a a partir de atos de comando (determinações) e até da aplicação de sanções.

Exemplo da primeira postura, mais *cooperativa*, parece estar presente no acórdão 600/19, no qual o plenário do tribunal analisou pedido de reexame contra acórdão que proferiu determinações em processo de auditoria operacional, que tinha por objetivo avaliar em que medida ações promovidas pela administração nas áreas de redução de consumo próprio de papel, de energia elétrica e de água evoluíram em relação a parâmetros suscitados em julgado anterior (acórdão 1.752/11 – plenário).

Os recorrentes alegaram que as determinações impostas pelo TCU não estariam previstas em lei, e que por isso o tribunal teria invadido a esfera de discricionariedade do gestor. Com base no argumento de que "quando os atos a serem adotados pelos gestores são discricionários, o Tribunal formula recomendações", o tribunal deu provimento ao recurso, convertendo as determinações em recomendações.

Embora o acórdão não negue a possibilidade de o tribunal emitir determinações no âmbito de fiscalização operacional, parece reconhecer o espaço próprio de decisão do gestor – da qual o controlador participa apenas por meio de recomendações.

Exemplo da segunda postura, mais *interventiva,* parece ser o acórdão 1704/18, em que o plenário do TCU apreciou relatório de auditoria operacional que teve por objeto os gargalos para liberação de carga conteinerizada na importação nos portos marítimos da região

Sudeste. No caso, o tribunal não só determinou à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) que procedesse à revisão de sua regulação como aplicou multa aos seus dirigentes.

Mais relevante do que o mérito da decisão parece ser o modo pelo qual o TCU exerceu o controle, emitindo atos de comando, e inclusive sancionando, no âmbito de fiscalização operacional. Nesse sentido, o caso parece abrir espaço para que o TCU utilize tal modalidade de controle de modo mais interventivo com relação à administração.

Diante da falta de uma definição normativa acerca do conteúdo da "fiscalização operacional", e da existência de uma postura aparentemente plural dentro do TCU com relação aos limites do instituto, parece útil olharmos para como a fiscalização operacional foi incorporada em outros países. É o que a próxima seção propõe.

2. Auditoria operacional no direito comparado

As entidades superiores de auditoria costumam ser divididas entre controladorias gerais (modelo de Westminster) e tribunais de contas (modelo napoleônico). Embora ambos os tipos, em diferentes países, tenham recebido competência para realizar fiscalização operacional, ficou claro que os desafios impostos a cada um foram distintos, em decorrência de suas próprias características.

Nesse sentido, parece que em países que seguem o modelo de Westminster a lei delimita de modo mais claro os limites da fiscalização operacional, restringindo seus produtos a "recomendações".

Tome-se como exemplo o paradigmático caso do Reino Unido, que em 1983, por meio do *National Audit Act*, atribuiu ao *National Audit Office* competência para "realizar exames acerca da economicidade, eficiência e efetividade com as quais qualquer departamento, autoridade ou outro ente (…) usou seus recursos no desempenho de suas funções" (6(1)). Como esclarece a própria lei, tais fiscalizações têm por objetivo "prover avaliações, comentários e recomendações de natureza geral" (7ZA, (3)).

Desse modo, parece mais adequado compararmos o Brasil a países que também tenham seguido o modelo napoleônico, verificando, assim, como os tribunais de contas desses países incorporaram a fiscalização operacional. Por esse motivo, foram escolhidas Itália, Bélgica e França.

Itália

Na Itália, o controle externo é exercido pela *Corte dei Conti*. A lei que reformou a *Corte dei Conti* (*legge* 20/94) introduziu o "controle sucessivo sobre a gestão", por meio do qual a corte "verifica (…) a correspondência do resultado da atividade administrativa com os objetivos estabelecidos pela lei, avaliando comparativamente custo, modo e tempo" (art. 3, 4). A lei previu que "o relatório da Corte deve ser (…) enviado à administração interessada, à qual a

Corte formula (…) suas próprias observações", tendo a administração que comunicar "as medidas subsequentemente adotadas" (art. 3, 6).

Apesar de a lei não ter definido com precisão os contornos do instituto, a *Corte Constituzionale* entendeu que o controle sobre a gestão, "por meio de avaliação geral da economicidade e eficiência da ação administrativa e da eficácia dos serviços prestados", tem por objetivo "iniciar processo de 'autocorreção' pela administração pública". Desse modo, "consiste em *atividade essencialmente colaborativa*, da qual não pode derivar nenhuma sanção" (*sentenza* 29/95).

O caráter colaborativo do controle sobre a gestão foi reforçado pelo legislador a partir do reconhecimento expresso de que a administração pode discordar das observações feitas pela *Corte dei Conti*. Nesse sentido, "a administração que decida não seguir as observações formuladas pela Corte (…) expedirá, dentro de trinta dias do recebimento das observações, ato motivado de comunicação à Presidência das Câmaras, (…) do Conselho de ministros e (…) da Corte de contas" (*legge* 244/07, art. 3, 64). Ao que tudo indica, quis-se diminuir o risco de interferência indevida na função administrativa.

Tal entendimento tem reflexos na atuação da *Corte dei Conti.* Tanto é assim que as "Diretrizes para o exercício do controle sobre a gestão" (*Linee guida per l'esercizio del controllo sulla gestione*), aprovadas pelo tribunal em 2018, previram apenas a possibilidade de formulação de "*recomendações*" à administração (*capitolo* VII, 15, c).

Bélgica

A partir de reforma legislativa (*loi du* 10 *mars* 1998), a lei de organização da *Cour des Comptes* belga (*loi du* 29 *octobre* 1846) passou a prever que "a Corte de contas controla *a posteriori* o bom uso dos recursos públicos; ela garante o respeito aos princípios da economicidade, da eficácia e da eficiência" (art. 5, § 1er). Além disso, "a Câmara dos representantes pode encarregar a Corte de contas de proceder, nos serviços e órgãos sob seu controle, à análise de gestão" (art. 5, § 1er).

A lei de fato não especificou o modo pelo qual a *Cour des Comptes* deveria exercer esse novo tipo de controle. No entanto, instado pela Câmara dos Representantes a se pronunciar sobre o projeto da lei que atribuiu à corte competência para controlar o bom uso de recursos públicos, o *Conseil D'Etat* belga auxiliou na delimitação dos contornos do instituto.

Em seu parecer (*avis* 26054/9 *du* 02/03/1997), o *Conseil D'Etat* sustentou que "os princípios que governam o equilíbrio de poderes na Bélgica impõem (…) um limite duplo a esse controle da Corte de contas do bom uso dos recursos públicos".

Primeiro, "as observações da Corte sobre a gestão não podem recair sobre a oportunidade das políticas desenvolvidas", uma vez que "considerações sobre a oportunidade se inserem, de fato, no controle parlamentar da ação administrativa". Nesse sentido, "o papel da Corte de contas deve se limitar a fornecer ao Parlamento as informações que permitam efetuar esse

controle". Além disso, "o controle da gestão pela Corte só pode ser exercido '*a posteriori*', sob pena de prejudicar excessivamente a liberdade de ação administrativa que é imposta pela separação de poderes".

Ao que tudo indica, tal sistemática foi incorporada pela *Cour des Comptes*, que consignou em sua "Declaração de missão" (*Déclaration de mission*) a previsão de que seus "relatórios de controle elaboram *recomendações* para a consideração das assembleias parlamentares e dos gestores públicos" (*Les méthodes de contrôle*).

França

O "Código das Jurisdições Financeiras" (*Code des juridictions financières*), que disciplina o funcionamento da *Cour des Comptes* francesa, dispõe, em sua seção 2, sobre o "Controle das contas e da gestão" (*Contrôle des comptes et de la gestion*). Tal controle compreende, entre outros pontos, o papel da *Cour des Comptes* de "assegurar o bom uso dos créditos, fundos e valores administrados pelos serviços e organismos sujeitos à sua competência" (art. L111-2).

Embora o Código não discipline de modo específico tal instrumento de controle, a *Cour des Comptes* o fez, em sua "Coletânea de normas profissionais" (*Recueil des normes professionnelles*). O documento, cuja segunda edição é de 2017, estabelece as etapas e procedimentos para cada tipo de controle exercido pela corte.

O documento define o "controle da gestão" como o "controle de um ente ou atividade consistente no exame de maneira independente, objetiva e documentada (...) da performance de sua gestão, ou seja, a sua conformidade aos princípios da eficácia, da eficiência e da economicidade" (I.4).

Com relação às possibilidades de controle, no tocante ao "Controle das contas e da gestão", a Coletânea prevê apenas a possibilidade de formulação de "observações" e "recomendações" (III.84), não havendo menção a comandos emitidos pela corte.

3. Conclusões

O olhar comparativo sobre os casos da Itália, Bélgica e França nos permite tirar algumas conclusões. A primeira é que nenhum desse países parece fazer uso de determinações no âmbito do controle operacional. Disso não se deve extrair a afirmação de que o Brasil simplesmente tem que fazer igual.

No entanto, em vista da relevância dos tribunais de contas aqui analisados, parece que tais exemplos aumentam o ônus argumentativo do TCU no sentido de justificar que o uso de determinações em fiscalização operacional é algo natural, ou positivo, e que deve ser mantido.

Uma segunda conclusão é que, à semelhança do legislador brasileiro, na Itália, Bélgica e França também não se especificou em lei os contornos da auditoria operacional. No entanto,

os três tribunais europeus acabaram por afastar o uso de determinações em sua fiscalização operacional.

Essa constatação parece relevante para pensarmos no texto do novo "Manual de auditoria operacional" do TCU, pois indica que não emitir determinações em fiscalização operacional não significa deixar de cumprir com o papel de uma corte de contas.

Por fim, a terceira conclusão é que os casos da Itália, Bélgica e França, em diferentes níveis, apontaram para a preocupação em se preservar a esfera de discricionariedade própria do gestor. Tal preocupação parece querer evitar que o órgão de controle se torne um revisor geral da administração, e dialoga com a postura mais *cooperativa* já existente dentro do próprio TCU.

Pelos motivos expostos parece recomendável que, no âmbito da modernização do "Manual de auditoria operacional" do TCU, sejam reconsideradas as referências à possibilidade de "determinações" em fiscalização operacional, restando apenas a possibilidade de "recomendações".

————————————

[1] É o que se depreende do item 6.4.6 do novo manual, que dispõe sobre a "Proposta de encaminhamento" da auditoria operacional:

"As propostas de encaminhamento são deliberações (recomendações ou determinações) que a equipe de auditoria demonstra serem necessárias e que contribuirão para sanar deficiências identificadas pela auditoria."

[2] A *International Organization of Supreme Audit Institutions* (INTOSAI) define auditoria de performance (outro nome para a auditoria operacional) como "análise independente, objetiva e confiável para determinar se as ações, sistemas, operações, programas, atividades e iniciativas públicas estão operando de acordo com os princípios da economicidade, eficiência e efetividade e se há oportunidade para aprimoramentos" (cf. ISSAI 3100, disponível em: **http://www.issai.org/issai-framework/4-auditingguidelines.htm**).

[3] Sobre a inclusão da "auditoria operacional" dentre as competências do TCU, André Rosilho relata que: "a possibilidade de os tribunais de contas realizarem esse tipo de auditoria não foi objeto de debates — isto é, não foi verbalizado nas subcomissões ou comissões da ANC [Assembleia Nacional Constituinte]. Apareceu de maneira bastante clara, contudo, nos anteprojetos apresentados na Subcomissão do Orçamento e Fiscalização Financeira, responsável pela elaboração do texto base que, após sucessivas modificações promovidas pelas comissões, deu origem aos arts. 70 e ss. da Constituição de 1988. A expressão auditoria operacional surgiu pela primeira vez no anteprojeto apresentado a essa subcomissão pelo TCU. (…), o TCU, ao anunciar o anteprojeto, frisou que ele supostamente representaria o entendimento dos tribunais de contas em geral. Além do mais, é importante destacar a provável influência da Declaração de Lima da INTOSAI na elaboração dessa

proposta normativa, que, segundo se depreende do excerto abaixo transcrito, encoraja os países a autorizar suas instituições superiores de controle externo da administração pública a realizar a tal performance audit" (cf. *Tribunal de Contas da União*: Competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 72).

[4] Por exemplo, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara sustentam que "esse tipo de atuação [a fiscalização operacional] não toma como referência o cumprimento da legislação substantiva (que demandaria a revisão de cada decisão da entidade fiscalizadora), mas, sim, a avaliação da performance da entidade. Como resultado, o Tribunal de Contas edita decisões contendo recomendações para aprimoramento da atuação geral da entidade. Como são recomendações, referidas manifestações do Tribunal não têm caráter cogente nem sujeitam a sanção as autoridades responsáveis, no caso de desatendimento (cf. Competências de controle dos tribunais de contas. In: Sundfeld, Carlos Ari. (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 188).

[5] Em recente artigo, o ministro do TCU Bruno Dantas, juntamente com Valdecyr Gomes, sustentou maior intervenção nas agências reguladoras pelo tribunal a partir da fiscalização operacional, argumentando que "para os defensores do poder intervencionista do TCU, a competência para tratar das questões operacionais implica a tomada de medidas que corrijam e reequilibrem as que tenham defeitos dessa natureza e que sejam emanadas pela agência reguladora em sua competência originária. (…). Assim, partindo do pressuposto de que a "teoria dos poderes implícitos, permite, ao [TCU], adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República" (…) é que se passa a analisar as inspeções realizadas por esse órgão para avaliar as práticas de governança corporativa nas agências reguladoras que atuam no segmento de infraestrutura" (cf. A governança nas agências reguladoras: Uma proposta para o caso de vacância. *Revista de Informação Legislativa*, n. 222, p. 11-31, 2019. p. 16-17).

CONRADO TRISTÃO – Mestrando em Direito pela FGV Direito SP. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp