

## Jaques Reolon: O TCU e a solução consensual de controvérsias

A mídia [1] viu com cautela a criação [2] de uma secretaria no Tribunal de Contas da União (TCU) com a finalidade de promover a solução consensual de controvérsias porque poderia prejudicar a atividade



Sob o aspecto técnico, o tema exige cautela no tocante à

segregação de funções e outros, entretanto, a iniciativa é alinhada à evolução do Direito e o ato normativo que a regulamentou imprime segurança jurídica ao que se pretende.

O grau de cautela adicional é porque os tribunais de contas fiscalizam, julgam e aplicam sanções ou imputam débitos, obviamente que possuem uma estrutura funcional adaptada a essa peculiaridade orgânica, lastreada no preceito da independência técnico-funcional entre integrantes (auditores) e membros (Procuradores do Ministério Público e Ministros).

### Há coerência com a evolução do Direito

A força de trabalho do Judiciário cresce [3] continuamente. Isso é ônus financeiro de todos. Somos uma sociedade litigante e exigimos eficiência e efetividade desse Poder. Por isso, a solução consensual de conflitos é cada vez mais utilizada. Os autocompositivos, a exemplo da negociação, da conciliação e da mediação, e o heterocompositivo, representado pela arbitragem.

No Judiciário, os resultados são bons e impactam na eficiência da prestação jurisdicional e na contenção de despesas públicas em prol do contribuinte.

Nos tribunais de contas, não é diferente. Dados do TCU mostram que o aumento na quantidade de processos julgados é contínuo [4]. Nos demais tribunais estaduais e municipais, a situação é similar. A tecnologia colocou esses tribunais na casa dos brasileiros e à disposição da sociedade civil nos últimos anos. A jurisdição *sui generis* do Controle, similar à jurisdição constitucional, tem alcance ampliado continuamente desde a Constituição de 1988. Os resultados das fiscalizações estão na mídia diariamente, logo compreensível que cada vez mais sejam destinatários de demandas dos segmentos sociais, nos mais diversos temas de ordem pública.

Desse modo, para atingir a eficiência na prestação dos serviços públicos de fiscalização, mitigar o impacto financeiro da ampliação de sua jurisdição e do aumento contínuo de processos, as soluções consensuais são excelentes instrumentos de gestão, em linha de coerência com o Judiciário.

Ainda sobre o aspecto da eficiência, a portaria que instituiu essa medida impõe prazos exíguos para que a Secex Consenso, o Ministério Público junto ao TCU e o relator se manifestem sobre a possibilidade de uma solução consensual. Espera-se que tais prazos sejam vinculativos e jamais considerados impróprios.

### **A segregação de funções e a atividade de fiscalização**

Segregar funções tem a finalidade de evitar conflitos de interesses, erros ou desvios de comportamento. Não há previsão constitucional ou legal [5] que imponha ao TCU segregar a sua fiscalização da atividade executiva dos demais poderes.

É uma técnica de auditoria, de amplo uso e adaptada às situações concretas que exijam evitar os vícios de conduta supracitados.

Há previsões esparsas em atos normativos e em decisões do Controle, a exemplo da impossibilidade de a fiscalização de obra ser realizada pela empresa que a executa, por evidente conflito [6] de interesses.

Segregar funções também tem a finalidade de evitar condutas parciais de agentes públicos, com base no princípio constitucional da impessoalidade, porque impede que alguém detenha o domínio de uma série de atos administrativos sucessivos, por isso, quem fiscaliza não executa, pois fiscalizaria seu próprio ato.

Então, em regra, os tribunais de contas não podem se imiscuir na gestão executiva pública, posto que fiscalizarão o ato *a posteriori*. Não é sem razão que as chamadas consultas [7], respondidas pelos tribunais de contas, que possuem caráter normativo, constituem prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto. Veja a doutrina:

Sob o aspecto funcional, significa que o órgão que exerce o controle não poderia ser encarregado de outras funções, limitando-se a atuar como controlador. Não devem, pois, as autoridades superiores encarregar os servidores do controle de outras atividades, sendo-lhes especialmente vedadas as tarefas executivas. De longe vem o brocardo: quem controla não executa, quem executa não controla. Caso contrário, quando um órgão de controle passa a desenvolver tarefas executivas, essas deixam de ser controladas [8].

Por isso, não seria adequado tecnicamente que o tribunal impusesse uma solução, mas que participe de modo imparcial, analise as opções da Administração e indique os pontos a serem aprimorados, em termos de legalidade ou de aderência à Constituição, mas a escolha da solução deve ser dos órgãos ou das entidades administrativas. Até poderia o tribunal apresentar uma solução, mas desde que não influencie a decisão administrativa. Caberá ao Tribunal o papel imparcial de deliberar, mas sem impor a sua solução.

Há um senso comum de que processos são métodos perfeitos para aplicar o Direito, porque o procedimento previsto em lei elimina os vícios capazes de comprometer o resultado justo. Não. O processo é uma reconstituição de fatos, afetada pela precariedade da comunicação humana, para realizar um juízo de subsunção normativo [9], ambos ainda imperfeitos, pela complexidade que possuem. A idealização que se faz não é real, por isso, a interação entre o TCU e a administração, submetidos aos preceitos de ordem pública, não macula a solução consensual, com as cautelas citadas.

Essa interação do tribunal na busca de soluções consensuais está em linha de coerência com a Lei nº 13.655/2018, que impõe a busca da segurança jurídica e que o Controle deve considerar as consequências *práticas*, jurídicas e administrativas de suas decisões. Nada é mais prático do que a incursão na seara administrativa. Essa diretriz legal é quase uma sobreposição da atividade do Controle sobre a administrativa, logo a cautela é atuar nos limites da lei, sem substituir-se ao gestor.

Diversos tribunais de contas já celebram termos de ajustamento de gestão, com a vanguarda do Tribunal de Contas da Minas Gerais (TCE/MG), em que particulares e os órgãos ou entidades públicos convencionam, com o aval do tribunal, como proceder em determinada situação afeta à jurisdição do tribunal.

### **As características do procedimento de solução consensual do TCU**

O objetivo da nova secretaria será solucionar consensualmente controvérsias *relevantes e prevenir* conflitos de órgãos e de entidades da administração pública federal, com uma atuação contida e definida formalmente em ato normativo do tribunal; logo, não há informalismo.

### **Da iniciativa**

A referida Unidade Técnica e o Ministério Público atuarão apenas como órgãos instrutório e fiscal da lei, respectivamente. Não terão iniciativa [10] para propor a instauração de um processo de solução consensual, embora possam sugerir a determinado relator, quando a situação que demandar esse tipo de solução já for objeto de processo.

Entendo, contudo, que as Unidades Técnicas e o Ministério Público poderão ter a iniciativa para que se instaure um processo de solução consensual, embora não previsto no ato normativo, mas por meio de representação ao tribunal, com fundamento no artigo 237 do Regimento Interno [11]. Essa iniciativa pode ser vetada, com base no princípio da especialidade.

### **Da competência privativa da presidência**

Não há ilegalidades na previsão de competência privativa do presidente para decidir sobre a conveniência e a oportunidade de admitir a solicitação de solução consensual, porque, se for objeto de processo em tramitação, deverá ser ratificada pelo relator, logo preserva-se o preceito constitucional do juízo natural.

### **Da participação de particulares e da advocacia de contas**

A competência atribuída a Segecex de avaliar as circunstâncias da solução consensual e admitir — ou não — a participação de representante de particulares envolvidos na controvérsia exige uma comprovada e consistente motivação, com exposição das razões de fato e de direito, vez que a motivação é um preceito inafastável, é aplicável analogicamente o inciso IX do artigo 93 da Constituição e as decisões anteriores vincularão as posteriores, conforme artigo 15 c/c artigo 489, §1º, inciso VI, que assenta a teoria dos precedentes.

A participação de particulares é importante para evitar um monolítico empoderamento público, em detrimento do particular, se for afetado *in casu*, mesmo porque é inviável impor-lhe uma solução, sem que exercite o contraditório substancial, ou seja, aquele que lhe permita condições reais e factíveis de afetar a decisão atinente ao processo de que seja interessado ou responsável.

Importante sempre os particulares participarem de tais procedimentos acompanhados de advogados especializados em temas de gestão pública e suas peculiaridades, com ênfase no conhecimento da jurisprudência do Controle, com vistas a concretizar soluções que permitam conciliar o interesse público, lastreado em sua supremacia, mas também o interesse privado, na medida da lei.

O conhecimento da formação e da estruturação dos órgãos de Controle externo é importante para se saber os limites e as possibilidades nos pleitos levados à deliberação do tribunal.

### **Da Comissão de Solução Consensual (CSC)**

A CSC será composta por:

- a) um coordenador da SecexConsenso,
- b) um auditor da unidade especializada na matéria e um representante de órgão ou entidade participante.

Será necessário analisar eventuais conflitos de interesse em participar da comissão, na forma da Lei nº 12.813/2013, principalmente quando o agente público, representante da administração na CSC, exerceu a função que participou ou provocou a situação que ensejou a necessidade de solução consensual.

Cada processo de solução consensual será distribuído a um determinado relator, preservando-se a imparcialidade, na escolha do juiz natural, assentando higidez ao feito, porque a deliberação será objeto de apreciação do Plenário.

### **Dos efeitos jurídicos nas ações penais e nas ações de improbidade**

Quer parecer que a aplicação, na seara administrativa, de uma decisão do TCU, no âmbito de uma solução consensual, não poderá, em tese, ensejar o ajuizamento de ações de improbidade ou de ações penais, isso porque não haverá o elemento subjetivo dolo, exceto em situações concretas em que se verifique, *a posteriori*, a ocorrência de fatos sem a ciência do Tribunal ao deliberar sobre a solução.

Como o tribunal possui a prerrogativa constitucional, no artigo 71, de aplicar sanções por ilegalidades, atos antieconômicos ou ineficientes, além de assinar prazo para que seja cumprida a lei ou sustar o ato, as soluções consensuais possuirão presunção *juris tantum* de adequação normativa, logo sem conter ilegalidade.

Essa presunção, contudo, não afasta a revisibilidade judicial da solução adotada, ou por iniciativa do particular afetado, se lhe for conveniente, ou de outras iniciativas, a exemplo do Ministério Público ordinário [12].

### **Uma análise política sobre a questão**

Sobre o aspecto político, com respaldo no texto constitucional, que distribui o poder entre os diversos órgãos e entidades dos entes federativos, há que se ter cautela de não *esvaziar* a legitimação constitucional do poder fiscalizatório do Controle externo, exercido como atividade finalística *a posteriori*. Para isso, deve-se utilizar o referido instituto com parcimônia e lastreado em rígidos critérios objetivos e justificados.

[1] Q. cfr. em: <<https://oantagonista.uol.com.br/opiniaio/manual-de-pacificacao-segundo-bruno-dantas/>>.

[2] Por meio da Instrução Normativa TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022, assinada pelo ministro Bruno Dantas. A análise crítica da imprensa pode ter sido causada da declaração de que a medida objetiva eliminar o "clima policiaisco" no país. O tema também foi objeto de regulamentação na Resolução-TCU nº 347, de 12 de dezembro de 2022; na Resolução-TCU nº 346, de 30 de novembro de 2022 e na Portaria-TCU nº 203, de 29 de dezembro de 2022.

[3] Conforme o Portal do CNJ, disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>.

[4] Em 2017, os colegiados do TCU julgaram 24.236 processos; em 2018, foram 30.979; em 2019, os julgamentos totalizaram 31.033; em 2020, totalizaram 32.092; e, em 2021, o total foi de 41.418.

Disponível em: <

[https://portal.tcu.gov.br/data/files/37/F5/2E/A1/EC0008102DFE0FF7F18818A8/Relatorio\\_anual\\_atividade](https://portal.tcu.gov.br/data/files/37/F5/2E/A1/EC0008102DFE0FF7F18818A8/Relatorio_anual_atividade)

>. Acesso em: 04 jan. 2023.

[5] A Lei nº 14.133/2021, no §1º do artigo 7º, quando entrar em vigor, vedará a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação, no âmbito das licitações públicas.

[6] Para saber mais sobre conflito de interesses, q. cfr. a Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013.

[7] BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Artigo 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei [...] XVII – decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno [...] §2º A resposta à consulta a que se refere o inciso XVII deste artigo tem caráter normativo e constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto.

[8] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil — Jurisdição e Competência*. 4ª ed. Minas Gerais, Ed. Fórum, 2016, p. 41.

[9] A incidência normativa é bastante complexa e divergente, conforme a doutrina adotada. Interessante ler: Ronald Dworkin, Robert Alexy e Klaus Ghunter.

[10] Terão iniciativa as autoridades indicadas no artigo 264 do RI/TCU: a) presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; b) Procurador Geral da República; c) Advogado Geral da União; d) presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; e) presidentes de tribunais superiores; f) ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; g) comandantes das Forças Armadas, h) Diretores-presidentes de agências reguladoras e os relatores de processo do TCU, quando o processo já tiver sido instaurado.

[11] Q. cfr. em: <  
<https://portal.tcu.gov.br/data/files/7B/17/AB/27/9E6D3810B4FE0FF7E18818A8/RITCU.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2022.

[12] Ministério Público ordinário é o Parquet estadual ou federal. Ministério Público especial é o que atua junto aos tribunais de contas.

### Date Created

24/01/2023