

O dever de prestar contas e o ônus da prova no controle externo

Muito se tem discutido a respeito das influências das recentes alterações da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — LINDB (realizadas pela Lei 13.655/18) no exercício das atividades de controle da Administração, especialmente daquelas atribuídas pela Constituição aos Tribunais de Contas. Outro debate, entretanto, antecede a referida discussão e continua gerando controvérsias: trata-se da compreensão do alcance e sentido do *dever de prestar contas* ao qual alude o parágrafo único do artigo 70 da CRFB/88, gerando incompreensões, não raras vezes, em torno das diversas competências das cortes de contas. As controvérsias dão azo a críticas quanto a suposto ativismo de contas e excessos no exercício da atividade sancionatória, críticas essas que, em determinadas situações, consideramos procedentes. Entretanto, pressuposto para prosseguir no debate é discutir a correta compreensão dos variados regimes jurídicos que marcam o exercício das competências constitucionais do controle



Fabrício Motta
conselheiro e professor

A relevância da discussão pode ser exemplificada com o enunciado do

recente Acórdão 3.482/2019 – TCU – 2ª Câmara, julgado em 22 de setembro deste ano: "*A boa-fé, no âmbito dos processos do TCU, não decorre de presunção legal geral. Deve estar corroborada em contexto fático e de condutas propício ao reconhecimento dessa condição em favor dos responsáveis*".

Os tribunais de contas possuem *competências sancionatórias* e, no seu exercício, estão sujeitos ao microsistema composto por regras e princípios de estatura constitucional que se aplicam a toda atividade administrativa sancionadora. Desta forma, na aplicação de sanções [1] devem ser reconhecidos os efeitos dos princípios que compõem o núcleo fundamental de processualidade na Constituição e que impõem, entre outros, os deveres de indicar o ato inquinado, individualizar condutas e definir responsabilidades (o que requer análise da consciência e vontade — dolo ou culpa grave — do agente na prática do ato, como pressuposto de aplicação da sanção e passagem legítima para a responsabilização na esfera de controle externo). A *boa-fé*, tratada comumente como princípio geral do Direito, assume relevância no momento de *verificação do elemento subjetivo da conduta*. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao reconhecer que o princípio da boa-fé pode ser extraído implicitamente de outros princípios, especialmente do princípio da moralidade administrativa, entende que "*o princípio da boa-fé abrange um aspecto objetivo, que diz respeito à conduta leal, honesta, e um aspecto subjetivo, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. Se a pessoa sabe que a atuação é ilegal, ela está agindo de má-fé*" [2].

Jesus Gonzalez Perez, em conhecida monografia sobre o tema, associa *boa-fé* à *confiança*:

"A boa-fé incorpora o valor ético da confiança. Representa uma das rotas mais férteis de irrupção de conteúdo ético-social no ordenamento jurídico, e especificamente, o valor de confiança. Serve como um canal para a integração acordo com algumas regras ético-materiais da ideia de fidelidade e crédito, ou crença e confiança (Treu und Glauben). A boa-fé inclui uma regra de conduta ou comportamento civilizador, uma conduta normal, íntegra e honesta, a conduta de um homem comum, de um homem médio. É medida na relação concreta em que opera (...). Não faz referência ao comportamento geral da pessoa, mas à sua posição em uma relação jurídica específica, seja no nascimento, no exercício de direitos ou em cumprimento das obrigações em que está especificado" [3].

Essas breves lições suportam a afirmação de que o princípio da *boa-fé* possui aplicação no Direito Administrativo, em essencial no regime jurídico das sanções administrativas.

Voltemos ao Acórdão 3.482/2019 da Segunda Câmara do TCU. A leitura do inteiro teor permite perceber que se tratava de recurso interposto com o intuito de modificar deliberação constante do Acórdão 1482/19-TCU-2ª Câmara. Esse acórdão, por seu turno, imputou débito a responsável por convênio, em razão da não comprovação de despesas. Houve transferência de recursos federais por intermédio de convênio para realização de diversas atividades constantes de plano de trabalho ligado à realização de evento de fomento ao turismo e o responsável, dentre outras irregularidades tratadas, não comprovou a aquisição de passagens aéreas e a efetiva realização de serviços como hospedagem, traslado, montagem e desmontagem de stands. Em sua defesa, o responsável alegou que a falta de comprovação dos serviços poderia ser afastada porque *"restou demonstrado que todos os palestrantes e as empresas chamadas a participar do evento concluíram o seu trabalho e receberam por ele; palestrantes e prestadoras de serviço não reclamaram em juízo a falta de pagamento"*. Entendeu o responsável pela aplicação dos recursos que agiu com boa-fé e que teria a seu favor não só o benefício da dúvida, como também a presunção de inocência. A negativa de provimento do recurso alimentou críticas relacionadas à repartição do ônus da prova no processo de controle externo, firmes no argumento do TCU de que na fiscalização de recursos públicos privilegia-se, como princípio básico, a inversão do ônus da prova.

A discussão merece ser ampliada em razão do amplo leque de competências constitucionais de controle externo que, por sua vez, são exercidas por intermédio de processos específicos. O dever constitucional de prestar contas dos recursos públicos (artigo 70, parágrafo único da CRFB/88) possui, em sua face oposta, o direito/dever do órgão de controle de pedir contas da boa e regular aplicação dos recursos públicos. Nesse particular, o descumprimento do dever de prestar contas ou a constatação da existência de dano ao erário acarretam a *consequência jurídica* relativa à devolução dos valores ao erário, sem que tal consequência se caracterize como sanção. As duas situações — omissão no dever de prestar contas e ocorrência de dano — serão seguidas por providências para ressarcimento do dano [4]. O dever de ressarcir o dano não se caracteriza como sanção — no acórdão analisado, a imputação de débito objetiva ressarcir o dano, enquanto que as multas aplicadas se caracterizam como sanções.

Dessa forma, em nosso ordenamento o dever de prestar contas impõe àqueles que se dispõem a gerir recursos públicos o cumprimento dos deveres que parametrizam essa relação, servindo como exemplo o artigo 113 da Lei n. 8.666/93, que dispõe que os órgãos interessados da Administração são responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, cujo controle é feito pelos tribunais de contas. Não se trata de inversão do ônus da prova, mas de consequência derivada do descumprimento de dever jurídico expressamente positivado. Fica nítida a importância de diferenciar os diversos tipos de processos de controle externo. O *ônus da prova* no âmbito dos *processos de contas* — que implicam no dever jurídico de comprovar a correta aplicação dos recursos públicos — é do gestor; ao contrário, nos *processos de fiscalização* (como auditorias e inspeções) o ônus é do próprio órgão de controle externo, como vem reconhecendo o TCU [5].

No caso concreto, o convênio firmado preestabelecia a forma de comprovação da execução das despesas, elencando documentos necessários a serem apresentados pelo responsável. Ao não se desincumbir do dever de provar a boa e regular aplicação dos recursos públicos, nos termos ajustados no convênio, o responsável sujeitou-se à consequência de devolver os recursos cuja aplicação não logrou comprovar durante a instrução processual [6]. Dessa forma, situação fática demonstra que o gestor não se desincumbiu do seu dever jurídico, pois não houve a apresentação dos elementos mínimos hábeis a comprovar as despesas, ausência documental que ensejou a imputação em débito, por inexistir, especificamente nesse ponto, parâmetro documental a ser avaliado. No caso concreto, eventual alegação de boa-fé seria relevante no tocante à culpabilidade relativa às condutas que geraram aplicação de sanção, mas não para desincumbir o gestor de seu dever de prestar contas de acordo com as normas.

Ainda assim, é importante frisar que provar a inexistência de nexos causal entre os recursos repassados e os dispêndios não é, só por si, condição única para reputar como grave ou gravíssima a conduta do agente público, ensejadora da necessária imputação em débito. Deve-se analisar todo o contexto, inclusive quais os motivos que levaram o gestor a praticar o ato, para, a partir disso, justificar a conclusão pela gradação da sanção cumulada ou não com o dever de ressarcimento, na linha inclusive do artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro, de cujo teor se extrai a necessidade de serem considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados [7].

A presunção relativa de legitimidade dos atos praticados no regular exercício da função pública impõe ao agente controlador iniciar o controle dos atos e fatos partindo do pressuposto de que o estado jurídico de inocência é a regra. Entretanto, estado jurídico de inocência, presunção de legitimidade e boa-fé não têm o condão de afastar o dever constitucional de prestar contas, que alcança a todos os que manejam recursos públicos. Em cada processo de controle, com a instrução realizada de acordo com os efeitos dos princípios constitucionais processuais, deve ser verificado concretamente se os elementos constantes dos autos corroboram a alegação de boa-fé [8].

Em suma, o enunciado do Acórdão 3.482/2019 – TCU – 2ª Câmara parece não retratar corretamente o entendimento contido na deliberação da qual foi extraído, não podendo dar ensejo à interpretação a *contrariu sensu* de que existiria presunção de má-fé. Nos processos de contas, há um dever imposto ao gestor de demonstrar a correta aplicação dos recursos públicos, o que lhe atribui o ônus inicial da prova. A boa-fé deve ser analisada de acordo com os elementos da culpabilidade na situação concreta — seja na prestação de contas, seja na reparação de danos — e não prevalece sobre o dever constitucional de prestar contas, essencial à República e ao Estado de Direito.

[1] A criação de ilícitos administrativos e sanções está condicionada à previsão legal, como se sabe. No âmbito do TCU, a Lei nº 8.443/92 prevê as sanções de multa e inabilitação para o exercício de cargo em comissão por um período de 5 a 8 anos (arts.57-61 da Lei nº 8.443/92).

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo:

Forense, 2017, p.119.

[3] GONZALEZ PEREZ, Jesus. *El principio general de la buena fe em el derecho administrativo* . [s.ed.] Madrid, 1983, p.41. tradução nossa. Para visão aprofundada sobre distinções entre boa fé, segurança jurídica e confiança legítima, vide SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-316, jul. 2004.

[4] Com o julgamento das contas pela irregularidade (Art.16, inciso III da Lei n. 8.443/92).

[5] Acórdão 721/2016 TCU – Plenário; Acórdão 1069/2007 TCU – Plenário.

[6] Acórdão 4423/2018 TCU – Primeira Câmara.

[7] Nesse sentido, não obstante a presunção de legitimidade dos atos praticados no exercício da função executiva também se preste a impor ao controle externo o ônus de demonstrar a ausência de legitimidade desses atos, que gozam de uma presunção relativa, não prescinde a prática deles da devida motivação, até porque o gestor público não age em seu próprio nome, cabendo-lhe, portanto, o dever demonstrar o alcance do interesse público que visa atingir. Nesse sentido, VIANA, Ismar. Fundamentos do processo de controle externo: uma interpretação sistematizada do texto constitucional aplicada à processualização das competências dos Tribunais de Contas. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019. p. 169.

[8] A boa-fé não pode ser presumida ou acatada a partir de mera alegação, devendo ser demonstrada e comprovada a partir dos elementos que integram os autos, corroborada em contexto fático propício ao reconhecimento dessa condição em favor dos responsáveis (Acórdão 4667/2017-TCU- 1ª. Câmara, rel. Min. Bruno Dantas) A boa-fé, no âmbito dos processos do TCU, não decorre de presunção legal geral. Deve estar corroborada em contexto fático e de condutas propício ao reconhecimento dessa condição em favor dos responsáveis (Acórdão 2742/2019-TCU-2ª. Câmara, rel. Min. Marcos Bemquerer).

Date Created

29/10/2020