



Odilon Cavallari: Tribunais de contas e improbidade

O parágrafo 3º do artigo 17-B da Lei 8.429/1992, inserido pela Lei 14.230/2021, trouxe uma inovação que tem potencial para impactar os trabalhos dos tribunais de contas, porquanto previu, em leitura combinada com o *caput* do citado artigo, que, com o objetivo de celebrar acordo de não persecução civil e para fins de anulação do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do tribunal de contas, observados os parâmetros utilizados, no prazo de 90 dias.



Caso seja feita uma interpretação gramatical e literal do §3º

do artigo 17-B da Lei 8.429/1992, a conclusão será no sentido de que são atos obrigatórios tanto a oitiva do TC competente quanto a sua manifestação no prazo de 90 dias.

Essa interpretação afasta, desde logo, qualquer pretensão de se conferir ao tribunal de contas o *status* de partícipe do acordo. E a razão é simples: acordo pressupõe livre decisão dos partícipes que podem escolher não consensualizar. Aliás, podem escolher nem mesmo se sentar à mesa para discutir uma possibilidade de acordo.

A interpretação literal do §3º do artigo 17-B da Lei 8.429/1992, no entanto, evidencia que o tribunal não tem essa opção, pois, segundo essa interpretação, sua manifestação é obrigatória, o que inequivocamente o coloca em situação distinta em relação às partes do acordo, no caso o Ministério Público e o acusado.

A situação do TC também difere substancialmente daquela que foi prevista para o ente federativo lesado, pois o inciso I do §1º do artigo 17-B da Lei 8.429/1992 estabeleceu que a celebração do acordo dependerá da sua oitiva, mas não previu qualquer obrigatoriedade de sua manifestação.

Portanto, a manifestação do tribunal não lhe confere a qualidade de parte no acordo nem de representante do ente federativo lesado.

A natureza jurídica da manifestação do tribunal de contas, por sua vez, é meramente opinativa, porquanto não vincula o Ministério Público nem o acusado, pois, como já se afirmou, o acordo pressupõe livre decisão das partes, o que significa admitir a possibilidade de as partes rejeitarem as conclusões do tribunal, a fim de que o acordo seja viabilizado em outros termos e valores. Também não vincula o magistrado que, como órgão do Poder Judiciário, não se submete às decisões de órgãos não jurisdicionais.



Aliás, desde a edição da Lei 8.429/1992, muito antes portanto das alterações promovidas pela Lei 14.230/2021, o artigo 21, inciso II, dispõe que a aplicação das sanções previstas na citada lei independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo tribunal de contas.

Em nada muda essa conclusão o fato de o parágrafo 2º do citado artigo 21 da Lei 8.429/1992, introduzido pela Lei 14.230/2021, ter disposto que as provas produzidas perante os órgãos de controle e as correspondentes decisões deverão ser consideradas na formação da convicção do juiz, sem prejuízo da análise acerca do dolo na conduta do agente, pois referido dispositivo não significa que o magistrado deve aceitar as provas acriticamente, mas, ao contrário, deve considerá-las, valorá-las e, fundamentadamente, aceitá-las ou rejeitá-las, para fins de improbidade administrativa.

Conforme adverte José Roberto Pimenta Oliveira, a responsabilidade promovida pelos tribunais de contas, com fundamento nos artigos 70 e 71 assim como a improbidade administrativa prevista no parágrafo 4º do artigo 37 todos da Constituição são, ambas, "categorias gerais e autônomas" que produzem "categorias jurídicas diversas de ilicitude", quais sejam, de um lado, a irregularidade de contas formal e material e, de outro, o ato de improbidade administrativa [\[1\]](#).

Ainda considerando a hipótese de se conferir ao 3º do artigo 17-B da Lei 8.429/1992 interpretação literal, haverá, nesta hipótese, profunda diferença entre o disposto no citado comando normativo e o disciplinado pelo Acordo de Cooperação Técnica celebrado, em 6/8/2020, pela Controladoria-Geral da União (CGU), Advocacia-Geral da União (AGU), Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJ-SP) e o Tribunal de Contas da União (TCU) em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei 12.846/2013 [\[2\]](#).

Neste último caso, a participação do TCU é facultativa e somente o vincula se expressamente considerar que os valores negociados no acordo satisfazem aos critérios estabelecidos para a quitação do dano por ele estimado, hipótese na qual o tribunal dará quitação condicionada ao pleno cumprimento do acordo.

Como se vê, a disciplina esquadrihada no Acordo de Cooperação Técnica respeita o entendimento do Supremo Tribunal Federal que, ao apreciar a inter-relação das múltiplas esferas de responsabilização administrativa, enfatizou a necessidade de coordenação institucional entre os órgãos envolvidos assim como a harmonização das sanções premiaias [\[3\]](#).

Por essa razão, o STF, embora tenha entendido que o TCU não pode aplicar a sanção de declaração de inidoneidade da empresa que tenha celebrado acordo de leniência com a CGU, AGU ou Ministério Público, enfatizou que a corte de contas pode apurar "*a existência de danos complementares que não foram integrados na reparação ao erário entabulada naqueles acordos*" [\[4\]](#).

Consequentemente, caso se entenda, a partir da interpretação literal do §3º do artigo 17-B da Lei 8.429/1992, que o tribunal de contas está obrigado a efetuar o cálculo do dano ao erário, não haverá qualquer possibilidade de se estabelecer um paralelo com a sua colaboração facultativa nos acordos de leniência, nos termos do aludido Acordo de Cooperação Técnica.



Portanto, entendemos que é inconstitucional a interpretação do §3º do artigo 17-B da Lei 8.429/1992, inserido pela Lei 14.230/2021, no sentido de que seria obrigatória a manifestação do TC competente sobre o valor do dano a ser ressarcido. São quatro os fundamentos que respaldam essa conclusão:

Primeiro, contraria o artigo 71 da Constituição ao impor, de modo ilegítimo, aos tribunais de contas dever absolutamente estranho às atribuições que lhes foram diretamente outorgadas pela Constituição e que estão voltadas para, em auxílio ao Poder Legislativo, exercer o controle externo da Administração Pública.

Sobre o assunto Zanella Di Pietro alerta que o controle exercido pelo Poder Legislativo, seja o político, exercido diretamente, ou o técnico, exercido pelo Tribunal de Contas, representa uma interferência tanto no Poder Executivo quanto no Poder Judiciário, quanto à sua função administrativa, motivo pelo qual se deve limitar às hipóteses constitucionais. Por essa razão, normas infraconstitucionais, incluídas as constituições estaduais, não podem inovar no mundo jurídico e prever outras modalidades de controle fora das hipóteses previstas na Constituição Federal, em respeito ao princípio da separação de Poderes, do qual o controle de um poder sobre outro configura uma exceção [\[5\]](#).

O Supremo Tribunal Federal também já teve a oportunidade de enfrentar o tema, ao apreciar a constitucionalidade de norma estadual que previu nova hipótese de fiscalização legislativa dos atos do Poder Executivo, oportunidade na qual aquela Corte enfatizou que somente a Constituição pode disciplinar a matéria, não podendo norma infraconstitucional prever novas hipóteses de interferência que não decorram explícita ou implicitamente das hipóteses constitucionais. Da ementa do citado julgado, destaca-se o seguinte trecho [\[6\]](#):

"2. A fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é um dos contrapesos da Constituição Federal à separação e independência dos Poderes: cuida-se, porém, de interferência que só a Constituição da República pode legitimar.

3. Do relevo primacial dos 'pesos e contrapesos' no paradigma de divisão dos poderes, segue-se que à norma infraconstitucional — aí incluída, em relação à Federal, a constituição dos Estados-membros —, não é dado criar novas interferências de um Poder na órbita de outro que não derive explícita ou implicitamente de regra ou princípio da Lei Fundamental da República."

Segundo, compromete o princípio republicano da separação e harmonia entre os Poderes previsto no artigo 2º da Constituição, ao atribuir aos tribunais de contas, órgãos auxiliares do Poder Legislativo, função de auxílio ao Ministério Público e ao Poder Judiciário que sempre foi exercida pelos seus respectivos órgãos auxiliares, previstos na legislação ordinária, que são seus órgãos administrativos, no caso do Ministério Público, conforme dispõem suas leis orgânicas, e os peritos, no caso do Poder Judiciário, nos termos do Código de Processo Civil.

Terceiro, ofende, em particular, o artigo 71, inciso IV, da Constituição ao alargar, por meio de lei ordinária, o restrito rol de legitimados a solicitar auditorias e inspeções ao tribunal de contas, que somente pode ser alterado por emenda constitucional.



Quarto, agride o princípio do devido processo legal substantivo, na qualidade de fundamento constitucional do princípio da razoabilidade, ao conferir a cada membro do Ministério Público e do Poder Judiciário prerrogativa que nem mesmo o parlamentar tem, qual seja a de obrigar o tribunal de contas a se manifestar sobre determinado assunto, pois o artigo 71, inciso IV, da Constituição não reconhece a nenhum parlamentar a prerrogativa de solicitar auditorias ou inspeções ao tribunal de contas, cuja legitimidade para tanto é conferida apenas à própria Casa Legislativa ou às suas Comissões Técnicas e de Inquérito e à Comissão mista permanente a que se refere o artigo 166, §1º, da Constituição Federal.

Desse modo, a interpretação juridicamente viável, isto é, conforme à Constituição, para o §3º do artigo 17-B da Lei 8.429/1992 é a de que o tribunal de contas competente deve se manifestar em resposta à oitiva prestando as informações que lhe forem viáveis, dentro de sua esfera de atribuições, o que significa, na prática, escolher por, ao menos, uma das seguintes opções, sem prejuízo de que outras venham a ser cogitadas também:

Primeira opção de resposta à oitiva: efetuar os cálculos solicitados pelo Ministério Público ou pelo Juízo, se assim lhe parecer interessante, segundo a perspectiva do melhor cumprimento da sua missão constitucional de exercício do controle externo, mas, neste caso, não poderá depois justificar eventual descumprimento de sua missão constitucional sob o argumento de que lhe faltaram tempo e recursos humanos porque teve de atender à demanda decorrente do § 3º do artigo 17-B da Lei 8.429/1992.

Caso escolha essa primeira opção, é importante o tribunal de contas dizer na resposta à oitiva que o valor do dano indicado na sua manifestação expedita e precária é de natureza apenas estimativa e sujeita a modificações decorrentes de processo de controle externo que, após o devido processo legal, terá o seu mérito julgado pela corte de contas.

Segunda opção de resposta à oitiva: encaminhar ao Ministério Público ou ao Juízo as informações que têm a respeito do valor do dano ao erário objeto da oitiva, esclarecendo se referido valor decorre de decisão transitada em julgado na esfera da corte de contas ou se é entendimento ainda sujeito a alteração.

Terceira opção de resposta à oitiva: informar ao Ministério Público ou ao Juízo que, embora não tenha decisão sobre o assunto, pretende apreciar a matéria em processo em tramitação ou a ser constituído, motivo pelo qual tão logo o tribunal julgue o mérito do processo, será enviada cópia do inteiro teor do julgado.

Quarta opção de resposta à oitiva: informar ao Ministério Público ou ao Juízo que, dadas as suas atribuições e deveres constitucionais, o tribunal de contas não tem condições de realizar o cálculo do valor do dano ao erário, pois seu objeto não atende aos critérios internacionais adotados pelo tribunal, relativos a risco, materialidade, relevância e oportunidade ou não está alcançado pela estratégia de controle definida para aquele ano, motivo pelo qual a corte de contas não tem condições operacionais, naquele momento, de contribuir para o atendimento da demanda.



Contudo, o tribunal de contas, ainda que não realize o cálculo do valor do dano ao erário, deve responder à oitiva na forma indicada em uma das opções acima mencionadas ou ainda em alguma outra que venha a ser cogitada. O que não pode é ignorar a oitiva, como se nem a tivesse recebido.

Considerando o exíguo prazo de 90 dias, fixado pelo parágrafo 3º do artigo 17-B da Lei 8.429/1992, caso o Ministério Público entenda importante, para o cálculo do dano, contar com a colaboração do tribunal de contas competente, é interessante que aja de modo estratégico quanto ao momento de oferta de um acordo para o investigado ou de propositura da ação de improbidade administrativa, a fim de viabilizar a colaboração do tribunal de contas, preferencialmente por meio de decisão de mérito prolatada em processo de controle externo, após devido processo legal.

Para tanto, a fim de que o microssistema de responsabilização dos agentes públicos seja aperfeiçoado, mas com respeito às competências de cada órgão de controle, o diálogo institucional prévio entre Ministério Público e tribunal de contas pode ser um caminho viável e interessante para ambos, pois talvez assim, a partir de informações preliminares prestadas pelo tribunal de contas competente quanto aos seus processos e sua programação de auditorias, o Ministério Público tenha melhores subsídios para avaliar qual seria o momento mais adequado para o oferecimento de um acordo ou para a propositura da ação de improbidade administrativa [7] [8].

[1] OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 456.

[2] Disponível [aqui](#)

[3] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Mandado de Segurança 35.435. Relator ministro Gilmar Mendes. Julgamento em 30.03.2021. DJe de 02.07.2021.

[4] O trecho entre aspas reproduz afirmação feita pelo relator do MS 35.435, acima citado.

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 892-893.

[6] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.046. Relator ministro Sepúlveda Pertence. Julgamento em 15.04.2004. DJ de 28.05.2004.

[7] As opiniões expressas neste artigo não representam, necessariamente, o entendimento do TCU.

[8] Este artigo é uma síntese de artigo de minha autoria que fará parte de obra coletiva coordenada pelos



professores Fabrício Motta e Ismar Viana, a ser brevemente publicada.

Date Created

06/05/2022