

Acordos de não persecução cível e o TCU

Nos dias 18 e 19 de março de 2022, aconteceu em Brasília a 11ª edição do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Sob a atenta coordenação de Fredie Didier Jr., Carol Caputo, Paulo Mendes e Ricardo Carneiro, o evento reuniu estudiosos para propositura e debate de enunciados que somente são



Rodrigo Mudrovitsch
Advogado

A novidade dessa última edição ficou por conta da estreia de grupo de

trabalho dedicado especificamente ao tema da improbidade administrativa e às repercussões trazidas por sua reforma. Com relatoria de Sarah Merçon-Vargas, o painel produziu discussões interessantíssimas e aprovou três enunciados, um dos quais (de número 731) merecedor de nosso destaque: "*(artigo 17-B, §3º, Lei nº 8.429/1992). O teor da manifestação do Tribunal de Contas competente não limita ou condiciona a celebração de acordo de não persecução cível*".

Conquanto à primeira vista aparente singeleza, o verbete é verdadeiramente relevante. Justificando a afirmação, já exploramos neste espaço entendimento sufragado pelo Tribunal de Contas da União (Acórdãos 3089/2015 e 414/2018, julgados em 2/12/2015 e em 7/3/2018, respectivamente), que, em casos envolvendo ajuste de mercado com possível fraude à licitação, baseou-se em estudo estrangeiro para presumir, em hipóteses tais, um sobrepreço linear de 17% do valor do contrato para fins de ressarcimento.

Não coadunamos a posição. A cominação de sanção — sob a rubrica de reparação ao erário — de pagamento de uma monta resultante de mera especulação, inclusive com aptidão para superar a própria lesão ao desconsiderar a efetiva extensão do dano, induz risco sério de enriquecimento ilícito pelo Poder Público. Tanto assim que, por força da reforma empreendida pela Lei nº 14.230/2021, acresceu-se ao inciso VIII do artigo 12 a imprescindibilidade de que a frustração da licitação acarrete "*perda patrimonial efetiva*" não discrepando, ademais, a dicção do artigo 21, I, a dispor que aplicação das exceções a exigir a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público.



Em verdade, mesmo antes da reforma referida, o Superior Tribunal de

Justiça já adotava entendimento louvável a soar que, a despeito de admitir dano presumido em frustração de procedimento licitatório, tal presunção somente se prestaria para se considerar a prática de ato de improbidade, mas não para aplicação de sanção de reparação do dano — justamente por esse ser presumido, e não quantificado. A tese, bem a propósito, é bem ilustrada pelo seguinte julgado:

"(...) V – Diante da necessidade de interpretação sistemática dos dispositivos da Lei nº 8.429/1992 e de harmonização da jurisprudência desta Corte, impende entender-se que a presunção de dano ao erário restringe-se ao juízo de configuração do ato de improbidade administrativa por ausência de regular procedimento licitatório, previsto no artigo 10, VIII, desse diploma legal, não abrangendo a imposição da obrigação de ressarcimento ao erário, que, nos termos do art. 21, I, dessa lei, pressupõe a demonstração de efetivo prejuízo patrimonial, ainda que a apuração do seu exato valor seja feita na fase de execução. VI – A aplicação de multa civil com lastro no artigo 12, II da Lei nº 8.429/1992 depende da demonstração da existência de efetivo dano ao erário, por ser este o seu parâmetro para fixação na hipótese de condenação promovida nos termos do artigo 10 da Lei de Improbidade Administrativa" [1].

A par dessas considerações, seria ainda oportuno invocar o artigo 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que estipula expressamente que as decisões, judiciais, sacionadoras e administrativas, devem *"indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos"*.

Pois bem, todos esses comentários já se prestariam a buscar fomentar uma mudança de entendimento da parte do Tribunal de Contas, mas sua enunciação neste escrito se deve, em realidade, a outro propósito: justificar a pertinência do enunciado nº 731 do FPPC.

É que, também fruto da reforma, passou-se expressamente a admitir em sede de improbidade administrativa o acordo de não persecução cível, tendo o artigo 17-B, § 3º, todavia, colocado que, para *"fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias"*.

Eis o risco que se criou: inobstante em improbidade não se admita — notadamente em fraude à licitação — dano presumido para fins de ressarcimento ao erário, poderia o Tribunal de Contas da União, em manifestação, embaraçar a celebração de acordo de não persecução cível invocando seu entendimento *supra*, gerando sobre os agentes envolvidos um temor reverencial institucional que não poderia ser ignorado e que possuiria aptidão de esvaziar o instituto do ajuste.

Daí a importância do enunciado citado, por mais singela que a contribuição possa se afigurar. Se é fato que o ressarcimento ao erário é direito indisponível, é igualmente fato que sua quantificação não pode dar com esteio em presunções ou em meras estimativas. Seja como for, ainda que hipóteses haja em que a quantificação exata seja de complexa aferição, o exame levado a efeito pelo ente lesado titular do direito a ser reparado há de ponderar — sem constrangimentos — sobre visões outras.

[1] STJ, REsp 1.755.958/MG, relatora min. Regina Helena, DJE 6/9/2019.

Date Created

13/05/2022