

Palestra

Evento promovido pela AudTCM-SP e Escola Superior de Gestão e Contas Públicas do TCM-SP

Repercussões das alterações da Lei de Improbidade Administrativa junto aos Tribunais de Contas

Palestrante:
Odilon Cavallari

28.07.2022

Redes sociais



odiloncavallari@gmail.com



Roteiro da palestra

1. Possíveis reflexos nos Tribunais de Contas da extinção da modalidade culposa de improbidade administrativa
2. A incidência dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador
3. A nova disciplina sobre indisponibilidade de bens
4. Reflexos nos TCs da ênfase das condições de procedibilidade da ação de improbidade
5. O tratamento da revelia e sua possível repercussão nos TCs
6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de celebração de acordo de não persecução civil
7. As repercussões das decisões dos TCs nos julgamentos sobre improbidade
8. *Non bis in idem*

1. Possíveis reflexos nos TCs da extinção da modalidade culposa de improbidade administrativa

Seção I: Dos Atos de Improbidade Administrativa que Importam Enriquecimento Ilícito (art. 9º)

Seção II: Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário (art. 10)

Seção III: Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública (art. 11)

1. Possíveis reflexos nos TCs da extinção da modalidade culposa de improbidade administrativa

Art. 1º (...)

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

2. A incidência dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador

Art. 1º (...)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Nos TCs: Matriz de responsabilização (no TCU, desde 2002)

2. A incidência dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador

Matriz de responsabilização, com base, predominantemente, no direito penal, requer:

- Individualização das condutas dolosas ou culposas
- Identificação precisa do fato ilícito
- Demonstração do nexo de causalidade
- Exame de eventuais excludentes de ilicitude
- Análise de eventuais excludentes de culpabilidade
- Verificação da incidência de causas de extinção de punibilidade

3. A nova disciplina sobre indisponibilidade de bens

Art. 16. (...)

§ 3º O pedido de indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo apenas será deferido mediante a demonstração no caso concreto de perigo de dano irreparável ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial com fundamento nos respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Decretação de indisponibilidade dos bens *Periculum in mora* presumido

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.
INDISPONIBILIDADE DE BENS. PERICULUM IN MORA.

O periculum in mora para decretar a indisponibilidade de bens decorrente do ato de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF) é presumido, nos termos do art. 7º da Lei n. 8.429/1992. Precedentes ...

Decretação de indisponibilidade dos bens

Periculum in mora presumido

MS 34.446, decisão monocrática da Min. Rosa Weber:

- Desnecessidade de comprovação de que a pessoa sob fiscalização do TCU estaria praticando atos de desbaratamento patrimonial.
- Exigir prova nesse sentido esvaziaria a medida em tela, pois, até a colheita de elementos comprobatórios da prática de atos de dissipação do patrimônio, este já estaria parcial ou totalmente comprometido.

3. A nova disciplina sobre indisponibilidade de bens

Art. 16. (...)

§ 5º Se houver mais de um réu na ação, a somatória dos valores declarados indisponíveis não poderá superar o montante indicado na petição inicial como dano ao erário ou como enriquecimento ilícito. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

3. A nova disciplina sobre indisponibilidade de bens

Art. 16. (...)

§ 11. A ordem de indisponibilidade de bens deverá priorizar veículos de via terrestre, bens imóveis, bens móveis em geral, semoventes, navios e aeronaves, ações e quotas de sociedades simples e empresárias, pedras e metais preciosos e, apenas na inexistência desses, o bloqueio de contas bancárias, de forma a garantir a subsistência do acusado e a manutenção da atividade empresária ao longo do processo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

3. A nova disciplina sobre indisponibilidade de bens

Art. 16. (...)

§ 13. É vedada a decretação de indisponibilidade da quantia de até 40 (quarenta) salários mínimos depositados em caderneta de poupança, em outras aplicações financeiras ou em conta-corrente.

§ 14. É vedada a decretação de indisponibilidade do bem de família do réu, salvo se comprovado que o imóvel seja fruto de vantagem patrimonial indevida, conforme descrito no art. 9º desta Lei.

4. Reflexos nos TCs da ênfase das condições de procedibilidade da ação de improbidade

Art. 17. (...)

§ 6º A petição inicial observará o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

4. Reflexos nos TCs da ênfase das condições de procedibilidade da ação de improbidade

Art. 17. (...)

§ 6º A petição inicial observará o seguinte: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

5. O tratamento da revelia e sua possível repercussão nos TCs

Art. 17. (...)

§ 19. Não se aplicam na ação de improbidade administrativa:
(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de revelia; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - o integral ressarcimento do dano; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

§ 1º A celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo dependerá, cumulativamente: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Art. 17-B. (...)

§ 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o caput deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Art. 17-B. (...)

§ 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitava do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Art. 17-B. (...)

§ 4º O acordo a que se refere o caput deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Segundo a interpretação literal do § 3º do art. 17-B da Lei 8.429/1992:

- A oitiva é obrigatória
- A manifestação do TC é obrigatória

Conclusão, segundo a interpretação literal:

- TC não é partícipe do ANPC
- A manifestação do TC é apenas opinativa

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Acordo de Cooperação Técnica celebrado, em 06.08.2020, pela CGU, AGU, MJSP e TCU, em relação aos acordos de leniência da LAC:

- Participação facultativa do TCU no cálculo do dano
- O TCU só se vincula ao acordo se concordar com o valor do dano
- A quitação a ser dada pelo TCU fica condicionada ao cumprimento do acordo.

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Tribunais de Contas:

- de auxiliar do Poder Legislativo a auxiliar do Ministério Público e do Poder Judiciário?

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Órgãos cujas competências lhes foram outorgadas diretamente pela Constituição Federal podem ter suas competências restringidas ou ampliadas por norma infraconstitucional?

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Segundo o STF (MS 25.092, ADIn 375, Representação 1.002/SP):

- Os tribunais de contas não são meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo, nem meras assessorias, nem a ele subordinados;
- São órgãos autônomos e dotados de autogoverno;
- Não agem por delegação do Poder Legislativo, mas por outorga direta de competências da CF.

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Inconstitucionalidade da interpretação do § 3º do art. 17-B da Lei 8.429/1992, inserido pela Lei 14.230/2021, no sentido de que seria obrigatória a manifestação do Tribunal de Contas competente sobre o valor do dano a ser ressarcido.

- São quatro os fundamentos que respaldam essa conclusão:

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Primeiro, contraria o art. 71 da Constituição Federal 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.

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Segundo, compromete o princípio republicano da separação e harmonia entre os Poderes previsto no art. 2º da Constituição Federal, 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.

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Terceiro, ofende, em particular, o art. 71, inciso IV, da Constituição Federal 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.

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

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, nos termos do art. 71, inciso IV, da Constituição Federal.

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

A interpretação juridicamente viável, isto é, conforme à Constituição, para o § 3º do art. 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.

- Na prática, significa escolher por, ao menos, uma das seguintes opções, sem prejuízo de que outras venham a ser cogitadas também:

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Primeira opção de resposta à oitiva: efetuar os cálculos solicitados pelo Ministério Público ou pelo Juízo, se assim lhe parecer viável, 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 art. 17-B da Lei 8.429/1992.

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

Primeira opção de resposta à oitiva: efetuar os cálculos solicitados pelo Ministério Público ou pelo Juízo, se assim lhe parecer viável, segundo a perspectiva do melhor cumprimento da sua missão constitucional de exercício do controle externo.

- Mas, neste caso, não poderá usar esse fato para justificar eventual descumprimento de sua missão constitucional;
- É importante alertar que sua manifestação expedita é precária, estimativa e sujeita a modificações quando do julgamento do mérito do processo, após devido processo legal.

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

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.

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

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.

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

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.

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

- 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.

6. A controvertida apuração, pelos TCs, do valor do dano para fins de ANPC

- Caso o Ministério Público queira contar com a colaboração do Tribunal de Contas, deve buscar, por meio do diálogo institucional, soluções mutuamente cooperativas entre os dois órgãos, respeitadas as respectivas autonomias constitucionais.

8. As repercussões das decisões dos TCs nos julgamentos sobre improbidade

Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

I – (...)

II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

8. As repercussões das decisões dos TCs nos julgamentos sobre improbidade

Art. 21. (...)

§ 1º Os atos do órgão de controle interno ou externo serão considerados pelo juiz quando tiverem servido de fundamento para a conduta do agente público. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º 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. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

9. *Non bis in idem*

Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

9. *Non bis in idem*

Art. 12. (...)

§ 6º Se ocorrer lesão ao patrimônio público, a reparação do dano a que se refere esta Lei deverá deduzir o ressarcimento ocorrido nas instâncias criminal, civil e administrativa que tiver por objeto os mesmos fatos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

9. *Non bis in idem*

Art. 12. (...)

§ 7º As sanções aplicadas a pessoas jurídicas com base nesta Lei e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, deverão observar o princípio constitucional do non bis in idem.
(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

9. *Non bis in idem*

Art. 21. (...)

§ 5º Sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Palestra

Evento promovido pela AudTCM-SP e Escola Superior de Gestão e Contas Públicas do TCM-SP

Repercussões das alterações da Lei de Improbidade Administrativa junto aos Tribunais de Contas

Palestrante:
Odilon Cavallari

28.07.2022

Redes sociais



odiloncavallari@gmail.com

