

A responsabilização dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos

Palestrante: Benjamin Zymler

A responsabilização dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos

- 1. Instâncias de responsabilização político-administrativa no Brasil**
 - 2.1 Crimes de responsabilidade**
 - 2.2 Foro especial por prerrogativa de função**
 - 2.3 Improbidade Administrativa**
- 2. Visão geral do modelo do Tribunal de Contas da União**
- 3. A reponsabilidade perante o TCU**
 - 3.1. Dimensões da responsabilidade**
 - 3.2. O controle administrativo versus o controle político**
 - 3.3. A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos**
 - 3.4. Responsabilização dos agentes políticos quando editam atos administrativos**
 - 3.5 Responsabilização por decisões estratégicas**

A responsabilização dos titulares de cargos políticos e altos cargos públicos

4. Exame de casos concretos

4.1. A implantação da Refinaria de Abreu e Lima

4.2. As “Pedaladas Fiscais”

4.3. Responsabilização do Conselho de Administração de Empresas Estatais

5. A emissão de parecer prévio sobre as contas do presidente da república

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

7. Conclusões

1. Instâncias de responsabilização político- administrativa no Brasil

1. Instâncias de responsabilização político-administrativa no Brasil

- **Processo Administrativo Disciplinar – PAD (Lei 8.112/1990);**
- **Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992);**
- **responsabilização administrativa e judicial consoante a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção);**
- **crimes de responsabilidade (Lei 1.079/1950 e Decreto-Lei 201/1967, para o caso de Prefeitos);**

1. Instâncias de responsabilização político-administrativa no Brasil

- **Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965);**
- **Tomada de contas especial a cargo dos Tribunais de Contas;**
- **Ações penais;**
- **Sanções decorrentes das normas de licitações públicas.**

1.1 Crimes de Responsabilidade

Os crimes de responsabilidade, assim definidos na Lei 1.079/1950, implicam a perda do cargo, com inabilitação, até oito anos, para o exercício de qualquer função pública.

A imposição de tais penalidades não exclui o julgamento do acusado por crime comum, na justiça ordinária.

Qualquer cidadão pode denunciar o Presidente da República ou Ministro de Estado perante a Câmara dos Deputados.

1.1 Crimes de Responsabilidade

Compete à Câmara dos Deputados autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente, o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado.

Admitida a acusação contra o Presidente da República, ele ficará suspenso de suas funções por até 180 dias.

Fica a cargo do Senado Federal processar e julgar tais autoridades nos crimes de responsabilidade.

Ao Supremo Tribunal Federal compete julgar o Presidente, o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado, nas infrações penais comuns.⁸

1.1 Crimes de Responsabilidade

Constitui crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentarem contra a Constituição Federal, especialmente contra:

- a) a existência da União;**
- b) o livre exercício dos demais poderes;**
- c) o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;**
- d) a segurança interna do país;**
- e) a probidade da Administração;**
- f) a lei orçamentária;**
- g) a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos; e**
- h) o cumprimento das decisões judiciais.**

1.2 Foro especial por prerrogativa de função

O foro especial por prerrogativa de função, ou foro privilegiado, é um instituto pelo qual se atribui a tribunais específicos da estrutura judiciária brasileira o poder de processar e julgar determinadas pessoas.

A Constituição de 1988 e as leis estabelecem, em diversas hipóteses, foro por prerrogativa de função, tanto em matéria penal (nos crimes comuns e de responsabilidade) quanto em matéria civil (como nos mandados de segurança e de injunção).

1.2 Foro especial por prerrogativa de função

Entre as autoridades que detêm foro privilegiado, cito o Presidente da República e os Ministros de Estados; os chefes dos poderes executivos estaduais e municipais; todos os membros do Poder Legislativo e dos Tribunais de Contas; todos os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Segundo levantamento recentemente concluído, pela Consultoria Legislativa do Senado Federal, existem cerca de 55 mil pessoas com foro especial por prerrogativa de função no Brasil.

1.3 Improbidade Administrativa

A palavra “improbidade” se originou do termo latino “improbitate”, que significa algo mau, de má qualidade. Também pode indicar desonestidade, falsidade, ausência de honradez.

Dessa maneira, administração ímproba designa uma administração de má qualidade.

1.3 Improbidade Administrativa

A Lei nº 8.429/1992 estabeleceu que os atos de improbidade administrativa podem ser praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

1.3 Improbidade Administrativa

Em seguida, essa norma legal tipificou as seguintes condutas como sendo atos de improbidade administrativa:

a) auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nos órgãos e entidades anteriormente mencionados;

b) qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres dos órgãos e entidades anteriormente mencionados;

1.3 Improbidade Administrativa

c) atentar contra os princípios da administração pública pela prática de qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições.

Nas duas primeiras hipóteses, ocorrem respectivamente o enriquecimento ilícito do agente ou de terceiro e a lesão ao erário. Na terceira hipótese, resta configurado o atentado contra os princípios da Administração Pública.

1.3 Improbidade Administrativa

A Lei de Improbidade Administrativa apresenta uma tipificação de condutas puníveis bem mais ampla que aquela utilizada pelo TCU.

1.3 Improbidade Administrativa

Independientemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, o responsável pela prática do ato de improbidade está sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

1.3 Improbidade Administrativa

I - na hipótese de enriquecimento ilícito: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos; pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

1.3 Improbidade Administrativa

II - na hipótese de lesão ao erário: ressarcimento integral do dano; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se existirem; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos; pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

1.3 Improbidade Administrativa

III - na hipótese de violação dos princípios da administração pública: ressarcimento integral do dano, se houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos; pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

1.3 Improbidade Administrativa

Aduzo que, na fixação das penas previstas na Lei nº 8.429/1992, o juiz levará em conta a extensão do dano causado e o proveito patrimonial obtido pelo agente.

2. Visão Geral do Modelo do Tribunal de Contas da União

2.1 Competências Constitucionais do TCU

O art. 71 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF) delineou as principais atribuições cometidas ao TCU. Dentre essas incumbências, destaco as seguintes:

- apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio;
- julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos e daqueles que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário;
- fiscalizar a aplicação de recursos repassados pela União a Estado, Distrito Federal ou Município;

2.1 Competências Constitucionais do TCU

- **realizar auditorias e inspeções de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;**
- **assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade.**

2.1 Competências Constitucionais do TCU

Em especial no que concerne à responsabilização dos agentes públicos, o art. 71 da Constituição Federal atribuiu competência ao TCU para:

- aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

2.2. Natureza jurídica do TCU

Por força do disposto no art. 71 da Constituição Federal, o controle parlamentar indireto é exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União.

A Carta Magna não situou o TCU em nenhum dos três Poderes da República. Assim sendo, entende-se que ele é um órgão autônomo.

Além disso, ele é um órgão de soberania, por desempenhar uma função essencial à caracterização da forma de governo adotada no Brasil.

2.2. Natureza jurídica do TCU

Como bem acentuou o Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Brito:

“O Tribunal de Contas da União não é órgão do Congresso Nacional, não é órgão do Poder Legislativo. Quem assim me autoriza a falar é a Constituição Federal, com todas as letras do seu art. 44.”

“Além de não ser órgão do Poder Legislativo, o Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional.”

2.2. Natureza jurídica do TCU

Por fim, o ilustre Ministro do Supremo ressaltou que:

“Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o TCU desfruta desse altaneiro status normativo da autonomia.”

2.2. Natureza jurídica do TCU

Conclui-se que o Tribunal de Contas é órgão autônomo e independente (não erigido à categoria de Poder), de estatura constitucional.

Não é um órgão integrante do Poder Legislativo e não está subordinado administrativa, financeira ou orçamentariamente àquele Poder.

Exerce competências próprias e suas decisões não podem ser revistas pelo Parlamento, que não pode julgar recursos opostos contra as decisões do Tribunal de Contas.

2.3. Funções do TCU

O Tribunal de Contas da União desempenha as seguintes atividades:

- **fiscalizadora** - realiza auditorias e inspeções;
- **consultiva** - emite parecer prévio sobre as contas do Presidente da República e de Governadores de Territórios (se houver), além de responder a consultas;
- **informativa** - envia informações ao Congresso Nacional e divulga na Internet dados sobre a Administração Pública;
- **judicante** - julga as contas dos administradores de recursos públicos federais;

2.3. Funções do TCU

- **sancionadora** - pune aqueles que praticaram atos irregulares e adota as medidas necessárias ao ressarcimento aos cofres públicos;
- **corretiva** - fixa prazo para que órgãos e entidades corrijam eventuais falhas e irregularidades ou sustentem a prática de atos impugnados;
- **normativa** - edita normas relativas a suas atribuições;
- **ouvidoria** - recebe e apura denúncias.

2.4. Dupla perspectiva de controle: Subjetivo X Objetivo

Percebe-se que a Constituição criou dois mecanismos de controle:

- ***subjetivo*** ou ***punitivo*** - que visa a apurar a responsabilidade civil-administrativa dos agentes públicos; e
- ***objetivo*** ou ***corretivo*** - que trata das providências necessárias para o saneamento das irregularidades.

2.4. Dupla perspectiva de controle: Subjetivo X Objetivo

CONTROLE SUBJETIVO

Na hipótese de julgamento pela irregularidade das contas, o TCU condenará os responsáveis a ressarcir o débito eventualmente apurado ou aplicará a multa prevista no art. 58 da Lei nº 8.666/1992, se constatada grave infração à norma legal.

Poderá o Tribunal, ainda, impor, quando verificar a ocorrência de dano ao erário, multa de até 100% do valor do débito (art. 57 da Lei nº 8.443/1992).

2.4. Dupla perspectiva de controle: Subjetivo X Objetivo

Por força do art. 60 da Lei nº 8.443/1992, sempre que o TCU, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, poderá declarar a inabilitação do responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, por um período que variará de cinco a oito anos.

Aplicada a sanção, o Tribunal comunicará a decisão ao responsável e à autoridade competente para cumprimento da medida.

2.4. Dupla perspectiva de controle: Subjetivo X Objetivo

CONTROLE OBJETIVO

Compete, também, ao TCU realizar determinações corretivas, que se prestam a prevenir a ocorrência de irregularidades ou falhas de mesma natureza daquelas verificadas em determinada gestão.

3. A responsabilidade perante o Tribunal de Contas da União

3. Responsabilidade perante o TCU

O termo responsabilidade vem do latim *respondere* e significa, em síntese, o dever que todos têm de responder pelas consequências advindas de seus atos.

A responsabilidade equivale ao dever de assumir consequências jurídicas decorrentes da prática de um ato ilícito, seja no campo civil, seja no campo penal ou na seara administrativa.

A responsabilidade pode ser objetiva ou subjetiva.

3. Responsabilidade perante o TCU

Da responsabilidade objetiva decorre a obrigação de reparar o dano causado, desde que estejam presentes os seguintes requisitos:

- a) ação (comissiva ou omissiva) e antijurídica do agente;**
- b) existência de dano ou infração a norma legal, regulamentar ou contratual;**
- c) nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano verificado.**

Ao se tratar da responsabilidade subjetiva, exige-se, além dos elementos anteriormente relacionados, a identificação de culpa em sentido amplo do agente.

3. Responsabilidade perante o TCU

Logo, são pressupostos fáticos da avaliação da conduta do agente público, sob a perspectiva subjetiva:

- existência de irregularidade - verificação da compatibilidade de determinado ato com as normas jurídicas que o regulam;
- identificação da autoria do ato examinado - exame da participação efetiva do agente na prática do ato impugnado ou na conduta omissiva constatada;
- verificação do grau de culpa do agente - apuração do elemento subjetivo da conduta - culpa em senso estrito (negligência, imprudência e imperícia) e dolo.

3. Responsabilidade perante o TCU

O Tribunal de Contas da União, ao extrair dos atos que examina as consequências de natureza civil ou administrativa, pondera o elemento subjetivo da conduta do responsável.

Ao desempenhar essa tarefa, busca dosar suas decisões levando em consideração o referencial do “administrador médio”.

Avalia, também, as condições concretas que circundavam a realidade vivenciada pelo agente e indaga se teria ele atuado de forma satisfatória ou se seria razoável exigir-lhe a adoção de providências distintas.

3. Responsabilidade perante o TCU

No exercício de suas competências, o TCU avalia a responsabilidade das seguintes pessoas físicas ou jurídicas:

- a) Agentes Públicos;**
- b) Agentes Privados Equiparados;**
- c) Agentes Privados em Conluio;**
- d) Pessoas Jurídicas Privadas;**
- e) Pessoas Jurídicas de Direito Público.**

3.1. Dimensões da responsabilidade

Dimensões da responsabilidade do agente público submetido à competência controladora do TCU:

- **civil** - obrigação de ressarcir aos cofres públicos eventuais prejuízos causados ao erário (responsabilidade extra-contratual). Exemplo típico: TCE;
- **administrativa** - pronunciamento sobre o mérito das contas e possibilidade de imposição das sanções previstas na Lei nº 8.443/1992. Ao impor sanções, por vezes, o TCU utiliza fundamentos do Direito Penal.

3.1. Dimensões da responsabilidade

A aplicação de sanções pelo TCU não exclui a possibilidade de responsabilização civil ou penal, nem a eventual aplicação de sanção disciplinar.

Afinal, deve ser preservado o princípio da independência das instâncias, sobre o qual o STF assim se pronunciou:

“A rejeição de denúncia por insuficiência de provas não impede a responsabilização pelos mesmos fatos em instância administrativa, uma vez que as instâncias penal e administrativa são independentes.

Com esse entendimento, o Supremo indeferiu mandado de segurança impetrado por ex-prefeito, que teve rejeitada a denúncia contra ele apresentada por crime de peculato, mediante o qual se pretendia o arquivamento da tomada de contas especial do TCU sobre os mesmos fatos.” (MS 23.625, Relator Ministro Maurício Correa)

3.1. Dimensões da responsabilidade

Friso que existem exceções a esse princípio, quais sejam:

- **sentença penal que absolve o réu devido à negativa da existência do fato;**
- **sentença penal que afirma não ter sido o réu o autor do delito.**

Logo, não haveria interferência nas hipóteses em que a justiça penal examinar o caso e concluir, por exemplo, pela insuficiência de provas para condenação ou pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

3.2. O controle administrativo e o controle político

A atividade estatal está sujeita a dois tipos básicos de controle: o político e o administrativo.

O controle político visa manter o equilíbrio entre os poderes e se baseia no sistema de freios e contrapesos, cujas origens remontam à Constituição dos Estados Unidos da América.

São exemplos desse controle: o veto de leis aprovadas no Congresso Nacional pelo Chefe do Poder Executivo (art. 66, § 1º, da Constituição Federal) e o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário.

3.2 O controle administrativo e o controle político

Já o controle administrativo visa assegurar a legalidade, a legitimidade e a economicidade das atividades administrativas desenvolvidas por todos os Poderes.

É a fiscalização que incide sobre as atividades desenvolvidas pela Administração Pública.

Esse controle pode ser interno, quando exercido pelo próprio Poder que pratica o ato fiscalizado, ou externo, quando executado pelos Poderes Legislativo e Judiciário ou pela sociedade.

Tanto o controle externo quanto o interno podem ser exercidos por iniciativa própria ou mediante provocação. ⁴⁶

3.2 O controle administrativo e o controle político

O controle administrativo interno decorre do poder de autotutela, o qual permite à Administração Pública rever os próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes, com fulcro nos princípios da legalidade, supremacia do interesse público, eficiência e economicidade. Assim, é examinado o mérito do ato administrativo.

A Administração Pública deve anular seus atos ilegais e pode revogá-los, se inconvenientes ou inoportunos, sempre respeitados os direitos adquiridos - Súmulas 346 e 473 do STF.

3.2 O controle administrativo e o controle político

Nos termos do art. 74 da Constituição Federal, compete ao sistema de controle interno:

- a) avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual e a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;**
- b) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;**
- c) exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;**
- d) apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.**

3.2 O controle administrativo e o controle político

O Poder Legislativo Federal exerce dois tipos de controle em relação à Administração Pública:

- **Controle Parlamentar Direto, que se dá por meio do exercício dos poderes controladores do Congresso Nacional. Exemplo: convocação de ministros para prestar esclarecimentos e Comissões Parlamentares de Inquérito;**
- **Controle Parlamentar Indireto, exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União.**

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

A CF/88 mencionou um novo espaço de atuação dos tribunais de contas: a análise da eficiência, eficácia e efetividade da gestão.

Isso significou a instituição de um controle de gestão desvinculado da ideia de legalidade estrita, na tentativa de estabelecer que os tribunais de contas são, também, responsáveis pela melhoria dos resultados dos programas públicos.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Esse novo modelo de tribunal de contas deve aferir não apenas se os programas públicos estão de acordo com as regras legais, mas, também, buscar a otimização dos resultados desses programas.

Nesse escopo, o constituinte originário vislumbrou a necessidade de criar, para além do Poder Judiciário, um órgão de controle dotado de impulso próprio para realizar esse tipo de controle operacional, financeiro, orçamentário e patrimonial.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

De fato, o que diferencia o controle externo, titularizado pelo Congresso Nacional e exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (TCU), do controle exercido pelo Poder Judiciário é a capacidade que têm os tribunais de contas de planejar o seu controle por meio de programas e planos de auditorias baseados em avaliações técnicas de risco.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Esse foi e ainda é um grande desafio a ser encarado pelos tribunais de contas: enfrentar um espaço destinado constitucionalmente à auditoria de gestão, de desempenho ou operacional – típica das controladorias.

Trinta anos após a edição da CF/1988, alguns tribunais de contas conseguiram ocupar esse novo espaço e implementar condições para que suas equipes técnicas pudessem realizar auditorias operacionais, de gestão ou de desempenho.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Nesse contexto, o TCU vem aperfeiçoando sua forma de atuar. Afinal, como ressaltou Marçal Justen Filho:

“o tribunal de contas desempenha uma atividade de controle de legalidade similar, sob diversos ângulos, àquela exercida pelo Poder Judiciário. Mas há uma parcela de atuação do tribunal de contas que é totalmente inconfundível com o controle jurisdicional. (...)”

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

(...) Trata-se de delimitar, de restringir e de orientar o desempenho das escolhas discricionárias do Estado. Como é sabido, a discricionariedade é uma margem de autonomia nos limites da lei. A fixação dos limites da discricionariedade é essencial no Estado Democrático de Direito e o tribunal de contas é um mecanismo constitucional para a concretização dos limites da discricionariedade." (g.n.)

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

“Não é válida a atuação ativa ou omissiva da autoridade administrativa simplesmente porque desempenhada no exercício de uma competência discricionária. É indispensável a compatibilidade das escolhas discricionárias com os postulados de eficiência, eficácia e economicidade. (...)”

Em síntese, pode-se afirmar que o mérito do ato administrativo não se subordina a controle jurisdicional, mas se subordina a um controle diferenciado pelo Tribunal de Contas – e somente por ele.”

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Observa-se que, hoje, tribunal de contas exerce uma função importantíssima de evitar que a discricionariedade vire arbitrariedade nos espaços do Estado brasileiro, a qual pode prejudicar o jurisdicionado ou o próprio Estado.

Diante dessa maior abstração das leis e da ampliação dos espaços discricionários, é quase uma tentação para o gestor público usar de forma desproporcional e desarrazoada o limite discricionário que lhe é dado pela lei.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

São os princípios do direito administrativo que colocarão limites à atuação discricionária.

Essa atuação exige que o gestor faça opções no limite da lei e quem o guiará na escolha dessas opções são os princípios da legalidade, da eficiência, da moralidade, da impessoalidade e os diversos outros princípios não explícitos no texto constitucional.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

O TCU exerce seu papel de controlador da discricionariedade sob dois focos distintos:

1) no âmbito da legalidade: um ato discricionário que exorbite de seus limites legais é atacado pelo TCU de forma avassaladora. A Corte de Contas tem poderes para desconstituir esse ato, para determinar ao órgão que o desconstitua e para aplicar sanção a quem o praticou.

Esse papel, destaca-se, também é feito pelo Poder Judiciário.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

2) no âmbito da intralegalidade: ocorre quando o TCU avalia a eficiência, a eficácia e a efetividade, realizando o controle da discricionariedade sob um prisma não legal, mas sob o prisma dos resultados que serão obtidos pelo gestor.

Esse papel, diferentemente do controle legal, não é feito pelo Poder Judiciário.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Nesse sentido, entendo que as questões substanciais deverão preponderar sobre as procedimentais.

Competirá ao TCU avaliar a qualidade das escolhas feitas pelos administradores públicos. Em determinadas situações essas escolhas poderão se revelar tão ruins que deverão ser anuladas.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Por outro lado, no controle intralegal da discricionariedade, o TCU pode reconhecer que a opção discricionária foi legal, respeitou a ideia de uma eficiência e de uma economicidade médias, mas pode não ter sido a melhor opção possível – a opção ótima.

Esse segundo controle permite a otimização da opção discricionária. Dentre as várias opções legais possíveis, o TCU busca o porquê da opção adotada e que não produziu os resultados mais eficientes, eficazes e efetivos.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

É nesse plano intralegal que o TCU atua com enorme desassombro, impondo, sugerindo e incentivando o gestor a otimizar suas opções discricionárias.

Por óbvio, essa atuação se dá por meio de recomendações, sem a força que se tem quando se está diante de um ato ilegal.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Um dos traços mais marcantes dos Estados modernos e, particularmente, do Estado brasileiro é a sobrecarga natural dos espaços políticos.

A ideia de parlamento e de democracia representativa vem sendo submetida a uma tensão natural decorrente da complexidade crescente do mundo moderno.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

O Parlamento adota uma técnica de deliberação que é, tradicionalmente, lenta.

A inércia natural do Parlamento decorre:

(i) do número de representantes do povo;

(ii) das formas de deliberação;

(iii) da processualística legislativa, lenta por natureza;

(iv) da existência de grupos de pressão que fazem chegar ao Parlamento, de forma ainda desorganizada, as suas inúmeras demandas.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Esse cenário revela que os parlamentos, inclusive o brasileiro, estão relativamente paralisados e não conseguem dar respostas na velocidade desejada.

Uma consequência dessa sobrecarga legislativa é a judicialização da política. Isto é: algumas questões não resolvidas no espaço político natural chegam ao Poder Judiciário e aos tribunais de contas e, em particular, ao TCU.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Como exemplo de judicialização da política, pode-se citar o caso do mensalão.

Observa-se que, a despeito do debate acerca da existência ou não de condutas penalmente tipificadas, a questão de fundo discutida no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) é o modelo político de financiamento das campanhas políticas no Brasil.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Outro exemplo é a Súmula Vinculante nº 13 (antinepotismo), editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 21/8/2008, verbis:

“A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Por fim, outro caso de judicialização da política foi a manifestação do STF sobre o direito de greve do servidor público:

“EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. OMISSÃO DO CONGRESSO NACIONAL. 1. Servidor público. Exercício do direito público subjetivo de greve. Necessidade de integralização da norma prevista no artigo 37, VII, da Constituição Federal, mediante edição de lei complementar, para definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público. Precedentes. (...)

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

(...) 2. Observância às disposições da Lei 7.783/89, ante a ausência de lei complementar, para regular o exercício do direito de greve dos serviços públicos. Aplicação dos métodos de integração da norma, em face da lacuna legislativa. Impossibilidade. A hipótese não é de existência de lei omissa, mas de ausência de norma reguladora específica. Mandado de injunção conhecido em parte e, nessa parte, deferido, para declarar a omissão legislativa.”

(MI 485/MT-MATO GROSSO, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 23/8/2002)

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Algumas experiências vivenciadas pelo TCU no que concerne à judicialização da política:

1) transposição do Rio São Francisco – percebeu-se que o debate político não estava suficientemente maduro para merecer, do Tribunal, um exame puramente técnico. O debate político foi claramente transferido para o Tribunal;

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

2) modelo de regulação adotado no Brasil – as agências reguladoras, apenas formalmente implementadas (1996/1997), eram materialmente fracas, o que exigiu que o TCU regulasse os serviços públicos, ditando valores de tarifas e pedágios.

Essa atuação da Corte, que claramente exorbitava os limites de sua competência e invadia espaço de competência originária das agências, se deu em razão de inexistir decisão política suficientemente forte no sentido de optar pelo modelo regulatório a ser exercido por meio de agências independentes e autônomas.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Também o Parlamento se ajustou a esse incremento da complexidade da sociedade e da atuação do Estado.

Hoje, os legisladores utilizam técnicas legislativas para lidar com essa realidade. Para ser possível a harmonização dos múltiplos interesses dos grupos de pressão, o texto da lei tem que ser suficientemente impreciso.

A imprecisão é a técnica legislativa mais importante.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Para serem capazes de se adaptarem às mudanças da realidade, as leis editadas pelo Congresso Nacional são cada vez mais abstratas, cada vez mais imprecisas.

Isso resultou em um enorme aumento dos espaços discricionários dos gestores públicos.

Quem vai aplicar a lei em concreto, transformar a lei em ato administrativo, fazer a subsunção do fato à norma é o aplicador do direito, o gestor público, a comissão de licitação, o ordenador de despesas.

3.3 A invasão do controle administrativo sobre espaços políticos

Esse cenário submete gestores públicos em geral a uma enorme tensão, a tensão da imprecisão, decorrente da obrigatoriedade de aplicar leis imprecisas e plurais, que exigem opções cada vez mais difíceis nos espaços discricionários.

3.4 Responsabilização dos agentes políticos quando editam atos administrativos

Quando não há a prática de atos administrativos de gestão, via de regra, não cabe imputação de responsabilidade a agentes políticos.

Entretanto, a jurisprudência do TCU considera possível a responsabilização de agentes políticos nas seguintes hipóteses:

- (i) se há prática de ato administrativo de gestão ou outro ato, omissivo ou comissivo, que estabeleça correlação com as irregularidades apuradas;**

3.4 Responsabilização dos agentes políticos quando editam atos administrativos

- (ii) conduta reiterada de dano ao erário em decorrência da execução deficiente de convênios;**
- (iii) irregularidades cuja amplitude e relevância indiquem, no mínimo, grave omissão no desempenho de atribuições de supervisão hierárquica;**
- (iv) cometimento de irregularidades grosseiras na condução dos assuntos de sua competência.**

3.4 Responsabilização dos agentes políticos quando editam atos administrativos

Friso que o instituto da delegação de competência não exime o autor da delegação do dever de acompanhar os atos praticados pelo agente delegado. Mesmo quando não há a prática direta de atos administrativos, os agentes políticos podem ser responsabilizados, se as irregularidades tiverem um caráter de tal amplitude e relevância que, no mínimo, fique caracterizada grave omissão no desempenho de suas atribuições de supervisão hierárquica.

3.4 Responsabilização dos agentes políticos quando editam atos administrativos

Ademais, o dever de prestar de contas é pessoal, cabendo ao responsável a obrigação de certificar-se de seu cumprimento, mesmo na hipótese de ter delegado a tarefa a outrem.

Eventual delegação de tarefas acessórias ao dever de prestar contas não abrange a responsabilidade pela prestação de contas, que, por princípio, é indelegável.

3.5 Responsabilização por decisões estratégicas

Também tem se tornado corriqueira no TCU a responsabilização de agentes públicos por decisões de cunho estratégico não amparadas em boas práticas de governança.

Cabe avaliar em que medida esses agentes devem ser responsabilizados por decisões de investimentos que sabidamente não trariam retorno financeiro positivo para a estatal.

3.5 Responsabilização por decisões estratégicas

Lei 6406/1976 – Dispõe sobre as Sociedades por Ações

Art. 158. O administrador ... responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

...

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

4. Exame de Casos Concretos

4.1 Implantação da Refinaria de Abreu e Lima

O TCU verificou a ocorrência de falhas graves de gestão na implantação da Refinaria Abreu e Lima (RNEST), marcada por um sem-número de decisões desprovidas dos cuidados e salvaguardas mínimos esperados em investimentos do porte.

Como consequência, houve a execução de um empreendimento inviável economicamente, causador de um prejuízo de cerca de US\$ 20 bilhões para a Petrobras

4.1 Implantação da Refinaria de Abreu e Lima

Acórdão 3052/2016-Plenário (voto condutor):

“O trabalho remonta a levantamento efetuado pelo Tribunal em 2012, quando se constatou que o custo da refinaria havia aumentado mais de oito vezes desde sua concepção inicial, em 2005, passando de US\$ 2,4 bilhões para US\$ 20,1 bilhões. À época, a partida do empreendimento (início das operações) já apresentava mais de três anos de atraso.

(...)

21. ..., na fase de identificação da oportunidade (fase 1), aprovada pela diretoria executiva em setembro em 2005, projetava-se uma refinaria com capacidade para processar 200.000 barris diários (200 kbpd) de uma mistura meio a meio de petróleo brasileiro (Bacia de Campos, Marlim) e de petróleo venezuelano (Região de Carabobo). “

4.1 Implantação da Refinaria de Abreu e Lima

“O custo estimado do empreendimento, então, era de US\$ 2,4 bilhões, a serem suportados pela estatal brasileira e por sua congênere estrangeira, a Petróleo de Venezuela (PDVSA), apontada como parceira no negócio. O VPL, nessas circunstâncias, era de US\$ 0,2 bilhão.

Na fase seguinte, desenvolvimento conceitual, a capacidade da usina manteve-se constante, mas a avaliação de seu custo saltou para US\$ 4,1 bilhões. Àquela altura, embora a Petrobras ainda não tivesse finalizado as análises físico-químicas do petróleo venezuelano (o que somente viria a ocorrer no final de 2007; ...), suspeitava-se que a mistura (blend) Marlim/Carabobo, por suas características de óleo superpesado, exigiria a instalação de dois trens de refino de 100 kbpd cada, em vez de um único trem de 200 kbpd, como originalmente concebido.

4.1 Implantação da Refinaria de Abreu e Lima

“23. De outra parte, a indefinição quanto aos contornos da sociedade com a PDVSA trazia grande incerteza sobre os números do empreendimento. Estudos de sensibilidade no cenário de referência...indicavam que o VPL poderia variar de US\$ 1,28 bilhão, caso a Petrobras assumisse sozinha a refinaria, a US\$ 0,36 bilhão, na hipótese de – mantida a parceria – a PDVSA vir a comercializar sua cota de produção no mercado local...”

Sem embargo, em dezembro de 2006, a diretoria executiva, à vista de um VPL estimado em pouco menos de US\$ 1,1 bilhão no cenário de referência ...houve por bem avançar com o projeto, aprovando o “portão de fase II”, ou seja, ... elaboração do projeto básico. ..., determinada a abreviar os prazos de execução da obra, a diretoria também aprovou a adoção de uma “estratégia de antecipação durante a fase de FEL 3...”

4.1 Implantação da Refinaria de Abreu e Lima

“Essa estratégia, denominada Plano de Antecipação de Refinaria (PAR), foi consideravelmente ampliada nos meses seguintes, resultando, ao longo de sua vigência, na contratação de equipamentos e serviços em montante aproximado de R\$ 22 bilhões – ou seja, mais do que o dobro do custo total da refinaria estimado em 2006 (US\$ 4,1 bilhões, equivalentes a R\$ 10,14 bilhões ao câmbio do final de 2009).

(...) A fase ... de elaboração do projeto básico do empreendimento, somente veio a ser concluída no segundo semestre de 2009, ainda com a ideia de participação da PDVSA. O projeto...previa uma capacidade de processamento de 230.000 barris/dia, com dois trens de refino de 115 kbpd cada e duas unidades de destilação atmosférica. Seu custo...já chegava a US\$ 13,4 bilhões, e o VPL...apresentava-se negativo em mais de US\$ 3 bilhões.

Na fase IV, de execução, foram elaborados, a partir de 2010, dez relatórios de acompanhamento da implantação da RNEST, chamados de “relatórios de pós-EVTE”. A cada avaliação, o VPL – que já era negativo – piorou significativamente, chegando a quase menos US\$ 20 bilhões no início de 2015...

4.1 Implantação da Refinaria de Abreu e Lima

Diante da gravidade da situação e do vulto dos valores envolvidos, houve a responsabilização da Diretoria da Petrobras pela gestão temerária do empreendimento (Acórdão 3.052/2016-Plenário).

Como é cediço, qualquer pessoa jurídica age por meio de seus agentes, em especial seus administradores, que exercem a representação da companhia e são responsáveis pela prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular.

4.2 “Pedaladas Fiscais”

A “Pedalada Fiscal” foi o nome dado à prática do Tesouro Nacional de atrasar de forma proposital o repasse de dinheiro para bancos públicos (e também privados) e autarquias como o INSS.

O objetivo do Tesouro e do Ministério da Fazenda era melhorar artificialmente as contas federais. Ao deixar de transferir os recursos, o governo apresentava todos os meses despesas menores do que elas deveriam ser na prática e, assim, ludibriava o mercado financeiro e especialistas em contas públicas.

4.2 “Pedaladas Fiscais”

Em fiscalização realizada pelo TCU foi apurada a realização de operações de crédito pela União perante a utilização de recursos próprios de instituições financeiras controladas pelo governo brasileiro, o que é vedado pela Lei Complementar 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Tal operação ensejou a emissão, pelo TCU, de parecer prévio sobre as contas do Presidente da República, recomendando-se a sua rejeição pelo Congresso Nacional.

4.2 “Pedaladas Fiscais”

O governo não estava pagando os bancos públicos e privados que financiavam programas sociais como o Bolsa Família. Então, para que os beneficiários não deixassem de receber, os bancos arcavam com as despesas sozinhos, sem receberem a compensação governamental.

O TCU, em decisão unânime (Acórdão 825/2015-Plenário), considerou essa operação um empréstimo dos bancos, não pago pelo governo, e que feria a Lei de Responsabilidade Fiscal.

4.2 “Pedaladas Fiscais”

O processo teve grande repercussão, sendo utilizado como fundamento para o impeachment da Presidente da República.

Em 31/8/2015, o plenário do Senado condenou Dilma Rousseff à perda de seu cargo por 61 votos a 20, sob a acusação de ter cometido crime de responsabilidade.

4.2 “Pedaladas Fiscais”

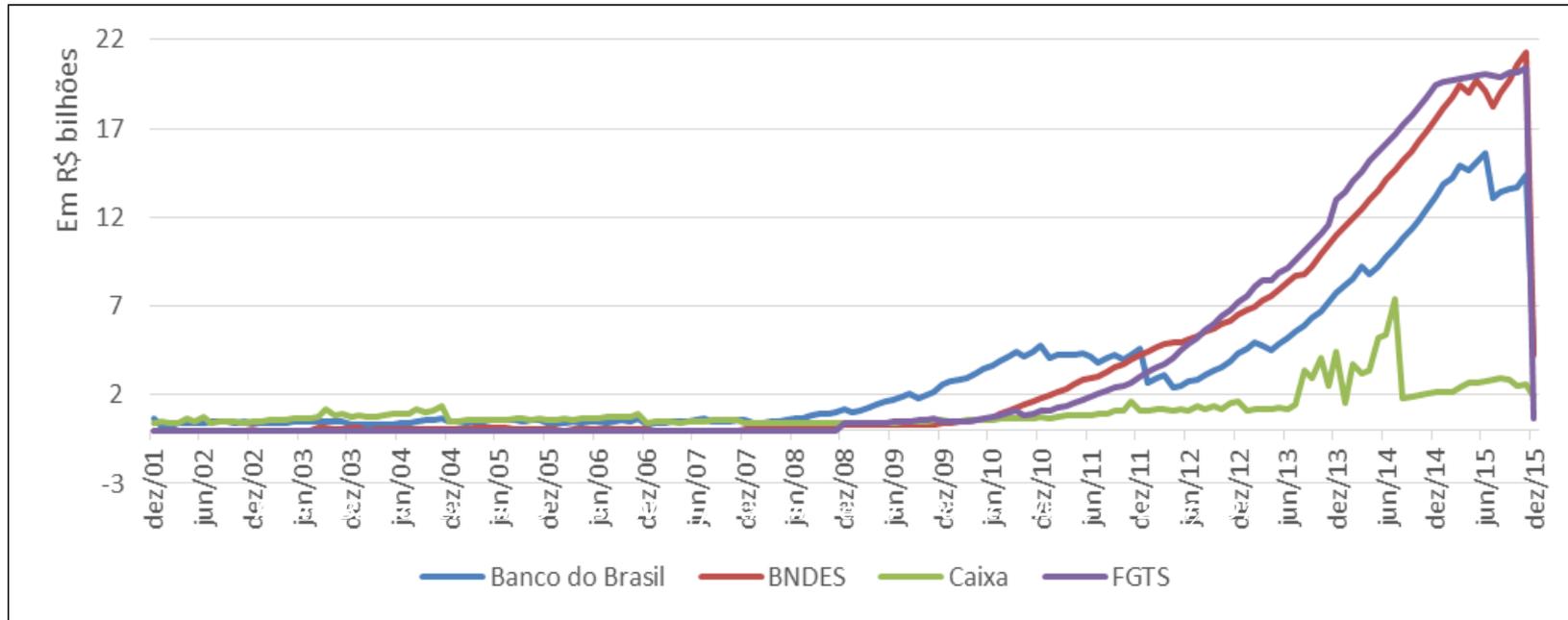


Gráfico – Impacto dos atrasos na Dívida Líquida do Setor Público

As pedaladas fiscais, em síntese, foram uma manobra contábil do governo federal que serviu para passar a impressão de que ele arrecadava mais do que gastava, permitindo a redução do déficit fiscal de forma artificial, enquanto a realidade era exatamente o contrário.

4.2 “Pedaladas Fiscais”

Na deliberação seguinte, ao realizar o controle subjetivo (Acórdão 2.575/2016-Plenário), o TCU aplicou multas de R\$ 54.820,84, valor máximo previsto na Lei Orgânica do TCU, ao Ministro da Fazenda e ao Secretário do Tesouro Nacional.

Também foram sancionados com multa o Presidente do Banco Central do Brasil e os Presidentes do Banco do Brasil, da Caixa Econômica Federal e do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social.

4.2 “Pedaladas Fiscais”

Outrossim, o TCU considerou graves as infrações cometidas pelo Secretário do Tesouro Nacional e pelo Ministro da Fazenda, inabilitando-os pelo período de 8 e 5 anos, respectivamente, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

4.3 Responsabilização do Conselho de Administração das Empresas Estatais

O Tribunal de Contas da União, mediante o Acórdão 2.284/2017-Plenário, decidiu que os ex-membros do Conselho de Administração da Petrobras foram responsáveis pela compra da Refinaria de Pasadena, nos Estados Unidos.

O prejuízo pela aquisição ultrapassa US\$ 580 milhões. Os bens dos ex-conselheiros, em conjunto com os dos membros da Diretoria Executiva da estatal, foram decretados indisponíveis, cautelarmente, pelo período de um fano. O bloqueio é solidário e chega ao valor do prejuízo apurado pelo TCU.

4.3 Responsabilização do Conselho de Administração das Empresas Estatais

O art. 44, § 2º, da Lei Orgânica do TCU estabelece que o Tribunal pode decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

Dessa forma, tendo em vista a possibilidade de executivos de empresas estatais serem arrolados como responsáveis nos processos perante o TCU, é absolutamente legítimo que a Corte de Contas bloqueie os bens dos diretores e conselheiros responsabilizados pelos prejuízos sem prévia autorização do Poder Judiciário.

4.3 Responsabilização do Conselho de Administração das Empresas Estatais

Conforme o art. 158 da Lei das S.A., o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo ou com violação da lei ou do estatuto.

4.3 Responsabilização do Conselho de Administração das Empresas Estatais

Os membros do Conselho de Administração descumpriram não só o Regimento Interno do Conselho, mas também deixaram de exercer a competência insculpida no inciso III do art. 142 da Lei 6.404/1976, que lhes facultava o direito de solicitar maiores informações sobre contratos em via de celebração, assumindo o risco de adotar uma decisão sem o nível adequado de informações, descumprindo assim outro dispositivo daquela Lei, o art. 153, que determina aos Administradores o dever de diligência.

4.3 Responsabilização do Conselho de Administração das Empresas Estatais

Esse dispositivo (art. 153 da Lei 6.404/1976) estabelece o zelo, a cautela, o cuidado no agir, como conduta obrigatória por parte do administrador de uma S/A. Não só define o cuidado como padrão de comportamento, mas indica o grau de zelo que deve ser empregado.

A baliza para atestar a diligência do administrador é o comportamento de homem austero, íntegro e atuante ao gerir seus próprios negócios. É exigido que se administre os recursos de terceiros como se seus fossem, com a mesma agilidade, competência e atenção.

4.3 Responsabilização do Conselho de Administração das Empresas Estatais

O TCU procura verificar, no exercício da jurisdição de contas, o cumprimento desses standards, de forma que ele pode aplicar suas sanções e imputar o dever de ressarcir, caso os administradores violem o dever de cuidado e diligência e causem prejuízo ao erário.

No caso da Refinaria de Pasadena, o TCU responsabilizou membros do Conselho de Administração da Petrobras pela prática de vários atos que implicaram violação ao “dever de diligência” para com a Companhia, na realização do negócio.

4.3 Responsabilização do Conselho de Administração das Empresas Estatais

É relevante enfatizar o Conselho de Administração da Petrobrás à época dos fatos era composto por titulares de altos cargos políticos, dentre eles os Ministros da Fazenda e o das Minas e Energia, que, posteriormente, veio a se eleger para o cargo de Presidente da República.

Há também outros processos em que estão sendo avaliadas operações de aquisição de participação societária em empresas privadas pelo BNDESPAR, com vistas à eventual responsabilização de seus administradores. Tais processos sinalizam a atuação mais ampla do Tribunal na análise dos atos gerenciais dos administradores das empresas estatais.

5. A emissão de parecer prévio sobre as contas do presidente da república

5.1 Contas de Gestão x Contas de Governo

Há um tratamento diferenciado conferido pela Constituição brasileira entre contas de governo e contas de gestão.

O critério constitucional para fixação da competência no controle dos atos de contas de governo e contas de gestão reside na natureza do ato e no conteúdo em si das contas em exame e não propriamente no cargo detido pelo ordenador de despesas

5.1 Contas de Gestão x Contas de Governo

As contas de governo objetivam demonstrar o cumprimento do orçamento e dos planos da administração, referindo-se, portanto, à atuação do chefe do Poder Executivo como agente político.

A Constituição Federal reserva ao Poder Legislativo a competência para julgá-las em definitivo, mediante parecer prévio do tribunal conforme determina o artigo 71, inciso I,

5.1 Contas de Gestão x Contas de Governo

As contas de gestão possibilitam o exame não dos gastos globais, mas de cada ato administrativo que componha a gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do ente público quanto a legalidade, legitimidade e economicidade.

A competência para julgá-las em definitivo é do tribunal de contas, portanto sem participação do Legislativo, conforme determina o artigo 71, inciso II, da Constituição Federal, assinalou.

5.2 Contas de Gestão x Contas de Governo

Em relação ao juizamento de prefeitos que tenham atuado como ordenadores de despesas, destaco os seguintes entendimentos do TSE:

a) “Os Tribunais de Contas só têm competência para julgar as contas de Prefeito quando se tratar de fiscalizar a aplicação de recursos transferidos mediante convênios com a União ou com os Estados (art. 71, VI, da Constituição Federal), ou de recursos provenientes de fundos, cuja origem também seja federal ou estadual.”

(Recurso Ordinário – 436006/2012, Relator para o Acórdão Ministro

Arnaldo Versiani)

5.1 Contas de Gestão x Contas de Governo

“Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

(...)

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;”

5.1 Contas de Gestão x Contas de Governo

b) a omissão do Parlamento em relação ao mérito das contas de Prefeito não faz prevalecer o parecer prévio, ainda que a Lei Orgânica determine em sentido diverso (Respe nº 199-67/SE, Relatora Ministra Luciana Lóssio).

No julgamento do RE 729744/2016, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, o Plenário do STF decidiu que, em caso de omissão da Câmara Municipal, o parecer emitido pelo Tribunal de Contas não gera a inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei Complementar 64/1990.

5.1 Contas de Gestão x Contas de Governo

c) Por maioria de votos, o Plenário do STF decidiu, no RE 848.826/2016, que é exclusivamente da Câmara Municipal a competência para julgar as contas de governo e as contas de gestão dos prefeitos, cabendo ao Tribunal de Contas auxiliar o Poder Legislativo municipal, emitindo parecer prévio e opinativo, que somente poderá ser derrubado por decisão de 2/3 dos vereadores.



6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

O art. 14, § 9º, da Constituição Federal determina que:

“Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.”

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

Em atendimento a esse dispositivo constitucional, foi editada a Lei Complementar nº 64/1990, posteriormente alterada pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa).

A referida Lei Complementar, em seu art. 1º, previu a inelegibilidade de gestores que tiverem contas julgadas irregulares:

“Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

(...)”

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

“g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecurável do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;”

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

Com o fito de dar concretude a esse dispositivo legal, os tribunais de contas elaboram a chamada *“lista dos inelegíveis”*, que na verdade é a relação daquelas pessoas que tiveram suas contas julgadas irregulares.

Nesse mesmo sentido, o art. 11 da Lei nº 9.504/1997, que estabelece as normas para as eleições, dispôs que:

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

“Art. 11. Os partidos e coligações solicitarão à Justiça Eleitoral o registro de seus candidatos até as dezenove horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições.

(...)

§ 5º Até a data a que se refere este artigo, os Tribunais e Conselhos de Contas deverão tornar disponíveis à Justiça Eleitoral relação dos que tiveram suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível do órgão competente, ressalvados os casos em que a questão estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, ou que haja sentença judicial favorável ao interessado.”

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

Por seu turno, a Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/1992) estabeleceu que:

“Art. 91 . Para a finalidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea g e no art. 3º, ambos da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, o Tribunal enviará ao Ministério Público Eleitoral, em tempo hábil, o nome dos responsáveis cujas contas houverem sido julgadas irregulares nos cinco anos imediatamente anteriores à realização de cada eleição.”

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

Cabe frisar que nessa lista poderão constar pessoas que não atuaram como ordenadores de despesas. Até mesmo particulares que participaram das irregularidades ou delas se beneficiaram poderão ter seus nomes incluídos nessa relação.

O período abrangido pela lista sob comento é de 8 anos, contados a partir da data do trânsito em julgado do processo de contas até a data da eleição.

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

Observações:

- a) a lista se refere a condenações em processos de contas. Assim, aqueles a quem foram aplicadas sanções em outros tipos de processo (representação ou auditoria, por exemplo) não terão seus nomes relacionados;
- b) é possível atualizar a lista após seu envio para a Justiça Eleitoral, por meio da inclusão ou exclusão de algum nome, desde que o responsável em questão passe a se enquadrar ou deixe de atender aos critérios legais;
- c) o pagamento do débito imputado ou da multa aplicada não enseja a exclusão do responsável da lista, uma que o julgamento pela irregularidade das contas permanece;

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

Entendimentos do Tribunal Superior Eleitoral:

- a) não compete à Justiça Eleitoral analisar o acerto ou não da decisão que julgou irregulares as contas do responsável (Respe nº 259-86/SP – Relatora Ministra Luciana Lóssio);
- b) não cabe à Justiça Eleitoral analisar o nível de responsabilidade do administrador, mas sim ao órgão julgador das contas. À Justiça Eleitoral compete aferir apenas a incidência da inelegibilidade. (Respe nº 115-43/SP – Relator Ministro Dias Toffoli).

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

De acordo com a nova redação da alínea “g” do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990, anteriormente transcrita, são requisitos para a configuração da inelegibilidade:

- a) Rejeição de contas;
- b) Irregularidade insanável;
- c) Ato doloso de improbidade administrativa;
- d) Irrecorribilidade da decisão no âmbito dos Tribunais de Contas;
- e) Ausência de provimento jurisdicional que suspenda ou anule os efeitos da decisão da Corte de Contas.

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

Esses requisitos levantam alguns questionamentos, que analisarei a seguir.

O primeiro diz respeito à desconstituição do julgado da Corte de Contas pelo Poder Judiciário.

Pela jurisprudência anterior do TSE, caso o gestor ajuizasse ação para desconstituir esse julgado, o efeito da inelegibilidade seria evitado. Nesse sentido a Súmula 1 do TSE dispunha que:

“Proposta a ação para desconstituir a decisão que rejeitou as contas, anteriormente à impugnação, fica suspensa a inelegibilidade.”

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

Esse entendimento foi alterado a partir do julgamento do Recurso Ordinário 912/RR (Relator Ministro Asfor Rocha). Passou a ser exigida, pelo menos, a concessão de liminar ou de tutela antecipada que suspendesse os efeitos da rejeição das contas.

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

O segundo questionamento se refere ao rol de abrangidos pela citada norma, em especial no que concerne à apreciação de contas de governo (apresentadas pelos mandatários de poder) ou de contas de gestão (apresentadas pelos ordenadores de despesas).

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

A Lei da Ficha Limpa acresceu ao texto da alínea "g" do inciso I do art. 1º da LC nº 64/1990 a seguinte expressão: "aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição".

Por meio dessa inclusão buscou-se alcançar os mandatários de poder que praticaram atos de gestão. A responsabilização desses gestores vem ensejando há muito tempo o ajuizamento de diversas ações, como no exemplo citado a seguir.

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

(MS nº 24.991, Relator: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno)

Possibilidade de o Prefeito Municipal ter suas contas julgadas irregulares pelo Tribunal de Contas e vir a ser considerado inelegível por esse motivo

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Ato do Tribunal de Contas da União. 3. Irregularidades nas contas de município. 4. Inelegibilidade de candidato a prefeito. 5. Juízo de competência da Justiça Eleitoral. 6. Ausência de constrangimento. 7. Precedente. 8. Ordem denegada.

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

O terceiro questionamento tem origem na previsão normativa de *“irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa”*.

Ressalto que o conceito de dolo se adéqua perfeitamente ao Direito Penal, que define precisamente as condutas consideradas danosas e, dessa forma, estabelece os atos que são considerados puníveis.

Art. 18 do Código Penal

“Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

Diante desse dispositivo, via de regra, os juízes das varas criminais são obrigados a avaliar a presença do dolo direto ou eventual.

Já o TCU não exige a prática de conduta dolosa como requisito para a responsabilização do gestor público ou de quem tenha causado dano ao erário.

Na Corte de Contas, os julgadores consideram apenável tanto a conduta culposa como a dolosa. Note-se que, na maior parte dos casos, eles não dispõem dos instrumentos necessários para comprovar o dolo.

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

Já no âmbito da Justiça Eleitoral, entendo que o conceito de “ato doloso de improbidade administrativa” engloba tanto o dolo direto (vontade de produzir o resultado danoso) quanto o indireto (assunção do risco de produzir esse resultado, ainda que o autor da conduta não pretenda que ele ocorra).

Assim sendo, o gestor que não adotar as devidas cautelas no trato com os recursos públicos poderá ser punido com base na Lei da Ficha Limpa, por ter assumido o risco de provocar o resultado danoso.

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

Sobre essa questão, friso que o TSE já decidiu que:

I – a existência de infração à norma legal e de dano ao erário configura irregularidade insanável (Respe nº 115-43/SP – Relator Ministro Dias Toffoli);

II – não se exige o dolo específico (vontade de praticar a conduta prevista na norma e atingir um fim especial), basta o genérico (vontade de praticar a conduta em si) ou o eventual (quando o agente assume o risco de produzir o resultado) – Respe nº 101-82/MS, Relator Ministro Henrique Neves da Silva;

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

III – a não oposição de nota de improbidade administrativa pelo Tribunal de Contas não afeta a inelegibilidade (AgR-Respe nº 105-97/CE – Relatora Ministra Laurita Vaz).

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

A Lei 8.429/1992 apresenta três tipos de atos de improbidade: os que acarretam o enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao Erário e os que atentam contra os Princípios da Administração Pública.

Nesse caso, observa-se que a Lei de Improbidade Administrativa apresenta uma tipificação de condutas puníveis bem mais ampla que aquela utilizada pelo TCU.

Essas diferenças entre as condutas tipificadas e puníveis geram dúvidas nos casos concretos, as quais devem ser dirimidas pela Justiça Eleitoral – órgão competente para esse mister.

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

A quarta questão se refere à competência para declarar a inelegibilidade. Segundo o STF, compete à Justiça Eleitoral decidir sobre a inelegibilidade:

Inclusão em lista para remessa ao órgão da Justiça Eleitoral do nome do administrador público que teve suas contas rejeitadas pelo TCU, além de lhe ser aplicada a pena de multa. Inocorrência de dupla punição, dado que a inclusão do nome do administrador público na lista não configura punição.

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

(continuação)

II. Inelegibilidade não constitui pena. Possibilidade, portanto, de aplicação da lei de inelegibilidade, Lei Compl. nº 64/1990, a fatos ocorridos anteriormente a sua vigência. III. À Justiça Eleitoral compete formular juízo de valor a respeito das irregularidades apontadas pelo Tribunal de Contas, vale dizer, se as irregularidades configuram ou não inelegibilidade. IV. Mandado de segurança indeferido.

(MS 22.087, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno)

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

A quinta questão diz respeito à “decisão irrecurável do órgão competente.”

Em primeiro lugar, saliento que os Tribunais de Contas são competentes para julgar as contas de gestão, cabendo às casas do Poder Legislativo julgar as contas de governo.

Em segundo lugar, cumpre indagar: quando a decisão do Tribunal se torna irrecurável? Dito de outra forma, a possibilidade de ser interposto o Recurso de Revisão impede que a decisão seja julgada irrecurável?

Entendo que não, até porque o entendimento contrário ocasionaria uma redução significativa da eficácia do dispositivo legal em tela.

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

Nesse mesmo sentido, o STF tem considerado que a interposição de Recurso de Revisão, dada sua similitude com a ação rescisória, não obsta a inclusão do responsável com contas irregulares na respectiva lista (MS nº 22.371/PR, Relator Ministro Moreira Alves)

EMENTA: Mandado de segurança. Efeito suspensivo a recurso de revisão interposto perante o Tribunal de Contas da União. Pela disciplina desse recurso de revisão, faz ele as vezes, no plano administrativo, da ação rescisória no terreno jurisdicional, com relação à qual a jurisprudência desta Corte tem entendido inadmissível a outorga cautelar de eficácia suspensiva ao ajuizamento dela, para obstar os efeitos decorrentes da coisa julgada.

6. A inelegibilidade de agentes políticos por contas julgadas irregulares

Na mesma linha, o Min. Carlos Ayres Britto esclareceu que (MS 25.270):

“Com efeito, as hipóteses de cabimento do recurso de revisão são mais estritas, similares às da ação rescisória. Seja em razão do prazo de interposição, seja ante os rigorosos pressupostos de sua admissibilidade, é forçoso concluir pela natureza análoga dos dois mecanismos processuais”.

7. Conclusões

O controle lida com a ampliação da judicialização da política (a sobrecarga do Parlamento faz chegar aos órgãos de controle temas políticos relevantes).

O processo de expansão das atividades da administração pública ativa em geral ocasiona novas áreas de atuação para o controle externo, focado cada vez mais na avaliação das escolhas do gestor.

7. Conclusões

A matriz constitucional de competências de controle, com colorido quase jurisdicional, permite ao TCU a análise da motivação dos atos administrativos e a delimitação das escolhas discricionárias do Estado, que não é passível de realização pelo Poder Judiciário.

7. Conclusões

Histórico recente de casos demonstra a responsabilização perante o TCU de diversos agentes políticos do primeiro escalão do governo brasileiro, tanto por conta de irregularidades financeiras e orçamentárias quanto pela adoção de decisões estratégicas antieconômicas.

Obrigado!