JOTA

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Improbidade no TCU: será que a moda pega?

Recentes decisões do TCU sobre improbidade administrativa trazem surpresa e preocupações

RICARDO ALBERTO KANAYAMA

19/08/2020 07:09

Tribunal de Contas da União (TCU). Crédito: Flickr/Reprodução

Há duas semanas, **esta coluna** descreveu as estratégias do Tribunal de Contas da União (TCU) para contornar possível interpretação do **Tema 899**, do Supremo Tribunal Federal (STF), que considerou prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão do TCU.

Uma delas, refletida nos acórdãos **1.482/2020** e **7.687/2020**, consiste em fazer um juízo de improbidade administrativa – verificar se houve dolo do agente – a fim de se declarar a imprescritibilidade do ressarcimento, nos termos do **Tema 897**, do STF.

Esta estratégia do TCU traz surpresa e preocupações.

Surpresa porque altera entendimento consolidado no TCU no sentido de que o processo de tomada de contas não se confunde com o processo judicial de improbidade administrativa (acórdão **1.049/2020**) e de que há independência entre as instâncias ainda que o agente tenha sido absolvido em uma delas (acórdão **2.111/2016**).

Já as preocupações decorrem de três motivos. O primeiro se refere à competência, uma vez que nem a Constituição nem a lei autorizam o TCU a fazer juízos de improbidade. É inerente a um Estado de Direito que a pessoa saiba quem julga e pelo que está sendo julgada.

Se o primeiro motivo é de competência legal, o segundo é de competência técnica. Improbidade administrativa não é matéria simples, nem mesmo no âmbito do processo judicial. Embora com quase trinta anos, a Lei 8.429/1992 ainda guarda muitas controvérsias na literatura e nos tribunais. O conceito de dolo genérico, usado como principal fundamento nas duas decisões do TCU para afastar a prescritibilidade, carece de contornos precisos e recebe críticas.

Especificamente sobre deixar de prestar contas, prevista como conduta ímproba que viola princípios (art. 11, VI, Lei 8.429/1992) e usada no acórdão 1.482/2020 para afirmar que havia dolo, há no Superior Tribunal de Justiça (STJ) decisões com diferentes fundamentos tanto para condenar o agente quanto para absolvê-lo (comparar **EDcl no REsp 852.671/BA** e **AREsp 282.630/PI**, por exemplo), o que atesta a dificuldade no tema.

Finalmente, o terceiro motivo de preocupação refere-se ao contraditório e à ampla defesa.

Ao contraditório, pois se no Judiciário a citação ficta é exceção, no TCU ela é plenamente admissível, já que se presume a confirmação do recebimento da comunicação enviada ao endereço do interessado que consta no sistema do Tribunal de Contas, ainda que ele tenha alterado seu domicílio. É, aliás, o que ocorreu no acórdão 1.482/2020, no qual se decretou a revelia do agente.

À ampla defesa, pois, quanto ao ônus probatório, enquanto na ação de improbidade prevalece o princípio da presunção da inocência, recaindo o ônus sobre o acusador, no TCU prevalece o oposto: é responsabilidade do agente público comprovar o correto uso dos recursos públicos, como o acórdão 7.687/2020 deixou claro.

Também há prejuízo à defesa no tocante à produção de provas, pois no Judiciário ela é mais robusta se comparada ao TCU, que não permite prova testemunhal ou pericial.

Tudo isso aponta que a estratégia usada pelo TCU para afastar a prescritibilidade do ressarcimento ao erário a partir de um juízo de improbidade é preocupante. Que a moda seja passageira.

RICARDO ALBERTO KANAYAMA – Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP. Bacharel em Direito pela UFPR. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp.