

Aviso Conjunto nº 18 /2016/CGU-PR/AGU

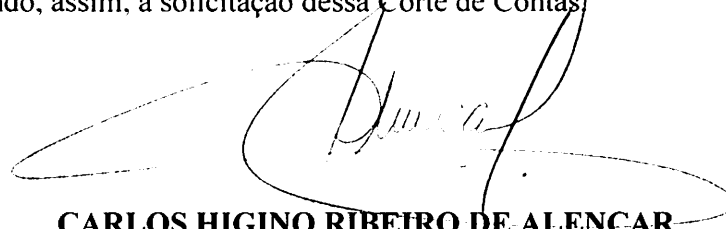
Em 14 de janeiro de 2016.

A Sua Excelência o Senhor
MINISTRO WALTON ALENCAR RODRIGUES
Tribunal de Contas da União
Brasília, DF

Assunto: Ofícios 781/2015-TCU/SecexAdministração e 782/2015-TCU/SecexAdministração

Senhor Ministro Relator,

Ao cumprimentá-lo cordialmente, referimo-nos aos Ofícios em epígrafe, que trouxeram cópias do despacho proferido por Vossa Excelência no processo TC 035.788/2015-1 e da representação com pedido de cautelar do Ministério Público de Contas, para encaminhar-lhe nossa manifestação substanciada nas Informações nº 00002/2016/ASJUR-CGU/CGU/AGU, da Assessoria Jurídica junto à Controladoria-Geral da União, por nós acolhidas, atendendo, assim, à solicitação dessa Corte de Contas



CARLOS HIGINIO RIBEIRO DE ALENCAR
Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, Interino



FERNANDO LUIZ ALBUQUERQUE FARIA
Advogado-Geral da União, Substituto





**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
ASSESSORIA JURÍDICA JUNTO À CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
COORDENAÇÃO-GERAL DE PROCESSOS JUDICIAIS E DISCIPLINARES
COORDENAÇÃO-GERAL DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E ANÁLISE
LEGISLATIVA**

INFORMAÇÕES n. 00002/2016/ASJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.100883/2015-51

INTERESSADOS: CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO E ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

ASSUNTOS: REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE CAUTELAR, OFERECIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS JUNTO AO TCU, PROCESSO Nº TC-035.788/2015-1, MINISTRO WALTON ALENCAR RODRIGUES, RELATOR.

EMENTA: REPRESENTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 703/2015 QUE ALTERA A LEI Nº 12.846/2013. ALEGAÇÃO DE OFENSA ÀS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E DE POSSÍVEL INOBSERVÂNCIA DA INSTRUÇÃO NORMATIVA TCU Nº 74/2015. CONSTITUCIONALIDADE DA MEDIDA PROVISÓRIA E SUA PRESUNÇÃO. POSSIBILIDADE DE SE COMPATIBILIZAR A INSTRUÇÃO NORMATIVA COM A MEDIDA PROVISÓRIA. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO.

I – RELATÓRIO

1. A Controladoria-Geral da União - CGU e Advocacia-Geral da União - AGU receberam, em 30 de dezembro de 2015, respectivamente, o Ofício 0782/2015-TCU/SecexAdministração e o Ofício 0781/2015-TCU/SecexAdministração, que trouxeram

cópias do despacho proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues no processo TC 035.788/2015-1 e da representação com pedido de cautelar do Ministério Público de Contas - MPTCU.

2. O despacho supracitado do Ministro Relator **conhece** da representação oferecida pelo MPTCU e acolhe as razões da mesma para que se proceda à oitiva da Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União para que se manifestem *“acerca dos procedimentos que serão adotados em razão das alterações promovidas pela Medida Provisória 703/2015, notadamente sobre a suposição do representante de que não serão observadas pelas autoridades competentes as regras da IN-TCU nº 74/2015”*, o que, segundo o referido despacho, implicaria em *“providências imediatas por parte deste Tribunal”*, no caso de flagrante descumprimento das disposições da Instrução Normativa.

3. A representação do MPTCU se centra na edição da Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, que, segundo ele, gera *“graves afrontas às competências constitucionais de Controle Externo outorgadas pela Constituição Federal ao Tribunal de Contas da União, a par de outras inconstitucionalidades atinentes à defesa e proteção do patrimônio público”*. Aduz que o § 14 do art. 16, incluído na Lei nº 12.846, de 2013, teria a pretensão de limitar a atuação do TCU apenas ao momento posterior à celebração dos acordos de leniência. E acrescenta que os incisos II e III do § 2º do art. 16 e o art. 17-A, também incluídos na Lei, ofendem atribuições conferidas constitucionalmente à Corte de Contas.

4. Ao final da representação o MPTCU requer medida cautelar para determinar à CGU e à AGU que:

“a) observem rigorosamente a IN TCU 74/2015 em todas as suas etapas e requisitos;

b) incluam obrigatoriamente em eventuais acordos de leniência cláusulas por meio das quais as empresas celebrantes declarem tomar ciência de que tais acordos não vinculam de forma alguma o Tribunal de Contas da União e que continuam em curso todos os processos já instaurados, e possíveis todos os eventuais, decorrentes de sua fiscalização, assim como continuam aplicáveis todas as sanções previstas em sua lei orgânica;

c) observem na elaboração de acordos de leniência todos os trabalhos de controle externo já realizados pelo Tribunal de Contas da União, especialmente quanto à identificação de responsáveis e qualificação de dano ao Erário.”

5. É em síntese o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

a) Da inclusão dos Tribunais de Contas no arcabouço jurídico dos acordos de leniência

6. Cabe observar que, antes de a Lei nº 12.846, de 2013, ser promulgada, nem a Constituição Federal, nem a Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, previram instituto jurídico semelhante ao acordo de leniência, não regularam qualquer procedimento a esse respeito e não conferiram competências para sua celebração.

7. Além disso, a Lei nº 12.846, de 2013, antes da edição da Medida Provisória, em momento algum previu a atuação, participação ou qualquer ato pelos Tribunais de Contas estaduais e da União no acordo de leniência por ela previsto.

8. A nova redação trazida pela Medida Provisória nº 703, de 2015, ao definir no § 14 do seu art. 16 o encaminhamento do acordo aos respectivos Tribunais de Contas, veio suprir uma lacuna na legislação pátria e teve como propósito principal assegurar a relevante participação destes no âmbito dos acordos de leniência. Em momento algum, o dispositivo visou limitar ou excluir qualquer competência já existente das Cortes de Contas. Pelo contrário, o objetivo foi justamente assegurar com clareza a participação dos órgãos de contas. A Medida Provisória conferiu maior segurança jurídica para a incidência da Lei nº 12.846, de 2013, como um todo, seja pelo alcance territorial nacional da norma, seja pela previsão clara de atuação dos órgãos do Poder Público em suas diversas competências.

9. Percebe-se da redação da Lei nº 12.846, de 2013:

Art. 16. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma isolada ou em conjunto com o Ministério Público ou com a Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de forma que dessa colaboração resulte:

10. Em nenhum momento da Lei, em sua redação original, havia referência sobre a participação do TCU no acordo de leniência.

11. Com a edição da Medida Provisória nº 703, de 2015, surge um § 14 neste art. 16 que muda isso:

Art. 16. (...).

.....

§ 14. O acordo de leniência depois de assinado será encaminhado ao respectivo Tribunal de Contas, que poderá, nos termos do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, instaurar procedimento administrativo contra a pessoa jurídica celebrante, para apurar prejuízo ao erário, quando entender que o valor constante do acordo não atende o disposto no § 3º.

12. A partir da nova redação, o Tribunal de Contas da União passou, então, a ter protagonismo expresso em lei para apreciar os acordos de leniência nos termos das suas atribuições Constitucionais.

13. É importante fazer constar que a própria Instrução Normativa TCU nº 74, de 11 de fevereiro de 2015, previu a possibilidade de o acordo de leniência ser encaminhado pela CGU após sua celebração, nos termos do § 3º do seu artigo 1º. Não havendo, portanto, de se falar de incompatibilidade da norma provisória com a IN. Isso porque, a critério do Ministro Relator, a fiscalização das etapas de eventual acordo de leniência poderá ser realizada de forma unificada após sua celebração. Compila-se abaixo o teor do mencionado dispositivo da IN:

“Art. 1º A fiscalização dos processos de celebração de acordos de leniência inseridos na competência do Tribunal de Contas da União, inclusive suas alterações, será realizada com a análise de documentos e informações, por meio do acompanhamento das seguintes etapas:

I – manifestação da pessoa jurídica interessada em cooperar para a apuração de atos ilícitos praticados no âmbito da administração pública;

II – as condições e os termos negociados entre a administração pública e a pessoa jurídica envolvida, acompanhados por todos os documentos que subsidiaram a aquiescência pela administração pública, com inclusão, se for o caso, dos processos administrativos específicos de apuração do débito;

III – os acordos de leniência efetivamente celebrados, nos termos do art. 16 da Lei nº 12.846/2013;

IV – relatórios de acompanhamento do cumprimento dos termos e condições do acordo de leniência;

V – relatório conclusivo contendo avaliação dos resultados

4

obtidos com a celebração do acordo de leniência.

.....
§ 3º A critério do respectivo Relator, o pronunciamento sobre quaisquer das etapas previstas nos incisos I a V poderá ser realizada de maneira conjunta.” (grifô nosso)

14. A leitura da Instrução Normativa permite verificar que já havia previsão, no âmbito do próprio Tribunal de Contas da União, de que o Relator encarregado do processo de acompanhamento de acordo de leniência poderia se pronunciar após a assinatura do acordo.

15. Ora, assim sendo, a nova redação conferida pela Medida Provisória não inovou, não restringiu ou excluiu a atuação do TCU, muito menos as suas competências constitucionais, apenas consolidou procedimento já previsto em sua própria IN e o estendeu às demais Cortes de Contas Estaduais e Municipais.

16. Por estas razões iniciais, já se demonstra insubsistente a representação do MPTCU ao se insurgir contra dispositivo legal quando já há previsão para o encaminhamento do acordo de leniência após sua celebração, em norma própria do TCU.

b) Da constitucionalidade da Medida Provisória nº 703, de 2015

17. A representação assevera que a nova redação conferida à Lei nº 12.846, de 2013, pela MP nº 703, de 2015, promove “*graves afrontas às competências constitucionais de Controle Externo outorgadas pela Constituição Federal ao Tribunal de Contas da União, a par de outras inconstitucionalidades atinentes à defesa e proteção do patrimônio público*”.

18. Não obstante o despacho do Ministro Relator já ter declarado a impossibilidade de o controle externo realizar o controle prévio *in abstracto* de constitucionalidade de ato normativo federal, o que se registra como sendo uma decisão em escoreta sintonia com os mais atuais entendimentos do Supremo Tribunal Federal, cabe-nos, com a devida vênia, rechaçar a representação neste sentido.

19. No regime democrático, vivemos sob o império da lei e nela não há palavras inúteis. Assim, se a lei atribui competência administrativa a um órgão, cabe a ele exercer essa atribuição até que seja revogada pelo próprio legislador ou invalidada a norma legal junto à Corte Constitucional.

20. Na hipótese em análise, embora o procurador signatário da representação cautelar não se conforme com a previsão legal do encaminhamento ao TCU dos acordos de leniência após a assinatura dos mesmos, mesmo estando, no nosso entender, em consonância com as competências constitucionais do TCU e seja compatível com disposições da IN, o fato é que tal procedimento foi criado por meio de uma medida provisória que tem força de

lei e que foi editada seguindo as regras constitucionais, tendo, portanto, legitimidade e força cogente.

21. Como se sabe, vige no direito constitucional brasileiro o princípio elementar a qualquer sistema constitucional de que as leis (e as medidas provisórias, que possuem status de lei ordinária) gozam de presunção constitucionalidade.

22. Tal princípio prestigia a independência e harmonia dos Poderes, pois confere maior efetividade aos atos normativos produzidos pelos Poderes Executivo e Legislativo.

23. Nesse sentido, transcrevemos abaixo excerto de ementa de julgado do STF:

EMENTA: INQUÉRITO. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. PARLAMENTAR FEDERAL. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO FEDERAL COMPETENTE, PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO EM RELAÇÃO AOS CO-RÉUS. 1. O art. 9º da Lei nº 10.684/03 goza de presunção de constitucionalidade, não obstante esteja em tramitação nesta Corte ação direta de inconstitucionalidade, sem pedido de liminar, visando a retirar a sua eficácia normativa. Precedentes (...) (Inq 1864, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 02/04/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00032 EMENT VOL-02283-02 PP-00233)

24. E cabe observar que, segundo Luís Roberto Barroso:

“o princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, notadamente das leis, é uma decorrência do princípio geral da separação dos Poderes e funciona como fator de autolimitação da atividade do Judiciário, que, em reverência à atuação dos demais Poderes, somente deve invalidar-lhes os atos diante de casos de inconstitucionalidade flagrante e incontestável” (Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 193).

25. O princípio da presunção de constitucionalidade não só das leis, mas de todos os atos normativos, é essencial para o bom funcionamento do sistema normativo como um todo. Não fosse assim se instalaria a total desordem, com todo tipo de agente público ou

privado se negando a cumprir leis ao seu talante, sob o argumento de que a considera inconstitucional, *perigosa, imoral* ou qualquer outro argumento.

26. Ora bem, no nosso sistema constitucional somente o Judiciário poderá se negar a cumprir ou autorizar que se descumpra uma norma editada legitimamente e, mesmo assim, somente se ela for inconstitucional ou, sendo hierarquicamente inferior a uma lei, for ilegal. O Judiciário faz isso incidentalmente nos casos concretos ou em abstrato nas ações de inconstitucionalidade (neste caso, somente pelo Supremo Tribunal Federal).

27. O princípio da presunção de constitucionalidade das normas decorre da separação de poderes e da presunção *iuris tantum* de que os atos do Legislativo (leis) e do Executivo (decretos etc) são presumidamente constitucionais.

28. Mesmo o Judiciário, ao ser chamado a avaliar um ato normativo emanado dos outros Poderes, não deverá declará-lo inconstitucional quando:

1. A inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, ou seja, quando existir tese jurídica razoável para a preservação da norma.
2. Quando for possível decidir a questão por outro fundamento.
3. Quando existir interpretação alternativa possível que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição (interpretação conforme à Constituição, isto é, que exclua alguns sentidos do texto, mas mantenha outros e, logo, mantenha o texto como válido).

29. Portanto, até mesmo o Judiciário tem de respeitar a presunção de que a lei, criada segundo as regras democráticas estabelecidas pelo Constituinte, deve ser respeitada.

c) Das determinações pleiteadas pelo MPTCU

30. Assim, em relação aos pedidos contidos na peça de representação do MPTCU, cabem as seguintes considerações.

31. Quanto à solicitação da alínea (a), para que a CGU e a AGU “observem rigorosamente a IN TCU 74/2015 em todas as suas etapas e requisitos”, entendemos que os agentes públicos que venham a negociar ou assinar acordos de leniência terão que buscar conciliação das disposições da Instrução Normativa do TCU nº 74, de 11 de fevereiro de 2014, com as determinações previstas na Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015, e na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, incluindo a previsão já existente no § 6º do art. 16, de se manter sob sigilo a proposta de acordo até sua efetivação.

32. Quanto à solicitação da alínea (b), que sugere que os acordos celebrados no âmbito do Poder Executivo Federal contenham cláusulas cientificando as empresas sobre a preservação das competências do TCU, a Controladoria-Geral da União já estava incluindo dispositivo com esse conteúdo nas minutas dos acordos que vêm sendo negociados, ficando

prejudicado o requerimento.

33. No que diz respeito à solicitação da alínea (c), para que CGU e AGU observem “os trabalhos de controle externo já realizados pelo Tribunal de Contas da União, especialmente quanto à identificação de responsáveis e qualificação de dano ao Erário”, informamos que as tratativas desenvolvidas para a celebração de acordos de leniência já têm levado em consideração as decisões do TCU nesse sentido.

34. O fato da Controladoria-Geral da União já incluir nos acordos os julgados do Tribunal de Contas da União e cláusulas que reafirmam a competência da Corte de Contas, afasta a necessidade de determinação pelo TCU, do que foi requerido pelo MPTCU nos itens (b) e (c).

35. Em atenção à relação republicana que existe entre a Advocacia-Geral da União, a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União, pode-se reafirmar o compromisso de continuar com as iniciativas já existentes de inclusão nos acordos de dispositivos nos sentidos acima apresentados.

36. Desta forma, não de ser julgadas improcedente as determinações requeridas pelo MPTCU em sua representação.

III - CONCLUSÃO

37. Pelo exposto, conclui-se que:

1. A representação do Ministério Público de Contas junto ao Tribunal de Contas da União deve ser rejeitada *in limine*;

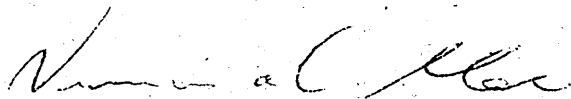
2. Não havia referências na Lei nº 12.846, de 2013, à atuação do Tribunal de Contas nos acordos de leniência, de modo que a nova redação dada pela Medida Provisória nº 703, de 2015, buscou justamente trazer para a Lei a atuação constitucional da Corte de Contas;

3. A Medida Provisória tem força de lei e não viola as competências constitucionais do Tribunal de Contas da União, havendo, inclusive, presunção de sua constitucionalidade;

4. É possível a compatibilização das disposições da Instrução Normativa TCU nº 74, de 2015, com as determinações da Medida Provisória nº 703, de 2014, e da Lei nº 12.846, de 2013, sem que, com isso, se esteja excluindo, reduzindo ou comprometendo as competências constitucionais do Tribunal de Contas da União.

38. Encaminhe-se a presente informação aos Senhores Ministros de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União e da Advocacia-Geral da União para que, caso as acolham, lhes sirvam como suas manifestações perante o Tribunal de Contas da União na Representação oferecida pelo Ministério Público junto ao TCU.

Brasília, 14 de janeiro de 2016.

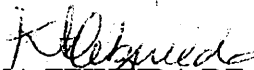


VINICIUS DE CARVALHO MADEIRA

PROCURADOR FEDERAL

COORDENADOR-GERAL DE PROCESSOS JUDICIAIS E DISCIPLINARES

ASJUR/CGU-PR



KARINA TEIXEIRA DE AZEVEDO

PROCURADORA FEDERAL

COORDENADORA-GERAL DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS E ANÁLISE

LEGISLATIVA - SUBSTITUTA

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190100883201551 e da chave de acesso b0a110c3



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
ASSESSORIA JURIDICA JUNTO A CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO
GABINETE

DESPACHO n. 00013/2016/ASJUR-CGU/CGU/AGU

NUP: 00190.100883/2015-51.

INTERESSADOS: CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO

ASSUNTOS: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO

De acordo.

Aprovo as Informações nº 00002/2016/ASJUR-CGU/CGU/AGU.

Sejam as presentes Informações encaminhadas ao Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União, para que, caso as acolha, sirva-lhe para encaminhamento, em conjunto com o Advogado-Geral da União, como as informações a serem prestadas por ambos ao Tribunal de Contas da União no processo TC035.788/2015-1.

Brasília, 14 de janeiro de 2016.

HENRIQUE DE SOUSA LIMA
CHEFE DA ASSESSORIA JURÍDICA

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00190100883201551 e da chave de acesso b0a110c3