

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - CEUB
DOUTORADO EM DIREITO

ODILON CAVALLARI DE OLIVEIRA

**DIREITO DO CONTROLE EXTERNO SANCIONADOR:
PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS,
CONSIDERADA A SUA AUTONOMIA CONSTITUCIONAL**

Brasília – DF

2023

ODILON CAVALLARI DE OLIVEIRA

**DIREITO DO CONTROLE EXTERNO SANCIONADOR:
PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS,
CONSIDERADA A SUA AUTONOMIA CONSTITUCIONAL**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário da Brasília – CEUB - como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto

Coorientador: Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan.

Brasília – DF

2023

ODILON CAVALLARI DE OLIVEIRA

**DIREITO DO CONTROLE EXTERNO SANCIONADOR:
PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS,
CONSIDERADA A SUA AUTONOMIA CONSTITUCIONAL**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do Centro Universitário da Brasília – CEUB - como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto
(Orientador)

Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan
(Coorientador)

Prof. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona
(Membro Interno)

Prof. Dr. José Roberto Pimenta Oliveira
(Membro Externo – PUC/SP)

Prof. Dr. José Maurício Conti
(Membro Externo – USP)

Aos meus amores, Tatiane, Lya, Sophya e
Davi.

AGRADECIMENTOS

A Deus, por ter me concedido a graça de viver esse momento.

À minha esposa, Tatiane, e aos nossos filhos Lya, Sophya e Davi, pelo apoio, incentivo e compreensão permanentes.

Aos meus pais, Odilon e Lenira, por terem me dado condições de estudar e me preparar para vida adulta.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Carlos Ayres Britto, pela sempre gentil atenção e precisa orientação.

Ao meu coorientador, Prof. Dr. Sandro Lúcio Dezan, pela consideração que lhe é característica e coorientação segura.

Aos professores do doutorado com quem tive a honra de cursar as disciplinas regulares, Prof. Dr. Paulo Afonso Cavichioli Carmona, Prof. Dr. Héctor Valverde Santana, Prof. Dr. Inocência Mártires Coelho, Prof. Dr. Marcelo Dias Varella, Prof. Dr. Luís Roberto Barroso.

À Marley e demais colegas da Secretaria do Doutorado do CEUB, sempre muito atenciosos e prestativos.

Ao Ministro Raimundo Carreiro e ao Ministro Antonio Anastasia, com quem tive e tenho a honra de trabalhar no Tribunal de Contas da União, cujo apoio foi essencial nesse meu percurso de doutoramento.

Aos colegas de Gabinete no TCU, na pessoa do seu chefe, Auditor Federal de Controle Externo, Dr. Cláudio Souto Maior Gomes, pelo apoio e aprendizado constante.

Aos meus amigos que acompanharam de perto essa jornada e me incentivaram.

Aos meus alunos, com quem aprendo permanentemente.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a responsabilização de agentes públicos e privados pelos Tribunais de Contas, no tocante aos seus pressupostos, considerada a sua autonomia constitucional, e por consequência, o seu sistema de responsabilização, que requer regras e princípios adequados e coerentes com as suas especificidades. A identificação do regime jurídico que deve regular a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas tem sido um desafio em virtude de dois fatores: primeiro, a ausência de uma legislação específica sobre o tema; segundo, o fato de as decisões dos Tribunais de Contas que imputam responsabilidade serem de natureza genuinamente administrativo-financeira, quando emitem juízos de valor sobre as contas do agente público, mas serem assemelhadas ao direito civil, no caso de condenação à reparação de dano, e ao direito penal, quando aplicam sanções. A situação-problema ou problemática da pesquisa é: considerada a autonomia constitucional dos Tribunais de Contas, quais os pressupostos do sistema de responsabilização que aplicam, dada a sua multiplicidade de atuação repressiva, que ocorre por meio de decisões que condenam à reparação de dano, aplicam sanções e exercem juízo valorativo sobre as contas dos agentes públicos, seja ao julgá-las, seja ao emitir parecer prévio, assemelhando a atuação das Cortes de Contas, a depender de cada caso, ao direito civil, ao direito penal e/ou ao direito administrativo-financeiro, e com possíveis implicações nos direitos políticos? A hipótese e tese central é no sentido de que, diante da lacuna legislativa, os pressupostos do sistema de responsabilização aplicado pelos Tribunais de Contas, dada a sua autonomia constitucional, são, em nível constitucional, predominantemente os princípios do direito público sancionador e, em nível infraconstitucional, são, com matizes, predominantemente os institutos da parte geral do direito penal, mas sem prejuízo de outras fontes subsidiárias naquilo que não contrariar os princípios específicos informadores da responsabilidade administrativo-financeira. Desse modo, com base em pesquisa documental da legislação, doutrina e jurisprudência, segundo a vertente jurídico-dogmática, do tipo jurídico-interpretativo e exploratório, a conclusão da pesquisa, alcançada a partir do método dedutivo, é pela confirmação da hipótese.

Palavras-chave: Controle Externo. Tribunais de Contas. Responsabilização. Pressupostos. Direito administrativo sancionador.

ABSTRACT

The present thesis has the goal to analyze the hold of the private actors and officeholders accountable to the Accounting Courts, in regards to the Courts requirements, considering it's constitutional autonomy and, consequentially, suitable and coherent principles with it's particularities. The identification of the legal regime that should regulate the hold of accountability to Accounting Courts has been a challenge due to two factors: first, the absence of a specific legislation on the matter; second, the fact that the decisions of the Accounting Courts that hold accountability are, usually, of administrative-financial nature when a value judgment on the officeholder's accounts is made, but similar to the civil law when in a decision to repair the damage, and to the criminal law when sanctions are applied. The problem statement of the thesis is: considering the constitutional autonomy of the Accounting Courts, which requirements of the accountability systems applied, given its multiplicity of repressive acts, which happens by the decisions to repair the damage, apply sanctions and that make a value judgement of the officeholder's accounts, when judging or giving a report, relating the operation of the Federal Accounting Court, relying on the which case, to the civil law, criminal law and/or to the administrative-financial law, and with political rights consequences? The hypothesis and main thesis is that, given the legal gap, the requirements of the accountability system applied by the Accounting Courts, given its constitutional autonomy are, in a constitutional level, predominantly, the principles of the public sanctioning law and, on nonconstitutional level are, with nuances, predominantly, the institutes of the general part of criminal law, and of other subsidiaries sources in does not contradict with specifics informing principles of the administrative-financial accountability. Therefore, based on documental legislation research, opinion of jurists and precedents, according to the legal-dogmatic stance, of the legal-interpretative and exploratory type, the research, from the deductive method, concludes for the confirmation of the hypothesis.

Keywords: External Control. Courts of Accounts. Accountability. Requirements. Sanctioning administrative law.

SUMÁRIO

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 10

CAPÍTULO 1: A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO DIREITO BRASILEIRO E DO SEU SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO 23

1.1. Evolução dos Tribunais de Contas nas Constituições brasileiras: a progressiva ampliação das competências repressivas	23
1.2. Natureza jurídica dos Tribunais de Contas	31
1.3. Natureza jurídica das atribuições dos Tribunais de Contas: O controle como função autônoma em face da clássica tripartição das funções do Poder	37
1.4. Competências autônomas dos Tribunais de Contas	53
1.4.1. O estatuto jurídico constitucional dos Tribunais de Contas	54
1.4.2. Princípio da simetria	61
1.4.3. Múltiplas competências dos Tribunais de Contas	63
1.4.4. Desafios a serem superados pelos Tribunais de Contas	81
1.5. Tribunais de Contas no direito comparado	84
1.6. Autonomia do sistema de responsabilização dos Tribunais de Contas	87
1.6.1. A responsabilidade nos diversos ramos do Direito e sua relação com os Tribunais de Contas	87
1.6.1.1. Responsabilidade administrativa disciplinar	87
1.6.1.2. Responsabilidade decorrente de ato de improbidade administrativa	90
1.6.1.3. Responsabilidade civil	93
1.6.1.4. Responsabilidade penal	95
1.6.2. A autonomia do sistema de responsabilização dos Tribunais de Contas	96
1.7. Autonomia não significa última palavra: a revisão judicial das decisões dos Tribunais de Contas	97
1.8. Direito constitucional do controle externo sancionador	121

CAPÍTULO 2: REGIME JURÍDICO DO DIREITO DO CONTROLE EXTERNO SANCIONADOR 130

2.1. Critérios para a identificação do regime jurídico do direito do controle externo sancionador	130
2.2. Regramento jurídico do direito do controle externo sancionador	166
2.2.1. Por incidência direta, tanto em relação ao direito material quanto ao processual	166

2.2.1.1. Princípios constitucionais do direito público sancionador	167
2.2.1.2. Princípios constitucionais do direito do controle externo sancionador	208
2.2.1.3. Princípios infraconstitucionais do direito do controle externo sancionador	210
2.2.2. Por aplicação subsidiária, relativamente ao direito material	212
2.2.2.1. Princípios infraconstitucionais do direito administrativo sancionador	212
2.2.2.2. Princípios e regras infraconstitucionais do direito penal	213
2.2.2.3. Princípios e regras infraconstitucionais do direito civil	213
2.2.3. Por aplicação subsidiária, relativamente ao direito processual	216
2.2.3.1. Princípios infraconstitucionais do processo administrativo sancionador	216
2.2.3.2. Princípios e regras infraconstitucionais do processo civil	217
2.2.3.3. Princípios e regras infraconstitucionais do processo penal	217
2.5. Sujeitos passivos da responsabilização pelos Tribunais de Contas	217
2.5.1. Agentes públicos	218
2.5.2. Membros da Federação brasileira	219
2.5.3. Agentes privados	221
2.5.4. Sócios ou administradores de empresas privadas	232

CAPÍTULO 3: A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E SUA APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS, CONSIDERADAS SUAS PECULIARIDADES **233**

3.1. A responsabilidade subjetiva e seus elementos como pressupostos para a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas	233
3.2. Fato ilícito	234
3.2.1. Fato ilícito pela prática de decisão pautada em regras	234
3.2.2. Fato ilícito pela prática de decisão pautada em princípios ou juízos consequencialistas	235
3.2.3. Fato inconstitucional, embora pautado em norma legal	255
3.3. Culpa <i>lato sensu</i> e sua demonstração pelos Tribunais de Contas	276
3.3.1. Conduta dolosa	279
3.3.2. Culpa <i>stricto sensu</i>	283
3.3.3. Aplicação do art. 22 da LINDB pelos Tribunais de Contas	295
3.3.4. Erro grosseiro	300
3.3.5. Culpa <i>in eligendo</i> , culpa <i>in vigilando</i> e delegação de competência	315
3.4. Critérios para a avaliação do nexo de causalidade pelos Tribunais de Contas	317
3.5. Incidência das excludentes de ilicitude na responsabilização pelos Tribunais de Contas	320
3.6. Culpabilidade e suas excludentes na responsabilização pelos Tribunais de Contas	322
3.6.1. Excludentes de culpabilidade	322

3.6.2. Extensão das excludentes de culpabilidade na responsabilização pelos Tribunais de Contas	327
3.6.3. Novas leituras da culpabilidade no direito administrativo sancionador e sua aplicação aos Tribunais de Contas	329
3.7. Causas de extinção de punibilidade	333
3.7.1. Morte	334
3.7.2. Prescrição nos Tribunais de Contas	335
CONCLUSÃO	348
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	354

INTRODUÇÃO

O tema desta pesquisa é a responsabilização de agentes públicos e privados pelos Tribunais de Contas, no tocante aos seus pressupostos materiais, considerada a autonomia constitucional das Cortes de Contas e, por consequência, o seu sistema de responsabilização, que requer regras e princípios adequados e coerentes com as suas especificidades.

A responsabilização de agentes públicos e privados pelos Tribunais de Contas ocorre por meio de três categorias de decisões: primeira, decisões que emitem um juízo depreciativo sobre as contas do agente público; segunda, decisões que condenam à reparação de um dano ao erário; terceira, decisões que impõem uma sanção.

A primeira categoria, relativa às decisões que emitem juízos sobre as contas dos agentes públicos, se concretiza por meio de duas espécies distintas de decisões: primeira, decisão que, nos termos do art. 71, inciso I, da Constituição Federal, aprecia, mediante parecer prévio, as contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo; segunda, decisão que, com fundamento no art. 71, inciso II, da Constituição Federal, julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

A segunda categoria diz respeito às decisões condenatórias à reparação de dano ao erário, que encontram fundamento na parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal e cuja regulamentação é feita pelas respectivas Leis Orgânicas de cada Tribunal de Contas.¹

No tocante à terceira categoria, as decisões condenatórias que impõem uma sanção têm por fundamento o inciso VIII do art. 71 da Constituição Federal.² Sua regulamentação

¹ CF, Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; (grifos não são do original)

² Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

VIII - 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;

está, majoritariamente, nas Leis Orgânicas dos respectivos Tribunais de Contas, sem prejuízo de algumas outras leis que também preveem a aplicação de sanções pelos Tribunais de Contas. As sanções cabíveis, no caso do TCU, são as seguintes:³

- Multa proporcional ao dano causado ao erário, em percentual que pode alcançar até 100% do valor do dano;⁴

- Multa que não pode ultrapassar o valor fixado em lei, com as devidas atualizações pelos índices oficiais, quando não se verificar dano ao erário, mas ocorrer uma das seguintes situações: contas julgadas irregulares; prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico; não atendimento de diligência ou de determinação do Tribunal; obstrução ao livre exercício de inspeções ou auditorias; e sonegação de processo, documento ou informação.⁵

- Multa de 30% dos vencimentos anuais do agente público que cometer alguma das infrações administrativas contra as leis de finanças públicas descritas no art. 5º da Lei nº 10.028/2000.⁶

³ As leis orgânicas de alguns Tribunais de Contas não preveem todas as sanções contidas na lei orgânica do TCU.

⁴ Lei nº 8.443/92, Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.

⁵ Lei nº 8.443/92, Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei;

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário; IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal; V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas; VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal; VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal. § 1º Ficarà sujeito à multa prevista no caput deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado. § 2º O valor estabelecido no caput deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União. § 3º O Regimento Interno disporá sobre a gradação da multa prevista no caput deste artigo, em função da gravidade da infração.

⁶ Lei nº 10.028/2000, Art. 5ª Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas: I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei; II – propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei; III – deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei; IV – deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo. § 1ª A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal. § 2ª A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.

- Declaração de inabilitação do agente público para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, pelo período de cinco a oito anos, sempre que o TCU, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida;⁷ e

- Declaração de inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitações promovidas pela Administração Pública Federal, sempre que o TCU verificar a ocorrência de fraude comprovada à licitação.⁸

As Leis Orgânicas de todos os demais Tribunais de Contas no Brasil também preveem a sanção de multa, mas a sanção de inabilitação do agente público para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da respectiva Administração Pública e a sanção de declaração de inidoneidade do licitante fraudador para participar de licitações promovidas pela respectiva Administração Pública não constam nas Leis Orgânicas de diversos Tribunais de Contas.

Não obstante essa diversidade de decisões, os Tribunais de Contas, contrariamente ao que ocorre, por exemplo, com o direito civil e com o direito penal, não dispõem de uma norma específica que discipline, com razoável densidade, a responsabilização que promovem, o que impõe uma constante construção de entendimentos acerca de qual instituto jurídico aplicar e de qual ramo do direito extraí-lo.

O regime jurídico a incidir sobre a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas é de extrema importância, porquanto, a depender de qual seja, haverá repercussões muito distintas na esfera jurídica daqueles atingidos pelas decisões das Cortes de Contas, especialmente em virtude do tratamento diferenciado que é dado pela legislação civil, de um lado, e penal, de outro, no tocante à responsabilidade por atos ilícitos.

A identificação do regime jurídico que deve regular a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas tem sido um desafio em virtude de dois fatores: primeiro, a ausência de uma legislação específica sobre o tema; segundo, a existência de decisões que ora

⁷ Lei nº 8.443/92, Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

⁸ Lei nº 8.443/92, Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

são de natureza genuinamente administrativo-financeira, mas ora são assemelhadas ao direito civil ou ao direito penal.

Relativamente à ausência de uma legislação específica sobre a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas, a dificuldade decorre da circunstância de a lei orgânica ser o principal, quando não o único, ato normativo legal a regular a sua atuação. Referida lei, no entanto, como o próprio nome diz, é vocacionada a dispor sobre a organização desses tribunais, razão pela qual não dispõe, de modo mais detido, sobre as regras e os princípios a serem observados pelos Tribunais de Contas na sua atividade sancionadora e repressiva.

Os regimentos internos, nesse particular, não contribuem para reduzir a dificuldade, pois na qualidade de normas regulamentadoras não podem ultrapassar os limites fixados pela norma regulamentada, no caso, a lei orgânica de cada Tribunal de Contas. Ademais, os regimentos internos são normas infralegais e nessa condição não são normas hábeis para criar direito novo, especialmente sobre regras e princípios a serem observados para a imputação de responsabilidade àqueles que forem considerados culpados.⁹

A ausência de normas específicas e sistematizadas sobre o direito administrativo sancionador de um modo geral impõe um desafio adicional, mas que em outros países, especialmente da Europa, já vem sendo enfrentado há algum tempo, o que provocou o amadurecimento da questão, tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial e, até mesmo, legislativo. Na Espanha, tão logo o país deixou de ser comandado pelo regime ditatorial de Francisco Franco e promulgou a Constituição de 1978, que instalou um Estado Democrático de Direito, o legislador teve a preocupação de buscar, em tempo relativamente curto, a criação de normas específicas para o direito administrativo sancionador.¹⁰

Surpreendentemente, no Brasil, passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, que reintroduziu no país o Estado de Direito Democrático, a legislação sobre direito administrativo sancionador é quase inexistente. A Lei 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, é uma

⁹ A carência de uma legislação mais densa para os Tribunais de Contas é tanta que tem ensejado o oferecimento de propostas legislativas que buscam inserir nas competências legislativas da União a de editar norma geral, portanto de âmbito nacional, sobre o processo nas referidas Cortes. Nesse sentido, são, respectivamente, as Propostas de Emenda à Constituição n.ºs. 329/2013 (Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597232>>) e 22/2017 (Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129565>>).

¹⁰ Sobre a experiência espanhola, cf: RINCÓN, José Suay. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma. **Revista de Administración Pública**. n. 109. Enero-abril, 1986, p. 185-191. Acerca da mesma questão, mas na Itália, cf: CAGNAZZO, Alessandra. **La sanzione amministrativa: principi generali**. Torino: G. Giappichelli, 2011, p. 3-4.

norma vocacionada para a disciplina processual administrativa. A Lei 9.873/99, por sua vez, trata apenas do prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal. Portanto, nenhuma das duas leis referidas trazem disposições de direito material sobre o direito administrativo sancionador que poderiam subsidiar a busca de soluções para a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas.¹¹

O segundo fator que dificulta a identificação do regime jurídico da responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas é a existência de decisões que ora são de natureza genuinamente administrativo-financeira, mas ora são assemelhadas ao direito civil ou ao direito penal.

Isso porque, da classificação anteriormente apresentada, quanto às três categorias de decisões dos Tribunais de Contas que imputam responsabilidade, depreende-se que as decisões que emitem um juízo depreciativo sobre as contas do agente público são genuinamente de direito administrativo-financeiro, ao passo que as decisões condenatórias à reparação de dano ao erário são mais próximas do direito civil. Por fim, as decisões impositivas de uma sanção decorrem do exercício do *jus puniendi* estatal e podem ser inseridas no âmbito do direito administrativo sancionador, o que as aproximam, em alguma medida e em certos aspectos, do regime jurídico de direito penal.

A classificação e as comparações feitas no parágrafo anterior revelam o entendimento adotado nesta pesquisa de que decisões condenatórias à reparação de dano não são, a rigor, uma sanção, mas sim a exigência de cumprimento de uma obrigação de natureza civil.

Não se desconhece a posição que tem sido manifestada por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal em sentido contrário, por considerarem que decisão condenatória à

¹¹ Não se desconhece a posição do Ministro Luís Roberto Barroso, externada no julgamento do Mandado de Segurança nº 32.201, que conferiu interpretação substancialmente ampliada à Lei nº 9.873/1999. Explica-se. Diz o art. 1º o seguinte: “Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”. E o art. 5º tem a seguinte redação: “Art. 5º O disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária”. No entanto, apesar do teor do texto legal, o Ministro expressou o seguinte entendimento sobre o alcance da citada lei: “Portanto, é mais correto dizer, a rigor, que a Lei nº 9.783/1999 regula a ação punitiva da Administração Pública no exercício do poder administrativo sancionador – e não no exercício do poder de polícia, o qual abarca medidas preventivas de proteção de interesses públicos, mas não a aplicação de sanções” (In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Mandado de Segurança nº 32.201. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de março de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13287495>. Acesso em: 18 out. 2021). Embora esse entendimento comporte relevantes discussões sobre o tema, o assunto não será aprofundado neste trabalho, dada a sua baixa repercussão na hipótese que se pretende demonstrar, tendo em vista que referida lei se limita a tratar apenas de prescrição.

reparação de dano é também uma sanção, a exemplo do que tem sido defendido pelo ministro Ricardo Lewandowski.¹² A posição, no entanto, não é pacífica. O ministro Roberto Barroso expressamente já se manifestou sobre o assunto, em sentido divergente.¹³ E o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que reparação de dano não é sanção.¹⁴

Adota-se, nesta pesquisa, o mesmo entendimento sustentado pelo ministro Roberto Barroso, pelo Superior Tribunal de Justiça e, na doutrina, por Fábio Medina Osório e Sandro Lúcio Dezan, entre outros. Para Osório, embora haja outros ramos do direito que também se valem de penas ou sanções, tais como o direito civil, o processual e o trabalhista, não se pode considerar que façam parte do regime jurídico punitivo unitário do Estado, porquanto o direito sancionador é composto apenas pelo direito administrativo e pelo direito penal, na condição de instrumentos básicos por meio dos quais o Estado promove a garantia da ordem pública e do ordenamento jurídico.¹⁵

Portanto, as especificidades, circunstâncias e desafios acima mencionados formam o contexto no qual está inserido o tema desta pesquisa e despertam a inquietação do pesquisador com este quadro de anomia e de ausência de identificação, não apenas pela legislação, mas também pela jurisprudência e pela doutrina, de um regime jurídico coerente com as atividades dos Tribunais de Contas.

¹² Nesse sentido e especificamente em relação ao TCU, cf: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Mandado de Segurança 35.512. Ementa: AGRADO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO (...). Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 04.06.2019. DJe de 21.06.2019.

¹³ Voto do Ministro Roberto Barroso no seguinte julgado: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 852.475. Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. (...). Rel. Min. Alexandre de Moraes. Redator para o acórdão Min. Edson Fachin. Julgado em 08.08.2018. DJe de 25.03.2019. Disse o Ministro Barroso: “O ressarcimento ao erário é a reposição da situação ao *status quo ante*. Devolver aquilo que alguém se apropriou indevidamente não é sanção. Sanção pode ser multa, sanção pode ser reclusão, sanção pode ser perda de direito, mas devolver o que não deveria ter tomado não considero que seja uma sanção”.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Recurso Especial 1.184.897. Ementa: [...] 4. O ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. Precedentes do STJ. (...). Rel. Min. Herman Benjamin. Julgado em 15.06.2010. DJe de 27.04.2011.

¹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 138. Em sentido semelhante: DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021, p. 3-4.

Diante da diversidade de decisões e respectivas naturezas jurídicas, poder-se-ia cogitar da aplicação dos respectivos regimes jurídicos com os quais referidas decisões mais se parecem. No entanto, a adoção de variadas fontes para a integração das lacunas é providência inviável nesse caso, pois, não raras vezes, em um mesmo processo o Tribunal de Contas julga as contas do agente público irregulares, o condena à reparação do dano ao erário e lhe aplica uma sanção, tudo pelo mesmo fato, como ocorre no caso de uma contratação superfaturada. Como haveria o Tribunal de apurar o fato ilícito se tivesse de aplicar, simultaneamente, regimes jurídicos distintos?

Portanto, é importante que a atividade sancionadora e repressiva dos Tribunais de Contas seja disciplinada por um único regime jurídico, que lhe ofereça balizas coerentes com essas atividades, razão pela qual, diante da lacuna da lei, é de se recorrer à analogia para a integração do direito, o que, neste caso, torna-se desafiador em face das diversas espécies de decisões prolatadas pelos Tribunais de Contas que imputam responsabilidade.

Trata-se de reconhecer que a especificidade da atuação dos Tribunais de Contas requer tratamento igualmente específico no tocante ao seu regime jurídico, de modo a que se preserve a coerência do direito, na linha do que tem sido sustentado por Carlos Ayres Britto no sentido de que seus processos não são processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos, mas, na realidade, processos de contas, pois proferem julgamentos sobre as atividades de outros órgãos, agentes públicos e pessoas, e não sobre as suas próprias atividades, e sua atuação não é originária, mas sim consequente a uma atuação administrativa, e “seu operar institucional não é propriamente um tirar competências da lei para agir, mas ver se quem tirou competências da lei para agir estava autorizado a fazê-lo e em quê medida”.¹⁶

A Lei nº 13.655/2018, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), nos seus artigos 20 e 23, menciona, por cinco vezes, a esfera controladora, ao lado das esferas administrativa e judicial, em clara distinção entre a atuação dos órgãos de controle e da atividade administrativa, inaugurando, assim, no plano normativo a identificação autônoma da “esfera controladora”, apartada, portanto, da esfera administrativa, o que pode ensejar importantes reflexões sobre a função sancionadora em uma e em outra esfera, porquanto, segundo a LINDB, Tribunais de Contas, na sua atividade-fim,

¹⁶ BRITTO, Carlos Ayres. Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de et. al. **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 73.

não exercem função administrativa, mas sim controladora, na mesma linha do que vem defendendo Ayres Britto.

A inquietação do pesquisador em relação ao presente tema é justificada também pela forte e crescente interferência que essas Cortes de Contas têm tido na vida da sociedade, com a prolação de decisões de alto impacto, em especial para os gestores públicos e para as empresas privadas que contratam com o Poder Público, pois é importante que todos, tanto os próprios Tribunais de Contas quanto os seus jurisdicionados, saibam de antemão quais são as regras e princípios a incidirem sobre a responsabilização promovida por essas Cortes.

Para que se tenha uma noção mais concreta das repercussões produzidas pelas decisões dos Tribunais de Contas que imputam responsabilidade, é de se mencionar que, entre os anos de 2016 e 2020, o Tribunal de Contas da União – TCU - proferiu decisões que condenaram agentes públicos das três esferas de governo e entidades privadas à reparação de dano ao erário em somas correspondentes a R\$ 16,553 bilhões, em valores atualizados monetariamente até a data dos respectivos acórdãos condenatórios, e aplicou multas que atingiram o valor de R\$ 3,436 milhões, perfazendo o total de R\$ 23,535 bilhões em condenações pecuniárias no período.¹⁷

Nesse mesmo quinquênio, o TCU impôs a 847 agentes públicos das três esferas de governo a sanção de inabilitação, por um período de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, e declarou 535 empresas privadas inidôneas para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.¹⁸

Também no período de 2016 a 2020, o TCU julgou as contas de 36.497 agentes públicos das três esferas de governo, em processos de prestação e tomadas de contas e tomadas de contas especiais. Destes, 10.461 responsáveis tiveram as suas contas julgadas irregulares, o que representa aproximadamente 28,7% dos responsáveis que tiveram as suas contas selecionadas pelo TCU para julgamento ou recebidas pelo TCU dos órgãos de controle interno e dos órgãos federais repassadores de transferências voluntárias a Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades civis sem fins lucrativos.¹⁹

¹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório anual de atividades do TCU: 2020**, p. 75 Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=ANEXO_SGT:ANEXOS:0::NO:1:P1_COD_ITEM:41. Acesso em: 7 jan. 2022.

¹⁸ Ibidem, p. 35.

¹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório anual de atividades do TCU: 2016**, p. 25-26; Tribunal de Contas da União. **Relatório anual de atividades do TCU: 2017**, p. 43; Tribunal de Contas da União. **Relatório**

Importante observar que o julgamento pela irregularidade das contas pode produzir efeitos na esfera dos direitos políticos, pois pode implicar a inelegibilidade do agente público, nos termos da alínea g do art. 1º da Lei das Inelegibilidades (Lei Complementar 64/1990) com redação dada pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar 135/2010), se tiverem sido rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, salvo se a decisão do Tribunal de Contas houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 anos seguintes, contados a partir da data da decisão.

A partir de 2021, com a edição da Lei Complementar 184/2021 que acrescentou o § 4º-A à Lei Complementar 64/1990, a inelegibilidade prevista na alínea g do inciso I do *caput* do art. 1º não se aplica aos responsáveis que tenham tido suas contas julgadas irregulares sem imputação de débito e sancionados exclusivamente com o pagamento de multa.

Segundo levantamento realizado pelo jornal Folha de São Paulo anterior à alteração promovida pela referida Lei Complementar 184/2021, mas anterior também à alteração realizada pela Lei 14.230/2021 na Lei 8.429/1992, que revogou a modalidade culposa de improbidade administrativa, 42% do total das decisões da Justiça Eleitoral relativas às eleições de 2014 que declararam a inelegibilidade de um candidato tiveram por fundamento a rejeição de contas pelo Tribunal de Contas respectivo, o que representa um resultado muito superior à segunda maior causa de inelegibilidade, que foram as condenações criminais, responsáveis por 29% das inelegibilidades, e à terceira causa relativa às condenações por improbidade administrativa, correspondentes a 8% das inelegibilidades.²⁰

No tocante ao parecer prévio que os Tribunais de Contas emitem sobre as contas do Chefe do respectivo Poder Executivo, é de se reconhecer, também neste caso, o potencial deste pronunciamento da Corte de Contas que, embora, nesta hipótese, não julgue as contas do agente político, mas apenas emita um parecer, pode repercutir severamente na avaliação política deste feito, a exemplo do que ocorreu nas contas da então Presidente da República

anual de atividades do TCU: 2018, p. 49; Tribunal de Contas da União. **Relatório anual de atividades do TCU: 2019**, p. 67; Tribunal de Contas da União. **Relatório anual de atividades do TCU: 2020**, p. 73; Todos os relatórios disponíveis em: <https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=ANEXO_SGT:ANEXOS:0::NO:1:P1_COD_ITEM:41>. Acesso em: 07.01.2022.

²⁰ Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1541674-lei-da-ficha-limpa-barra-90-ate-o-fim-das-eleicoes.shtml>. Acesso em: 10.01.2022.

Dilma Rousseff, relativamente aos anos de 2014 e 2015, cujos pareceres prévios do TCU serviram de principal fundamento para o pedido de *impeachment*.

Portanto, as relevantes repercussões nas esferas jurídicas de terceiros, agentes públicos e empresas privadas que contratam com o Poder Público, decorrentes das decisões dos Tribunais de Contas que imputam responsabilidade, conforme descrito nos parágrafos antecedentes, são também fatores que justificam a pesquisa e demonstram a sua utilidade prática tanto para os Tribunais de Contas quanto para os seus jurisdicionados.

O tema da pesquisa é predominantemente sobre os pressupostos de direito material da responsabilização pelos Tribunais de Contas, o que não impede, contudo, a análise de algumas questões próprias do direito processual quando necessárias para a melhor abordagem da questão de direito material.

A situação-problema ou problemática da pesquisa é: quais os pressupostos do sistema de responsabilização aplicado pelos Tribunais de Contas, dada a sua autonomia constitucional e a sua multiplicidade de atuação repressiva, que ocorre por meio de decisões que condenam à reparação de dano, aplicam sanções e exercem juízo valorativo sobre as contas dos agentes públicos, seja ao julgá-las, seja ao emitir parecer prévio, assemelhando a atuação das Cortes de Contas, a depender de cada caso, ao direito civil, ao direito penal e/ou ao direito administrativo-financeiro, e com possíveis implicações nos direitos políticos?

A hipótese e tese central é no sentido de que, diante da lacuna legislativa, os pressupostos materiais do sistema de responsabilização aplicado pelos Tribunais de Contas, dada a sua autonomia constitucional, são, em nível constitucional, predominantemente os princípios do direito público sancionador e, em nível infraconstitucional, são, com matizes, predominantemente os institutos da parte geral do direito penal, mas sem prejuízo de outras fontes subsidiárias naquilo que não contrariar os princípios específicos informadores da responsabilidade administrativo-financeira.

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar quais são os pressupostos do sistema de responsabilização aplicado pelos Tribunais de Contas, dada a sua autonomia constitucional, propondo, em alguns casos, critérios para a sua identificação, de modo sistêmico e coerente com as múltiplas atuações repressivas das Cortes de Contas, a partir da predominância, em nível constitucional, dos princípios do direito público sancionador e, em nível infraconstitucional, dos institutos da parte geral do direito penal, aplicados com matizes,

como fonte inspiradora do direito administrativo sancionador, sem, no entanto, excluir outras fontes em questões pontuais desde que não disciplinadas pelo direito penal, a exemplo de alguns institutos próprios do direito civil.

São objetivos específicos da pesquisa:

- Demonstrar a autonomia constitucional do sistema de responsabilização aplicado pelos Tribunais de Contas e, por consequência, a necessidade de identificação de um regime jurídico que lhe seja coerente com as suas múltiplas atuações repressivas e com suas especificidades.

- Descrever as principais características do sistema de responsabilização dos Tribunais de Contas que requerem especial consideração para a correta identificação dos seus pressupostos.

- Proceder a um estudo crítico dos elementos da responsabilidade subjetiva (fato ilícito, conduta e nexo de causalidade) na perspectiva do sistema de responsabilização dos Tribunais de Contas, à luz das possibilidades que a legislação, a doutrina e a jurisprudência oferecem relativamente aos outros ramos do direito, a fim de demonstrar ou propor pressupostos coerentes com a natureza jurídica e as características do sistema dos Tribunais de Contas.

- Examinar quais são e sob que condições podem ou devem ser aplicadas no sistema de responsabilização dos Tribunais de Contas as causas que podem isentar o agente de responsabilidade (excludentes de ilicitude), as que justificam a não aplicação de sanções (excludentes de culpabilidade), mesmo diante de um ilícito, e as que impedem a sua aplicação (causas de extinção de punibilidade).

No tocante à metodologia, a pesquisa segue a vertente jurídico-dogmática, do tipo jurídico-interpretativo e exploratório. No que concerne ao raciocínio científico, é adotado o método dedutivo. As fontes da pesquisa, a seu turno, são a legislação, a doutrina e a jurisprudência.²¹

Quanto às fontes de pesquisa jurisprudencial, as consultas são centradas, primordialmente, no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça e no Tribunal

²¹ A metodologia indicada neste trabalho segue a classificação adotada na seguinte obra: GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020, p. 64-89.

de Contas da União, pois, embora se trate de pesquisa relativa ao regime repressivo aplicado por todos os Tribunais de Contas, a sua grande maioria sequer tem a sua jurisprudência integral disponível na *internet* para acesso público.

Relativamente ao marco teórico, Gustin, Dias e Nicácio observam que não se refere a autores, mas sim a uma ou a algumas teorias abordadas por autores e que servirão de ponto de partida para o desenvolvimento da pesquisa. Aludidas autoras ressaltam também que uma pesquisa pode ter mais de um marco teórico, desde que não sejam divergentes.²²

Desse modo, a presente pesquisa tem como principais marcos teóricos e respectivas categorias teóricas os seguintes: Ronald Dworkin e Robert Alexy, quanto à teoria dos princípios, Carlos Ayres Britto, relativamente ao entendimento de que Tribunais de Contas são órgãos autônomos, centralmente constitucionais e impeditivos do desgoverno e da desadministração, e Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, assim como Alejandro Nieto, Fábio Medina Osório e Sandro Lúcio Dezan, estes cinco últimos autores no que se refere ao reconhecimento de um núcleo comum de direito constitucional sancionador a alcançar o direito administrativo, com influxos do direito penal, ainda que com matizes.

Não foi apontado marco teórico nem categoria teórica específica sobre a responsabilização de agentes públicos e privados pelos Tribunais de Contas em virtude da ausência de estudos específicos sobre o tema, com a amplitude e profundidade que se abordará nesta pesquisa, tendo em vista que se trata de assunto ainda em fase incipiente de atenção por parte da doutrina.

Desse modo, a tese está dividida em três capítulos.

No capítulo 1, aborda-se a autonomia constitucional dos Tribunais de Contas e se defende a existência de um sistema de responsabilização próprio das Cortes de Contas, que pode ser denominado de direito do controle externo sancionador, com suas especificidades e complexidades a requerem a identificação de um regime jurídico coerente com as suas múltiplas atuações repressivas.

No capítulo 2, procede-se ao estudo dos critérios a serem observados na identificação do regime jurídico do direito do controle externo sancionador, com a apresentação de proposta de sistematização sobre o tema, dos princípios incidentes e dos sujeitos passivos.

²² Ibidem, p. 91-95.

No capítulo 3, examinam, de modo crítico, os elementos da responsabilidade subjetiva (fato ilícito, conduta e nexo de causalidade) na perspectiva do sistema de responsabilização dos Tribunais de Contas, assim como as causas que podem isentar o agente de responsabilidade (excludentes de ilicitude), as que justificam a não aplicação de sanções (excludentes de culpabilidade), mesmo diante de um ilícito, e as que impedem a sua aplicação (causas de extinção de punibilidade).

CAPÍTULO 1: A AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO DIREITO BRASILEIRO E DO SEU SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO

1.1. Evolução dos Tribunais de Contas nas Constituições brasileiras: a progressiva ampliação das competências repressivas

Não obstante algumas tentativas anteriores de criação de um Tribunal de Contas, somente em 1890, com a edição do Decreto nº 966-A, de 07 de novembro, foi criado o Tribunal de Contas, em pleno Governo Provisório, tendo Rui Barbosa como Ministro da Fazenda. No entanto, foi com a edição do Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892, que o Decreto de criação do Tribunal de Contas ganhou executoriedade, sob o comando de Serzedello Correa no Ministério da Fazenda.

Em 1891, o Tribunal de Contas foi alçado em nível constitucional com a promulgação da primeira Constituição Republicana que, no art. 89, previa a instituição da Corte de Contas para liquidar as contas da receita e despesa e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso Nacional. A Carta Política de 1891 não situou o Tribunal de Contas em nenhum dos três Poderes, tendo-o previsto no Título V que tratava das "Disposições Geraes".

Figurava, assim, o Tribunal de Contas como órgão de permeio entre os Poderes, tal como preconizado por Rui Barbosa que na Exposição de Motivos que precedeu a criação do Tribunal de Contas referiu-se à Corte como corpo da magistratura intermediária à administração e à legislatura, colocado em posição autônoma. Referida Exposição de Motivos revelou que a fonte de inspiração de Rui Barbosa estava na Europa, especialmente nos modelos italiano, belga e francês de Tribunal de Contas, tendo o jurista tornado pública sua preferência pelo modelo italiano ao afirmar expressamente que dos três "o italiano é o mais perfeito"²³.

A Constituição de 1934 manteve o Tribunal de Contas, dispondo sobre suas atribuições no capítulo que tratava dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais, ao lado do Ministério Público e dos Conselhos Técnicos. Mais uma vez deixava a Carta Política de inserir expressamente em um dos três Poderes a Corte de Contas, enaltecendo-a

²³ BARBOSA, Rui. Exposição de motivos sobre a criação do Tribunal de Contas da União. **Revista do Tribunal de Contas da União**, nº 82, p. 258.

como órgão de cooperação do Estado, a exemplo do que ocorre até hoje em alguns países, como é o caso da Itália.

Aludida Constituição da República passou a prever, de forma expressa, o registro prévio do Tribunal de Contas como condição de eficácia para os contratos que implicassem receita ou despesa para a União, assim como o controle prévio sobre qualquer ato da Administração Pública de que resultasse obrigação de pagamento para o Tesouro Nacional, além de ter disposto sobre a necessidade de emissão de parecer prévio do Tribunal sobre as contas anuais do Presidente da República (CF/34, arts. 99 a 102).

A Constituição de 1937, sem apresentar uma organização sistemática que dividisse o Texto Constitucional em títulos, capítulos e seções, posicionou o Tribunal de Contas próximo aos tribunais do Poder Judiciário e, de forma sucinta, em apenas um artigo praticamente manteve as atribuições até então previstas na Constituição anterior. Deixou, no entanto, de mencionar expressamente o controle prévio e acrescentou a competência de julgar a legalidade dos contratos celebrados pela União (CF/37, art. 114).

Na Constituição de 1946, o Tribunal de Contas apareceu, pela primeira vez, no capítulo que tratava do Poder Legislativo, mais especificamente na seção que cuidou do orçamento, tanto no que se referia à sua elaboração quanto no que dizia respeito à fiscalização de sua execução. A novidade ficou por conta do julgamento da legalidade das aposentadorias, reformas e pensões que o Tribunal teve de passar a fazer. No mais, mantiveram-se as demais atribuições da Corte, sendo que referida Carta Política voltou a prever, expressamente, o controle prévio (CF/46, arts. 76 e 77).

A Constituição de 1967 manteve o Tribunal de Contas no capítulo que tratava do Poder Legislativo, mas separou a seção que cuidava da elaboração do orçamento da seção que tratava da fiscalização financeira e orçamentária. Pela primeira vez constou do Texto Constitucional a expressão "controle externo" que devia ser exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas.

A Constituição de 1967 não mais previu o controle prévio do Tribunal de Contas e estabeleceu que as auditorias financeiras e orçamentárias seriam realizadas nas unidades administrativas dos três Poderes da União, que para tanto deveriam remeter ao Tribunal as demonstrações contábeis, cabendo à Corte realizar as inspeções que entendesse necessárias.

Foi com a Constituição de 1967 que a Corte de Contas, diante da verificação de ilegalidade de despesa, passou a ter a competência de fixar prazo para que o órgão adotasse as devidas providências ao exato cumprimento da lei, sob pena de o Tribunal sustar o ato, se não atendido. Exceção se fazia no caso de contratos, porquanto caberia à Corte solicitar a sua sustação ao Congresso Nacional. Caso o Poder Legislativo não deliberasse no prazo de 30 dias, a impugnação do Tribunal tornava-se automaticamente insubsistente (CF/67, arts. 71 a 73).

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, manteve os exatos termos da Constituição de 1967 no que concerne ao Tribunal de Contas (EC 1/69, arts. 70 a 72).

Coube, no entanto, à Constituição de 1988 promover nas competências dos Tribunais de Contas o maior incremento de sua história. A atual Carta Política dispõe sobre o Tribunal de Contas da União no capítulo que trata do Poder Legislativo dentro do Título que cuida “Da Organização dos Poderes”. Por outro lado, passou a tratar da elaboração do orçamento no capítulo “Das Finanças Públicas” dentro do Título “Da Tributação e do Orçamento”. Dessa forma, separou-se no Texto Constitucional vigente a fase de elaboração do orçamento da fase de fiscalização de sua execução, ao contrário do que vinha acontecendo nas Constituições anteriores, quando essas matérias eram tratadas conjuntamente.

Órgão com mais de cem anos de existência e presente em todas as Constituições brasileiras da República, o Tribunal de Contas da União a partir da Constituição de 1988 assumiu relevante função na vida democrática do país, com o elastecimento de suas atribuições e com o substancial aumento de poder decorrente da própria Constituição e também de sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443/92).

No que concerne às suas competências sancionadoras e repressivas, a Constituição Federal de 1988 trouxe três inovações, que são as seguintes:

Primeira, a competência para julgar as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, constante da parte final do inciso II do art. 71. As Constituições anteriores faziam referência expressa apenas à competência para julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal. Ou seja, a redação que passou a constar do

aludido dispositivo alcança mesmo quem não seja ordenador de despesas e, portanto, não tenha o dever de prestar contas ordinárias, anuais.

Segunda, a competência para, nos termos do inciso VIII do art. 71, 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.

Terceira, a disposição contida no § 3º do art. 71 no sentido de que as decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

A rigor, porém, essas inovações assim devem ser tratadas somente pelo fato de constarem pela primeira vez no Texto Constitucional, uma vez que não foram inovações no ordenamento jurídico, pois a competência para o julgamento das contas de quem quer que cause dano ao erário e para a aplicação de multa aos agentes públicos por infração às leis assim como a força executiva dos acórdãos condenatórios do TCU já vinham sendo previstas na legislação ordinária desde o ano de 1922.

Com efeito, a competência para o julgamento das contas de quem causa dano ao erário, ainda que não seja ordenador de despesa, a exemplo dos fiscais de rendas, estava prevista nos §§ 2º e 3º do art. 29 do Decreto 4.536/1922 (Código de Contabilidade da União),²⁴ art. 70, inciso I, da Lei 830/1949 (Lei Orgânica do TCU),²⁵ e art. 34, inciso III, do Decreto-Lei 199/1967 (Lei Orgânica do TCU).²⁶

²⁴ Art. 29. (...) § 2º No caso de apurar-se a negligencia na falta de arrecadação de qualquer quantia, por parte dos recebedores ou dos funcionarios incumbidos da fiscalização, serão elles solidariamente responsabilizados pelo Tribunal de Contas, a cuja jurisdicção, neste particular, ficam sujeitos. § 3º Os funcionarios incumbidos da cobrança executiva dos creditos da União devolverão ás repartições competentes as certidões recebidas que não forem cobradas, no prazo de tres annos a contar de 31 de dezembro do anno da remessa. Devidamente relacionadas, as certidões serão remetidas, até 31 de maio de cada anno, ao Tribunal de Contas, que verificará as diligencias effectuadas e, no caso de omissão ou negligencia, promoverá, de accôrdo com o § 2º, a responsabilidade daquelles funcionarios.

²⁵ Art. 70. Compete ao Tribunal de Contas, como Tribunal de Justiça: I - julgar originariamente ou em grau de recurso e rever as contas de tôdas as repartições, administradores das entidades autárquicas, funcionários e quaisquer responsáveis, incluído o pessoal diplomático e consular no exterior, os quais, singular ou coletivamente, houverem recebido, administrado, arrecadado e dispendido dinheiros públicos, depósitos de terceiros ou valores e bens de qualquer espécie, inclusive em material, pertencentes à União, ou pelos quais esta seja responsável, ou estejam êles sob sua guarda, bem assim dos que as deverem prestar e responder pela perda, extravio, subtração ou estrago de valores, bens e material, da República, ou de que devam dar conta seja qual fôr o Ministério ou órgão da administração pública a que pertençam, em virtude de responsabilidade por contrato, comissão ou adiantamento;

²⁶ Art. 34. Estão sujeitos à tomada de contas e só por ato do Tribunal de Contas podem ser liberados de sua responsabilidade: (...) III - Todos os servidores públicos civis e militares ou qualquer pessoa ou entidade estipendiadas pelos cofres públicos ou não, que derem causa à perda, subtração, extravio ou estrago de valores, bens e material da União, ou pelos quais seja responsável.

De igual modo, a competência para aplicar sanções, especialmente a multa, aos agentes públicos que tivessem praticados atos contrários à lei ou ao regulamento também constava da legislação ordinária de regência, no art. 40 do Decreto 4.536/1922 (Código de Contabilidade da União),²⁷ no art. 70, inciso II, da Lei 830/1949 (Lei Orgânica do TCU),²⁸ e no art. 53 do Decreto-Lei 199/1967 (Lei Orgânica do TCU).²⁹

Por fim, a legislação ordinária também já dispunha sobre a execução dos acórdãos condenatórios do TCU, nos termos dos arts. 97 e 100 do Decreto 4.536/1922 (Código de Contabilidade da União),³⁰ do art. 117 da Lei 830/1949 (Lei Orgânica do TCU)³¹ e do art. 50, alínea “c”, do Decreto-Lei 199/1967 (Lei Orgânica do TCU).³²

Não pretende com essa digressão do histórico legislativo sustentar que as inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988 sobre a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas foi inútil na prática. Não foi.

Das referidas inovações é possível extrair no mínimo duas virtudes: primeira, ter constitucionalizado temas até então tratados apenas na legislação ordinária, o que, além de proporcionar maior estabilidade, tendo em vista que sua alteração requer emenda constitucional, impõe ao intérprete o dever de analisar a matéria à luz dos princípios da hermenêutica constitucional; segunda, exige do operador do direito que, na aplicação da

²⁷ Art. 40. Os funcionarios administrativos que praticarem, sem ordem escripta dos ministros, actos contrarios a taes leis, incorrerão, além da responsabilidade criminal, em multas de 200\$ a 10:000\$, que serão impostas pelo Tribunal de Contas e cobradas por meio de descontos da quinta parte dos vencimentos.

²⁸ Art. 70. Compete ao Tribunal de Contas, como Tribunal de Justiça: (...) II - impôr multas e suspender os responsáveis remissos ou omissos na entrega de livros e documentos de sua gestão, ou relativos a adiantamentos recebidos que não acudirem à prestação das contas nos prazos fixados nas leis e nos regulamentos, ou quando, não havendo tais prazos, fôrem intimados para êsse fim, independente da ação dos chefes das repartições que tenham de proceder inicialmente à tomada de conta dos responsáveis sob a sua jurisdição;

²⁹ Art. 53. As infrações das leis e regulamentos relativos à administração financeira, sujeitarão seus autores a multa não superior a 10 (dez) vêzes o valor do maior salário-mínimo, independentemente das sanções disciplinares aplicáveis.

³⁰ Art. 97. Organizados os processos de tomada de contas, serão elles remettidos ao Tribunal de Contas para julgamento, afim de ser o responsavel julgado quite, em credito ou em debito com a Fazenda Nacional. Neste ultimo caso, não acudindo o responsavel ou seus herdeiros ou fiadores, proceder-se-á á alienação administrativa da caução, proseguindo-se na execução da sentença.

Art. 100. O procurador seccional ou fiscal, a quem competir por lei a cobrança executiva, promoverá a execução da sentença do Tribunal, podendo solicitar do respectivo representante qnalquer esclarecimento necessario ao processo judicial, ficando obrigado a prestar ao Ministerio Publico do Tribunal as informações que lhe forem solicitadas.

³¹ Art. 117. Na hipótese de ser o responsável julgado em débito com a Fazenda Pública será notificado para, no prazo de trinta dias, sob pena de revelia, apresentar defesa e, se não acudir o responsável ou seus herdeiros, proceder-se-á à alienação administrativa da caução e se prosseguirá na execução da sentença.

³² Art. 50. O Tribunal, nos casos de não atendimento da notificação, poderá tomar as seguintes providências: (...) c) determinar a cobrança judicial, pela via executiva, nas Varas da Fazenda Federal, através dos Procuradores da República, que receberão a documentação e as instruções necessárias por intermédio do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas.

legislação ordinária que atualmente regulamenta o assunto, o faça segundo o olhar constitucional, como vetor interpretativo das normas infraconstitucionais.

O efeito prático dessas inovações é notório na atual Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992) que alargou o rol de sujeitos passivos que podem vir a ser condenados pelo Tribunal, o que passou a incluir o particular, pessoa física ou jurídica que, de qualquer modo, haja concorrido para o cometimento do dano ao erário, nos termos do seu art. 16, §2º, alínea “b”,³³ e, ademais, ampliou substancialmente as hipóteses de aplicação de multa aos agentes públicos, que, no caso de dano ao erário, pode ser de até 100% do valor do dano, conforme dispõem seus arts. 57 e 58.³⁴

Desse modo, a atenção dispensada pelo constituinte de 1988 aos Tribunais de Contas não foi sem razão. O Brasil, após longos anos de regime ditatorial, recebia, naquele momento, uma nova Carta Política, desta feita amplamente democrática e, em alguns casos, inovadora, pelo menos para a vida do cidadão brasileiro, com destaque para os fundamentos da República, expressamente previstos no art. 1º e cuja presença implícita merece menção no que concerne ao Título II, que cuida “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e ao Título VII, que trata “Da Ordem Econômica e Financeira”.

As inovações trazidas pelos princípios gerais da atividade econômica, previstos no art. 170 da Constituição, permitiram que se introduzisse e, em alguns casos, se acelerasse o processo de descentralização das atividades até então estatais e, ainda, que se impulsionasse novamente o processo de desestatização, o que, de fato, ocorreu com a edição da Lei nº

³³ § 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária: a) do agente público que praticou o ato irregular, e b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

³⁴ Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário. Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei; II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário; IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal; V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas; VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal; VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal. § 1º Ficará sujeito à multa prevista no caput deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado. § 2º O valor estabelecido no caput deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União. § 3º O Regimento Interno disporá sobre a gradação da multa prevista no caput deste artigo, em função da gravidade da infração.

8.031/90, substituída posteriormente pela Lei nº 9.491/97 que previu uma nova fase do Programa Nacional de Desestatização.

Posteriormente, a criação das Agências Reguladoras (Lei nº 9.472/97 – Agência Nacional de Telecomunicações, Lei nº 9.478/97 – Agência Nacional do Petróleo, e outras), das Agências Executivas (Lei nº 9.649/98, resultado da conversão de Medida Provisória reeditada várias vezes) e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei nº 9.790/99) e a consequente exigência de planos estratégicos de desenvolvimento institucional, de contratos de gestão e de termos de parceria, assim como os meios indiretos de prestação de serviços públicos, por intermédio de concessões, permissões e autorizações (Lei nº 8.987/95), passaram a estabelecer novas relações jurídicas entre o Estado, agora essencialmente regulador, e os cidadãos, beneficiários desses serviços.

Some-se ainda o lançamento, em 1995, do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado como forma de superar o anacronismo da Administração Burocrática até então prevalecente, com a criação de um novo modelo de gestão voltada para o resultado, denominado de Administração Pública Gerencial.

A Emenda Constitucional nº 19/98, a seu turno, fortaleceu ainda mais a posição do usuário de serviços públicos na qualidade de consumidor, ao prever a elaboração de lei de defesa do usuário de serviço público e de lei que preveja a forma de participação do usuário na Administração Pública Direta e Indireta, especialmente no que tange às reclamações, à avaliação dos serviços prestados, ao acesso aos registros administrativos e à representação contra o exercício negligente ou abusivo da função pública.

Com isso, surgiu o conceito de cidadão-cliente ao mesmo tempo em que se reduziu a figura do Estado Empresário e se fortaleceu o Estado Social, no qual se exige da Administração Pública atuação voltada para a satisfação das necessidades do cidadão.

Tudo isso produziu reflexos imediatos e contundentes no exercício do Controle Externo, porquanto ficaram sob forte pressão não apenas os direitos e garantias individuais, mas também os interesses difusos e coletivos que passaram a requerer tutela cada vez mais segura e eficiente.

Diante dessa nova realidade brasileira, os Tribunais de Contas apresentam-se como instrumento de estatura constitucional com que conta o cidadão para a defesa dos interesses

da coletividade na medida em que atua como a *longa manus* da própria sociedade no controle da Administração Pública. Nas palavras de Torres:

Cabendo ao Tribunal de Contas, de acordo com o art. 70 da Constituição Federal, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, segue-se que passa ele a exercer papel de suma importância no campo das garantias da liberdade.³⁵

Portanto, se por um lado a Constituição de 1988 ampliou as competências e o poder de atuação dos Tribunais de Contas, por outro a sociedade brasileira, em face das mudanças anteriormente comentadas, passou a esperar e até mesmo exigir muito mais desses órgãos de controle externo.

Não se trata, apenas, de verificar se os recursos arrecadados pelo Poder Público, oriundos, direta ou indiretamente, dos tributos, estão sendo aplicados dentro dos limites legais. A sociedade atual exige mais que isso. Requer a aplicação eficiente e eficaz desses recursos e espera a conversão dos impostos que paga em benefícios que melhorem sua qualidade de vida assim como, constatada a malversação dos recursos públicos, a responsabilização dos agentes públicos e privados que tiverem dado causa ao dano ao erário ou que tiverem ofendido as regras e os princípios que informam a atuação do Poder Público na esfera administrativo-financeira.

Nessa perspectiva, o que se constata é a crescente constitucionalização do estatuto dos Tribunais de Contas que, progressivamente, foi sendo incrementado no próprio Texto Constitucional, seja pela inserção de novas competências, seja pela reprodução, com aperfeiçoamentos, de competências até então outorgadas às Cortes de Contas apenas por normas infraconstitucionais.

Ineludivelmente, a opção reiterada do Constituinte de várias gerações pelo incremento progressivo do estatuto dos Tribunais de Contas no próprio Texto da Constituição Federal teve por consequência o sistemático fortalecimento de sua autonomia constitucional em suas múltiplas competências, inclusive a repressiva e sancionadora, a demandar o reconhecimento de regime jurídico próprio, com características específicas, que, não obstante receba influxos de outros ramos do direito sancionador, tem especificidades que requerem soluções particularizadas e a elas deferentes e harmônicas, consoante se procurará demonstrar ao longo deste trabalho.

³⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Os direitos fundamentais e o Tribunal de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**. nº 23. Julho/1992, p. 56.

1.2. Natureza jurídica dos Tribunais de Contas

A dificuldade de identificação da natureza jurídica dos Tribunais de Contas é elemento adicional a revelar a sua autonomia constitucional e sua peculiar especificidade, que se coloca como interdito a qualquer solução simplista de importação automática e acrítica de institutos de outros ramos do direito, próprios da Administração Pública ou, de outro lado, do Poder Judiciário.

A doutrina sobre o tema bem demonstra o que ora se afirma, dada a sua riqueza, mas também sua diversidade no tocante à natureza jurídica do Tribunal de Contas.

Ainda sob a égide da Constituição Federal de 1937, Castro Nunes compreendia o Tribunal de Contas como instituto *sui generis* posto de permeio entre os Poderes Legislativo e Executivo sem pertencer a nenhum deles, configurando um tribunal sobranceiro à própria Administração.³⁶

Já à luz do que estabelecia a Constituição Federal de 1946, Aliomar Baleeiro, que via o Tribunal de Contas como órgão integrante do sistema político-jurídico de freios e contrapesos da Constituição, entendia que a simples inclusão da Corte de Contas no capítulo reservado ao Poder Legislativo era suficiente para filiá-la ao Congresso Nacional.³⁷ E Pontes de Miranda, no mesmo período, asseverou que o Tribunal de Contas, no plano material, é corpo judiciário, e, no plano formal, corpo auxiliar do Congresso Nacional.³⁸

Cotrim Neto, a seu turno, na vigência da Constituição Federal de 1969, afirmou que o Tribunal de Contas é órgão judicial, *sui generis*.³⁹

Aliás, a expressão *sui generis* socorreu vários doutrinadores nas vezes em que faltou uma melhor definição para o órgão, tendo em vista a dificuldade de situá-lo na organização do Estado. Nesse mesmo sentido, Anhaia Mello, que defendeu a inserção do Tribunal de Contas

³⁶ CASTRO NUNES. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro. Forense. 1943, p. 25.

³⁷ BALEEIRO, Aliomar. O Tribunal de Contas e o Controle da Execução Orçamentária. **Revista de Direito Administrativo**, v. 31, janeiro-março/1953, p. 11.

³⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. Max Limonad. 1953, vol. II, p.338.

³⁹ COTRIM NETO, A.B. O Tribunal de Contas e o aperfeiçoamento do Estado de Direito. **Revista de Informação Legislativa** nº 76, outubro-dezembro/1982, p. 162.

no Poder Judiciário, foi mais um a se valer da lacônica expressão para defini-lo como órgão *sui generis*, posto pela lei constitucional como auxiliar do Poder Legislativo.⁴⁰

Embora a atual Constituição situe o TCU dentro do capítulo que trata do Poder Legislativo, a controvérsia não arrefeceu, consoante se depreende da seguinte manifestação do Ministro Carlos Ayres Britto, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 22.801 pelo Supremo Tribunal Federal:

A esse respeito, Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Alberto Direto, também entendendo que o art. 44 da Constituição, ao dizer que o Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe de dois órgãos, exclusivamente, Câmara dos Deputados e Senado Federal, exclui o TCU, ou seja, o Congresso Nacional se compõe de dois órgãos, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, o TCU ficou do lado de fora.

(...)

Ou seja, o Tribunal de Contas, embora exerça, com o Congresso Nacional, uma função comum - fiscalização dos atos do Poder Público, notadamente do Poder Executivo -, atua **a latere**, ao lado, mas não dentro do Congresso Nacional. Uma coisa é atuar paralelamente ao lado; outra coisa é estar dentro.⁴¹

Cumprir observar que a estreita proximidade do TCU com o Congresso Nacional não significa qualquer relacionamento de subordinação com as suas Casas Legislativas. O Tribunal de Contas da União é órgão autônomo e independente, prestando auxílio ao Congresso Nacional, nos termos fixados pela Constituição. Isso significa que as decisões da Corte de Contas não podem ser modificadas pelo Congresso Nacional assim como o Parlamento não pode, por exemplo, julgar as contas dos gestores públicos, pois a Constituição previu expressamente que essa competência é do Tribunal de Contas.

Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao enfatizar a ausência de subordinação dos Tribunais de Contas ao Poder Legislativo e ressaltar que suas competências têm assento constitucional, o que implica reconhecer serem competências outorgadas diretamente pela Constituição aos Tribunais de Contas que, exatamente por esse motivo, não agem, portanto, por delegação de competência do Poder Legislativo, que, importa registrar, não detém essas competências, como, por exemplo, a de julgar as contas dos administradores e lhes aplicar multa. Julga apenas as contas do chefe do Poder Executivo, mas não as de gestor público. Referido precedente, na parte que interessa, ficou assim ementado:

⁴⁰ MELLO, José Luiz de Anhaia. O papel dos Tribunais de Contas e o desenvolvimento nacional. **Revista de Informação Legislativa**, out-dez/1970, p. 57.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 22.801**. Rel. Min. Menezes Direito. Julgamento em 17/12/2007. DJe de 14/03/2008.

A POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS - ÓRGÃOS INVESTIDOS DE AUTONOMIA JURÍDICA - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO INSTITUCIONAL AO PODER LEGISLATIVO - ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE TRADUZEM DIRETA EMANAÇÃO DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, *primariamente*, da própria Constituição da República. **Doutrina. Precedentes.**⁴² [grifos do original]

Em precedente mais específico, afirmou o STF o seguinte:

EMENTA: Tribunal de Contas dos Estados: competência: observância compulsória do modelo federal: inconstitucionalidade de subtração ao Tribunal de Contas da competência do julgamento das contas da Mesa da Assembléia Legislativa - compreendidas na previsão do art. 71, II, da Constituição Federal, para submetê-las ao regime do art. 71, c/c. art. 49, IX, que é exclusivo da prestação de contas do Chefe do Poder Executivo.

I. O art. 75, da Constituição Federal, ao incluir as normas federais relativas à "fiscalização" nas que se aplicariam aos Tribunais de Contas dos Estados, entre essas compreendeu as atinentes às competências institucionais do TCU, nas quais é clara a distinção entre a do art. 71, I - de apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas do Chefe do Poder Executivo, a serem julgadas pelo Legislativo - e a do art. 71, II - de julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, entre eles, os dos órgãos do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

II. A diversidade entre as duas competências, além de manifesta, é tradicional, sempre restrita a competência do Poder Legislativo para o julgamento às contas gerais da responsabilidade do Chefe do Poder Executivo, precedidas de parecer prévio do Tribunal de Contas: cuida-se de sistema especial adstrito às contas do Chefe do Governo, que não as presta unicamente como chefe de um dos Poderes, mas como responsável geral pela execução orçamentária: tanto assim que a aprovação política das contas presidenciais não libera do julgamento de suas contas específicas os responsáveis diretos pela gestão financeira das inúmeras unidades orçamentárias do próprio Poder Executivo, entregue a decisão definitiva ao Tribunal de Contas.⁴³

E, na doutrina, em semelhante toada Ricardo Lobo Torres sustenta que o Tribunal de Contas é, na realidade, órgão auxiliar dos três Poderes da República assim como da própria sociedade. Eis as palavras do citado autor:

O Tribunal de Contas, a nosso ver, é órgão auxiliar dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da comunidade e de seus órgãos de participação política: auxilia o Legislativo no controle externo,

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4190-RJ**. Rel. Min. Celso de Mello. DJe de 11/06/2010.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 849**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ de 23/04/1999.

fornecendo-lhe informações, pareceres e relatórios; auxilia a Administração e o Judiciário na autotutela da legalidade e no controle interno, orientando a sua ação e controlando os responsáveis por bens e valores público; auxilia a própria comunidade, eis que a CF aumentou a participação do povo no controle do patrimônio público e na defesa dos direitos difusos. O Tribunal de Contas, por conseguinte, tem o seu papel dilargado na democracia social e participativa e não se deixa aprisionar no esquema da rígida separação de poderes.⁴⁴ [grifos do original].

Referido autor, em outra obra, defendeu que os Tribunais de Contas no Brasil, a exemplo do que ocorre na Alemanha e na Espanha, deveriam figurar no capítulo que disciplina as finanças públicas e não no que trata do Poder Legislativo, pois a fiscalização financeira e orçamentária “é matéria que se integra à Constituição Orçamentária, que, por seu turno, faz parte da Constituição Financeira”, motivo pelo qual a elaboração, a aprovação, a execução e a fiscalização do orçamento são, do ponto de vista material, pertencentes a um todo, como, de certo modo, assim disciplinava a Constituição brasileira de 1946.⁴⁵

Laubé, em linha paralela, defendeu que o Tribunal de Contas, a rigor, não pertence a nenhum dos três poderes constituídos. No entanto, como não é um Poder em si, é de se considerá-lo como órgão constitucional independente.⁴⁶ Entendimento similar defendeu Pardini ao afirmar que o Tribunal de Contas da União é órgão de destaque constitucional.⁴⁷

Carlos Ayres Britto também não se afastou desse entendimento, ao se manifestar no sentido de que, a exemplo da disciplina relativa ao Ministério Público prevista no art. 128, incisos I e II, da Constituição Federal, o TCU é “órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais”. Para o autor, quando a Constituição diz, no art. 71, que o Congresso Nacional exercerá o controle externo “com o auxílio do Tribunal de Contas da União”, deve-se entender a palavra auxílio tomando por parâmetro o tratamento dispensado pela Constituição para o Ministério Público em relação ao Poder Judiciário, ou seja, “não se pode exercer a jurisdição senão com a participação do Ministério Público”, razão pela qual entende ser “inconcebível o exercício da função estatal de controle externo sem o necessário concurso ou o contributo obrigatório dos Tribunais de Contas”.⁴⁸

⁴⁴ TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 5. ed. Rio de Janeiro. Renovar. 1998, p. 177-178.

⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, volume V: o orçamento na Constituição**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 459-460.

⁴⁶ LAUBÉ, Vitor Rolf. Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, nº 113. Janeiro-março/1992, p. 325.

⁴⁷ PARDINI, Frederico. **Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional**. Tese apresentada e aprovada no Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 1997, p. 158-170.

⁴⁸ BRITTO, Carlos Ayres. Op. cit., p. 68-69.

Odete Medauar, em sentido semelhante, entende que o Tribunal de Contas é instituição estatal independente, porquanto não se insere em nenhum dos Poderes da República, nem mesmo no Legislativo a quem lhe presta auxílio apenas, tendo em vista que seus membros têm as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário.⁴⁹ No mesmo sentido é o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco.⁵⁰

Com efeito, a teoria da tripartição das funções do Poder foi elaborada em período no qual a organização dos Estados era bem mais simples do que a atual, o que significa admitir se tratar de teoria que bem explicava os fenômenos contemporâneos ao seu surgimento, mas insuficiente para acomodar a multifacetada realidade dos dias atuais, especialmente com o surgimento de órgãos tais como os Tribunais de Contas e o Ministério Público.

Com Bruce Ackerman, é preciso reconhecer a necessidade de se repensar a “santíssima trindade de Montesquieu” que “nos mantêm cegos para o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas”, porquanto há “unidades novas e funcionalmente independentes” que “estão desempenhando um papel cada vez mais relevante em governos modernos”.⁵¹

Não são os Tribunais de Contas no Brasil órgãos pertencentes ao Poder Executivo nem ao Poder Judiciário, mas sim órgãos que, na perspectiva formal, encontram-se situados no âmbito do Poder Legislativo, na condição de quem presta auxílio, embora sem subordinação, conforme ressaltado anteriormente.

Trata-se de arranjo constitucional que demanda considerações, pois os Tribunais de Contas são órgãos eminentemente técnicos, ao passo que o Poder Legislativo é, por excelência, político, embora com múltiplas atribuições que, segundo José Afonso da Silva, podem ser classificadas como: a) legislativas; b) meramente deliberativas; c) de fiscalização e controle; d) de julgamento de crimes de responsabilidade; e) constituintes.⁵²

Ora, a fiscalização e o controle exercidos pelo Poder Legislativo são os de natureza política, tais como, por exemplo, os previstos no art. 49, incisos IX e X, art. 50 e art. 51,

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 153.

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1527.

⁵¹ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909/17652>. Acesso em: 15 mar. 2022. p. 15.

⁵² SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 524-525.

inciso II, da Constituição Federal.⁵³ Mas são sempre atribuições exercidas na perspectiva política, diferentemente do que ocorre com os Tribunais de Contas, cujas atribuições são de natureza técnica e assim devem ser desempenhadas, com absoluta autonomia.

No nível infraconstitucional, a inovação trazida pela Lei 13.655/2021, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB, Decreto-Lei 4.657/1942), parece evidenciar a necessidade de identificação autônoma dos Tribunais de Contas, ao se referir, individualmente, às esferas administrativa, controladora e judicial em diversos de seus artigos.⁵⁴

Dada, portanto, a dificuldade de enquadramento dos Tribunais de Contas na organização do Estado em seus moldes convencionais, especialmente a partir da formulação da teoria da tripartição das funções do Poder, não é mesmo de se estranhar que a doutrina tenha, por tantas vezes, recorrido à expressão *sui generis* para identificar a natureza jurídica

⁵³ Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

X - fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta;

Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 2, de 1994)

§ 1º Os Ministros de Estado poderão comparecer ao Senado Federal, à Câmara dos Deputados, ou a qualquer de suas Comissões, por sua iniciativa e mediante entendimentos com a Mesa respectiva, para expor assunto de relevância de seu Ministério.

§ 2º As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informações a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no caput deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não - atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 2, de 1994)

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa;

⁵⁴ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

dos Tribunais de Contas como órgãos administrativos, mas com múltiplas e peculiares características.

O que se afirmou até aqui em nada se aproxima de qualquer defesa no sentido de que os Tribunais de Contas representariam um quarto Poder. Não são. O que se procurou defender foi o entendimento de que os Tribunais de Contas são órgãos autônomos que, a exemplo do Ministério Público, não se encaixam com facilidade em qualquer dos Poderes da República.

Conforme se demonstrará em tópico próprio, cuida-se de entendimento atualmente dominante também em outros países. E, no Brasil, consoante se afirmou anteriormente, Rui Barbosa, na Exposição de Motivos que justificou a criação do Tribunal de Contas, já havia sustentado idêntico entendimento a sinalizar a vocação desse órgão, qualificado pelo citado jurista, naquela oportunidade, como “corpo da magistratura intermediária à administração e à legislatura, colocado em posição autônoma”.⁵⁵

1.3. Natureza jurídica das atribuições dos Tribunais de Contas: O controle como função autônoma em face da clássica tripartição das funções do Poder

Muito já se controverteu a doutrina em torno de se saber se o Tribunal de Contas exerce ou não função jurisdicional e, se exerce, em que medida é exercida. A doutrina é bastante dividida neste ponto, motivo pelo qual se fará menção apenas aos principais argumentos de uma e outra corrente doutrinária.

No período anterior à Constituição Federal de 1988, manifestaram-se pelo reconhecimento da função jurisdicional dos Tribunais de Contas os seguintes juristas, entre outros: Marcelo Caetano,⁵⁶ Caio Tácito,⁵⁷ Cotrim Neto,⁵⁸ Themístocles Brandão Cavalcanti,⁵⁹ e Pontes de Miranda.⁶⁰

⁵⁵ BARBOSA, Rui. Op. cit., p. 258.

⁵⁶ CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. V. II. Rio de Janeiro. Forense. 1978, p. 238.

⁵⁷ TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo. Saraiva. 1975, p. 35.

⁵⁸ COTRIM NETO, A. B. Op. cit., p. 153-164.

⁵⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – Órgão Constitucional – Funções Próprias e Funções Delegadas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 109, julho-setembro/1972, p. 8.

⁶⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. v. II p. 95.

Para Themístocles Brandão Cavalcanti, o Tribunal de Contas tem função jurisdicional porquanto a revisão judicial de suas decisões encontra limites nas matérias de sua estrita competência, nos termos estabelecidos na Constituição.⁶¹

Pontes de Miranda, a seu turno, afirmou que “Hoje, e desde 1934, a função de julgar as contas está claríssima no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro Juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*. Ou o Tribunal de contas julga, ou não julga”.⁶²

Na vigência da atual Constituição Federal de 1988, também defendem a função jurisdicional do Tribunal de Contas os seguintes juristas, entre outros: Roberto de Camargo Mancuso,⁶³ Jarbas Maranhão,⁶⁴ Sebastião Baptista Affonso,⁶⁵ Jorge Ulisse Jacoby Fernandes,⁶⁶ e Heleno Taveira Torres.⁶⁷

Por sua contundência, merece especial atenção o entendimento de Heleno Taveira Torres, para quem “é indiscutível” a função jurisdicional dos Tribunais de Contas, tendo em vista se tratar de órgão especializado, “com função administrativa-jurisdicional, não passível de revisão pelos órgãos judiciais (excetuado o caso de inconstitucionalidade, pelo STF)”, independente, com competências outorgadas pela Constituição, que tem processualidade própria, e cujos ministros e conselheiros gozam de garantias específicas.⁶⁸

Aludido autor, após ressaltar que o Tribunal de Contas deve ser considerado um “órgão constitucional essencial ao Estado, mas um típico órgão com funções jurisdicionais, nos limites das suas competências” acrescenta que são as competências outorgadas pela Constituição que o qualifica como órgão com função jurisdicional e enfatiza que “ainda que se identifique no âmbito de funções ‘administrativas’, isso não impede que se identifique a função jurisdicional”.⁶⁹

⁶¹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Op. cit., p. 8.

⁶² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Op. cit., p. 95.

⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a execução das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, especialmente a legitimação. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, nº 83. Dezembro/96-Março/97, p. 26-27.

⁶⁴ MARANHÃO, Jarbas. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas: seus primórdios, normas e atribuições. **Revista de Informação Legislativa**, nº 119. Julho-setembro/1993, p. 255-268.

⁶⁵ AFFONSO, Sebastião Baptista. **Tribunais de Contas no contexto do Poder Judiciário**. Palestra proferida no XIX Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil. Rio de Janeiro, 21-24/out/1997.

⁶⁶ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 147.

⁶⁷ TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 460-463.

⁶⁸ Ibidem, p. 460-461.

⁶⁹ Idem, p. 462-463.

Por outro lado, entre os que, no período anterior à Constituição Federal de 1988, entenderam que o Tribunal de Contas não exerce função jurisdicional figuram os seguintes juristas, entre outros: Castro Nunes,⁷⁰ Alfredo Buzaid,⁷¹ Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁷² e José Cretella Júnior, que foi um dos autores que mais se dedicou ao estudo das Cortes de Contas, tendo apresentado argumentos que bem sintetizam o pensamento dessa corrente doutrinária.⁷³

Afirma Cretella que a terminologia inadequada induz muitos doutos a pensarem que a Corte de Contas exerce jurisdição. São expressões tais como “Tribunal”, “divisão em Câmaras”, “julgar”, “jurisdição”. Além disso, as garantias da vitaliciedade, da inamovibilidade e da irredutibilidade de vencimentos de seus membros colaboram para aumentar a confusão.⁷⁴

No entanto, entende o citado autor que a função jurisdicional, por ser a aplicação da lei ao caso concreto em decorrência de situação contenciosa, só é exercida pelo Poder Judiciário, porquanto o Tribunal de Contas aplica a lei de ofício. Admitir que tenha jurisdição será admitir a existência do contencioso administrativo no Brasil, o que não se pode aceitar em face do monopólio da jurisdição estabelecido pela Carta Política.⁷⁵

E continua o autor, afirmando que:

As questões decididas pelo Tribunal de Contas, na apreciação das contas dos responsáveis pelos dinheiros públicos, são meras ‘questões prévias’, são simples ‘questões prejudiciais’, constituem o **prius** lógico-jurídico de um crime, ou, pelo menos, de circunstância material desse crime. [...] O Tribunal de Contas não julga, não prolata sentença, não condena por **crime** praticado. [...] Não se deve perder de vista também que o Tribunal de Contas ‘aprecia’, ‘fiscaliza’ ou ‘julga’ contas, ao passo que o Poder Judiciário julga pessoas. [...] Assim, **requisito formal da jurisdição é a existência de órgão integrante do Poder Judiciário.**⁷⁶ (grifos do original).

Na vigência da atual Constituição Federal de 1988, entendem que o Tribunal de Contas não exerce jurisdição os seguintes juristas, entre outros: Michel Temer,⁷⁷ José Afonso

⁷⁰ CASTRO NUNES. Op. cit., p. 30.

⁷¹ BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Volume LXII. Fasc. II. 1967, p. 49.

⁷² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Tribunais de Contas - natureza, alcance e efeitos de suas funções. **RDP**, n. 73, p. 181-192, jan./mar. 1985, p. 191.

⁷³ CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, nº 94, abril-junho/1987, p. 183-198.

⁷⁴ Ibidem, p. 193-195.

⁷⁵ Idem, p. 193-195.

⁷⁶ Idem, p. 193-195.

⁷⁷ TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo. Malheiros, 1999, p. 133-134.

da Silva,⁷⁸ José Maurício Conti,⁷⁹ Ricardo Lobo Torres,⁸⁰ José dos Santos Carvalho Filho,⁸¹ Marçal Justen Filho,⁸² Odete Medauar,⁸³ e Regis Fernandes de Oliveira.⁸⁴

O principal argumento invocado para fundamentar esse entendimento, conforme sustentado por Odete Medauar, tem sido a ausência de definitividade ou imutabilidade das decisões dos Tribunais de Contas em virtude da possibilidade de revisão judicial de suas decisões assegurada pelo art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.⁸⁵

Regis Fernandes de Oliveira reforça o argumento ao defender a necessidade de os autores chegarem a um acordo sobre o que denominam de “função jurisdicional”, pois, se for usada em seu sentido técnico, segundo o qual significa “proferir decisões com força de definitividade, isto é, inapreciáveis por qualquer outro órgão”, então, afirma o autor, o Tribunal de Contas não tem função jurisdicional, mas apenas administrativa.⁸⁶

Em posição intermediária às duas anteriores figuram os seguintes juristas, para os quais os Tribunais de Contas, embora não exerçam função jurisdicional típica, exercem função jurisdicional específica, especializada, anômala: Carlos Casimiro Costa e Roberto Rosas, em relação ao período anterior ao da Constituição Federal de 1988, e Seabra Fagundes e Athos Gusmão Carneiro, já na vigência da atual Constituição.

Com efeito, Roberto Rosas, baseado em doutrina italiana, defendeu ter o TCU jurisdição especial.⁸⁷ Trata-se de entendimento, de certo modo, semelhante ao de Athos Gusmão Carneiro, ao afirmar que a Constituição de 1988 admite dois casos de jurisdição anômala, que são a do Tribunal de Contas e a do processo de *impeachment*.⁸⁸

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 773.

⁷⁹ CONTI, José Maurício. **Direito Financeiro na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998, p. 27.

⁸⁰ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 474.

⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 1046.

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1163.

⁸³ MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. Op. cit., p. 154.

⁸⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 872-873.

⁸⁵ MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. Op. cit., p. 154.

⁸⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. Op. cit., p. 873.

⁸⁷ ROSAS, Roberto. Aspectos dos Tribunais de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, out-dez/1969, p. 31.

⁸⁸ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 9. edição. São Paulo. Saraiva. 1999, pp. 12-14.

Para Seabra Fagundes, por sua vez, o Tribunal de Contas só exerce jurisdição quando do julgamento das contas dos gestores públicos, pois somente nesses casos suas decisões, pela natureza intrínseca, são definitivas. Entendeu o jurista que se trata de setor tão peculiar do Tribunal de Contas que nenhum outro órgão estaria tecnicamente apto a rever suas decisões. No tocante às demais atividades, porém, Fagundes defendeu que a atuação da Corte de Contas assemelha-se à da Administração Pública ou do Congresso.⁸⁹ No mesmo sentido é a opinião de Carlos Casimiro Costa.⁹⁰

Por fim, merece registro, ainda que não tenham se referido especificamente aos Tribunais de Contas, a observação de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco no sentido de que o critério orgânico aplicado isoladamente é inaceitável para distinguir a jurisdição, porquanto outros órgãos não pertencentes ao Poder Judiciário exercem funções jurisdicionais, como, por exemplo, o Senado Federal, nas hipóteses do art. 52, inciso I, da Constituição.⁹¹

Não obstante a controvérsia em torno do tema, o STF tem registrado em sua jurisprudência alguns julgados anteriores à Constituição Federal de 1988, nos quais fez referência à função jurisdicional do Tribunal de Contas da União, conforme precedentes colacionados por Roberto Rosas (RTJ 49/376, 48/353, 47/654, 45/756)⁹². Há, porém, decisões em sentido contrário, tanto anteriores quanto posteriores à Constituição Federal de 1988 (RE 67.127 e ADI 215).⁹³

Em precedente mais recente, o STF bem retratou o seu atual entendimento sobre a matéria, ao reconhecer que o processo do TCU não é um processo administrativo comum e

⁸⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. Uma visão reformista dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, nº 13, julho/1982, p. 161-162.

⁹⁰ COSTA, Carlos Casimiro. Funções jurisdicionais e administrativas dos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, nº 53. 1958, p. 29-55.

⁹¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 12. ed. São Paulo. Malheiros. 1996, p. 135.

⁹² ROSAS, Roberto. Op. cit., p. 32.

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). Recurso Extraordinário 67.127. Ementa: Aposentadoria. Competência do Tribunal de Contas. Natureza administrativa de suas decisões. Legalidade da aposentadoria. Não conhecimento do recurso. Relator: Min. Themístocles Cavalcanti, 28 de abril de 1969. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=163316>. Acesso em: 20 nov. 2022. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 215. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA PARAIBA - TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL - LIMITAÇÃO DE SEUS PODERES - INSTITUIÇÃO DE SISTEMA DE APROVAÇÕES FICTAS - DIVERGENCIA COM O MODELO FEDERAL - MEDIDA CAUTELAR - DEFERIMENTO PARCIAL. [...] - A impugnação ao vocábulo 'apreciar', empregado pela constituição estadual em substituição ao termo 'julgar', adotado pela carta federal quanto a mesma atribuição do tribunal de contas, não dá lugar a sua suspensão liminar, sob pena de virtual desaparecimento da função de controle que o dispositivo contempla. Relator: Min. Celso de Mello, 7 de junho de 1990. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346256>. Acesso em: 20 nov. 2022.

também que as suas funções, para além de serem meramente administrativas, aproximam-se da jurisdição, embora com ela não se confundam, razão pela qual devem ser consideradas “de colorido quase-jurisdicional”, consoante ficou registrado na seguinte ementa, na parte que interessa (com grifos nossos):

EMENTA: I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo TCU de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as **funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase - jurisdicional**.⁹⁴

Depreende-se do exposto que o assunto em tela recebeu tratamento deveras diversificado tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Mas, também contribui para o aumento da controvérsia a própria redação constante em alguns dispositivos da Constituição pertinentes ao TCU, especialmente no tocante ao uso dos termos “jurisdição” e “julgar”.

No tocante ao uso do termo “jurisdição”, o *caput* do art. 73 da Constituição Federal dispõe que o TCU tem “jurisdição em todo o território nacional”, o que pode induzir à equivocada compreensão de que a própria Constituição Federal teria reconhecido a função jurisdicional dos Tribunais de Contas.⁹⁵

No entanto, é preciso reconhecer que a Constituição Federal, em outros dois dispositivos, também usou a expressão “jurisdição” sem a devida precisão técnica, no §7º do

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 23.550**. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, 4 de abril de 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85979>. Acesso em: 25 out. 2021.

⁹⁵ “Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o território nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no art. 96”.

art. 14, ao se referir à “jurisdição” do político eleito,⁹⁶ e no inciso XVIII do art. 37, que menciona a “jurisdição” da administração fazendária.⁹⁷

Como se vê, o uso do termo “jurisdição” na Constituição Federal não deve ser entendido no seu sentido jurídico estrito, relativo à jurisdição própria do Poder Judiciário, mas sim como competência territorial ou circunscrição, a depender do caso.

Relativamente ao uso do termo “julgar”, o inciso II do art. 71 estabelece a competência do TCU para julgar as contas dos agentes públicos em geral.⁹⁸ Mas, no inciso III do mesmo artigo dispõe que compete ao TCU “apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal (...) bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões”.⁹⁹

A competência para o julgamento das contas dos agentes públicos tem servido de fundamento para que alguns sustentem a função jurisdicional, consoante demonstrado anteriormente. Por outro lado, entre os doutrinadores que não reconhecem a função jurisdicional aos Tribunais de Contas há quem defenda, a exemplo do Regis Fernandes de Oliveira, que a expressão “julgar” constante do inciso II do art. 71 da Constituição Federal deve ser lida como “apreciar”, que é exatamente a expressão usada no inciso III do aludido artigo, pois, segundo esses doutrinadores, os Tribunais de Contas não julgam, mas apenas apreciam tecnicamente as contas e os atos do Poder Público.¹⁰⁰

Entendemos que nenhuma das duas compreensões acima descritas retrata o melhor direito. No que concerne à primeira, há que se fazer a importante distinção entre função judicante, de um lado, e função jurisdicional, do outro. Sem dúvida que a função jurisdicional

⁹⁶ “§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consangüíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.”

⁹⁷ “XVIII - a administração fazendária e seus servidores fiscais terão, dentro de suas áreas de competência e jurisdição, precedência sobre os demais setores administrativos, na forma da lei;”

⁹⁸ “II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;”

⁹⁹ “III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;”

¹⁰⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 872.

se concretiza de modo preponderante por meio da função judicante, mas o exercício da função judicante não é privativo do Poder Judiciário.

Com efeito, são inúmeros os casos em que a legislação se refere expressamente ao julgamento a ser proferido pela autoridade administrativa competente sobre determinada matéria, como, por exemplo, ocorre no processo administrativo disciplinar previsto no Estatuto do Servidor Público Federal (Lei 8.112/1990),¹⁰¹ no processo licitatório, previsto na Lei 8.666/1993¹⁰² e na Lei 14.133/2021,¹⁰³ nos processos relativos à prevenção e à repressão às infrações contra a ordem econômica conduzidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), previsto na Lei 12.529/2011,¹⁰⁴ nos processos fiscais submetidos a julgamento pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), previsto no Decreto 70.235/1972, com a redação dada pela Lei 11.941/2009,¹⁰⁵ nos processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira previstos na Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013),¹⁰⁶ entre tantos outros exemplos.

¹⁰¹ “Art. 151. O processo disciplinar se desenvolve nas seguintes fases: I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão; II - inquérito administrativo, que compreende instrução, defesa e relatório; III - **julgamento**.”; “Art. 167. No prazo de 20 (vinte) dias, contados do recebimento do processo, a autoridade **julgadora** proferirá a sua decisão.” (grifos nossos)

¹⁰² “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e **julgada** em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do **julgamento** objetivo e dos que lhes são correlatos.” (grifos nossos)

¹⁰³ “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do **julgamento** objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).” (grifos nossos)

¹⁰⁴ “Art. 61. No **julgamento** do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato.” (grifos nossos)

¹⁰⁵ “Art. 25. O **julgamento** do processo de exigência de tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal compete: I - em primeira instância, às Delegacias da Receita Federal de **Julgamento**, órgãos de deliberação interna e natureza colegiada da Secretaria da Receita Federal; a) aos Delegados da Receita Federal, titulares de Delegacias especializadas nas atividades concernentes a **julgamento** de processos, quanto aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. b) às autoridades mencionadas na legislação de cada um dos demais tributos ou, na falta dessa indicação, aos chefes da projeção regional ou local da entidade que administra o tributo, conforme for por ela estabelecido. II – em segunda instância, ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, órgão colegiado, paritário, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com atribuição de **julgar** recursos de ofício e voluntários de decisão de primeira instância, bem como recursos de natureza especial.” (grifos nossos)

¹⁰⁶ “Art. 8º A instauração e o **julgamento** de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.” (grifos nossos)

Em todos esses casos a Administração Pública, por meio da autoridade competente ou do órgão competente, exerce função judicante embora não exerça função jurisdicional própria do Poder Judiciário. Em outras palavras, entendemos que julgar não é ato privativo do Poder Judiciário, mas sim julgar com caráter de definitividade, o que, neste último caso, aí sim caracteriza a função jurisdicional.

Pela mesma razão, divergimos também da doutrina segundo a qual a expressão “julgar” constante do inciso II do art. 71 da Constituição Federal deveria ser lida como “apreciar”. Entendemos não haver distinção entre esses termos, ao menos da forma como foram empregados no art. 71 e para a sua específica finalidade de outorgar as respectivas atribuições aos Tribunais de Contas. Quem julga aprecia e vice-versa.

Esse tem sido também o entendimento do STF que, em vários precedentes, tem se referido à competência do TCU de “apreciar” os atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, prevista no inciso III do citado art. 71, como sendo “julgar”, tendo o STF, em vários desses precedentes, usado a expressão “julgamento da legalidade” em vez de “apreciação da legalidade” dos referidos atos de admissão ou de concessão de aposentadoria, reforma ou pensão.¹⁰⁷

Conforme consignado pela Ministra Cármen Lúcia, o Ministro Nelson Hungria, no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança 3.881, ocorrido em 1958, já havia chamado a atenção para esse tema, ao afirmar que “‘julgar da legalidade’ não é apenas

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 24.728**. Ementa: (...) 7. Art. 71, III, da Constituição. Tribunal de Contas da União. Controle externo. **Julgamento** de legalidade de concessão de aposentadoria ou pensão. Inexistência de processo contraditório ou contestatório. Precedentes. Relator: Min. Gilmar Mendes, 3 de agosto de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86175>. Acesso em: 12 mar. 2022. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 24.781**. Ementa: (...) III – Nesses casos, conforme o entendimento fixado no presente julgado, o prazo de 5 (cinco) anos deve ser contado a partir da data de chegada ao TCU do processo administrativo de aposentadoria ou pensão encaminhado pelo órgão de origem para **julgamento** da legalidade do ato concessivo de aposentadoria ou pensão e posterior registro pela Corte de Contas. Relatora: Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes, 2 de março de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623956>. Acesso em: 12 mar. 2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário 636.553**. Ementa: (...) 6. TESE: "Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o **julgamento** da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas". Relator: Min. Gilmar Mendes, 19 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752747720>. Acesso em: 12 mar. 2022.

apreciar a regularidade forma do ato administrativo (...): é julgar de todas as condições intrínsecas e extrínsecas da sua legalidade”.¹⁰⁸

Portanto, entendemos que, a exemplo do que ocorre com tantas autoridades administrativas e órgãos públicos, conforme demonstrado anteriormente, os Tribunais de Contas exercem função judicante, no sentido de emissão de juízo de valor, o que não se confunde com a função jurisdicional própria do Poder Judiciário.

Feita essa distinção, cumpre explorar um pouco mais as características da função jurisdicional, a fim de permitir análise mais acurada desse tema comparativamente às funções exercidas pelos Tribunais de Contas.

Apesar de José Cretella Júnior, conforme visto acima, ter fundamentado sua argumentação no fato de a jurisdição qualificar-se por atividade provocada, em situação contenciosa, de aplicação da lei ao caso concreto – motivo pelo qual o TCU não exerceria jurisdição, já que aplica a lei de ofício -, algumas outras características da jurisdição devem ser consideradas para o deslinde da questão.

Consoante observa Carneiro, a jurisdição, além de ser atividade provocada, é pública, substitutiva, indeclinável, a ser exercida pelo juiz natural, e tem como atributo específico a coisa julgada.¹⁰⁹ Considerados esses atributos da jurisdição, é correto afirmar que quem não os possui não exerce jurisdição. Desse modo, cumpre verificar se os Tribunais de Contas possuem ou não todos os atributos da jurisdição.

Certo é que a Corte de Contas não precisa de provocação para agir, pois tem a iniciativa do processo de fiscalização, o que não significa que não aja inúmeras vezes mediante provocação, quando, por exemplo, realiza auditorias a pedido do Congresso Nacional ou quando recebe e apura denúncias ou, ainda, no caso de processos de Tomada de Contas Especial instaurados pela autoridade administrativa competente e que, por força de lei, são remetidos ao TCU para julgamento (LOTUCU, art. 8º, § § 2º e 3º).

¹⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança nº 27.185. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. ACÓRDÃO N. 188/2008. DETERMINAÇÃO DE RETORNO DO IMPETRANTE À ATIVIDADE PARA COMPLETAR O TEMPO NECESSÁRIO PARA APOSENTADORIA COM PROVENTOS INTEGRAIS, OU SUA PERMANÊNCIA, NA CONDIÇÃO DE APOSENTADO, COM PROVENTOS PROPORCIONAIS. LEGALIDADE DO CÔMPUTO DO PRAZO DE ALUNO-APRENDIZ EM ESCOLA TÉCNICA PARA APOSENTADORIA DO IMPETRANTE: PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 17 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609268>. Acesso em: 12 mar. 2022.

¹⁰⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 07-12.

Inequivocamente a atividade dos Tribunais de Contas é pública e, em alguns casos, substitutiva. A atividade substitutiva do Tribunal de Contas revela-se mais intensamente nas decisões de natureza mandamental, nas quais impõe à Administração Pública uma obrigação de fazer, de não fazer ou de dar, no pleno exercício da competência que lhe confere o inciso IX do art. 71 da Constituição Federal de “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”.

A atividade dos Tribunais de Contas é indeclinável, exercida por juiz natural, na medida em que suas competências foram abstratamente fixadas pela Constituição, em caráter privativo, indeclinável e indelegável, das quais não se pode esquivar.

Há ainda outra característica da jurisdição que é o poder de coerção ou, como preferem alguns, a sua inevitabilidade, ou seja, a prestação jurisdicional impõe-se independentemente da vontade das partes que ao Estado-juiz se submetem, devendo cumprir a manifestação judicial que resultar do processo. Referido poder de coerção é também exercido pelos Tribunais de Contas, nos limites fixados pela Constituição e respectivas leis orgânicas.

A atuação dos Tribunais de Contas é sempre imparcial, tanto na apuração dos fatos quanto no julgamento. Não é o Tribunal de Contas um preposto do Erário. É um defensor da sociedade, de direitos difusos, que pauta sua atuação pelo controle da aplicação da lei. Não aplica a lei para a promoção do bem comum, do que é exemplo a construção de uma escola ou de um hospital. Fiscaliza aqueles que aplicam a lei para a promoção do bem comum. Nesse ponto, observa-se, mais uma vez, que a Corte de Contas se distancia da função puramente administrativa e se aproxima da função jurisdicional.

Portanto, o Tribunal, ao julgar contas, não faz mero juízo de verificação. Ele analisa a conduta do responsável, assim como os resultados produzidos ou que deveriam ter sido produzidos e o nexo de causalidade entre um e outro. Avalia se era exigível conduta diversa da adotada pelo gestor, diante da situação posta. Interpreta a lei e contrasta a conduta do gestor com os comandos legais. E, ainda, havendo débito, apura-o e o quantifica. Tudo isso ocorre com total respeito à ampla defesa do gestor que acompanha o processo desde o início e produz suas provas.

Ao final, entendendo o Tribunal que o gestor agiu com dolo ou culpa, imputa-lhe responsabilidade pelo ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, e julga suas contas irregulares, o que pode implicar a sua inelegibilidade, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei

Complementar nº 64/90. Tendo havido prejuízo ao Erário, condena o gestor ao ressarcimento dos valores devidos. Dependendo da gravidade da infração cometida pelo gestor, o Tribunal pode ainda lhe aplicar uma multa, cujo valor pode ser igual ao do dano causado ao Erário, atualizado monetariamente (LOTUCU, arts. 16, 19, 57 e 58). Nos dois casos – imputação de débito ou multa – a decisão do TCU tem eficácia de título executivo (CF, art. 71, § 3º).

Além disso, o Tribunal, por maioria absoluta de seus membros, pode considerar grave a infração cometida e declarar a inabilitação do gestor, por um período que varia de 5 a 8 anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da administração pública (LOTUCU, art. 60). Caso verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal poderá também declarar a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (LOTUCU, art. 46).

Por fim, assim como grande parte da doutrina e da jurisprudência, também entendemos que as decisões das Cortes de Contas não possuem o atributo da coisa julgada material, pois podem ser apreciadas pelo Poder Judiciário em caso de ilegalidade manifesta ou irregularidade formal, consoante será melhor explorado adiante neste trabalho. Opera-se, no entanto, a coisa julgada formal, a preclusão na esfera administrativa ou o que alguns doutrinadores denominam de coisa julgada administrativa.¹¹⁰

Vê-se, assim, que os Tribunais de Contas exercem uma atividade que tem vários dos atributos da jurisdição, pois, tal qual a jurisdição, exercem uma atividade pública, substitutiva, indeclinável, exercida por juiz natural que, no caso, é o magistrado de contas natural, e inevitável (da qual decorre seu poder de coerção). No entanto, é forçoso reconhecer que os Tribunais de Contas não detêm todos os atributos da jurisdição, pois não se submetem ao princípio da inércia e suas decisões não têm o caráter de definitividade para todos, mas apenas perante a própria Administração Pública, ou seja, não fazem coisa julgada material oponível a todos, o que inclui, em especial, o Poder Judiciário.

Por esses motivos entendemos não ser correto afirmar que os Tribunais de Contas exercem função jurisdicional típica, *stricto sensu*, mas pela mesma razão não nos parece correto dizer que suas funções são apenas administrativas. Desse modo, à luz das opções aventadas pela doutrina, restaria nos alinharmos à corrente intermediária que, consoante

¹¹⁰ A revisão judicial das decisões dos Tribunais de Contas é objeto de análise específica em item próprio deste trabalho.

exposto anteriormente, entende que os Tribunais de Contas exercem uma jurisdição especializada, anômala, própria de contas.

A tese é sedutora, mas, a nosso ver, desnecessária, pois busca, não sem considerável esforço, acomodar as funções exercidas pelos Tribunais de Contas em uma das três funções do poder decorrentes da teoria da tripartição de poderes e funções estatais, quais sejam a administrativa, a legislativa, e a judiciária, ainda que, para tanto, tenha de recorrer a adjetivos tais como “especializada” ou “anômala”.

Entendemos que não há razões para, em pleno século XXI, ainda tentarmos ajustar a realidade a uma teoria concebida em circunstâncias históricas próprias e muito distintas das atuais. É preciso pensar o presente com os olhos no presente. A inspiração no passado é sem dúvida útil, mas neste caso não pode servir de amarra para dificultar o reconhecimento da inegável realidade normativa e fática dos dias de hoje que, em muito, transcendeu as limitações da teoria da tripartição das funções do poder de Montesquieu.

Com Loewenstein, a separação dos poderes deve ser entendida como a separação das funções estatais, cuja doutrina, decorrente da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789, no período iluminista, buscou, dentro dos ideais de liberdade individual, garantir que os detentores do poder o exercessem de modo independente, mas com mútuo controle entre si, pois, dessa maneira, os destinatários do poder estariam protegidos de eventuais abusos cometidos.¹¹¹

O autor chama a atenção para a incapacidade do princípio da separação dos poderes de explicar e contemplar a realidade atual, que fica evidente quando se analisa referido princípio em face do regime de governo parlamentarista, no qual os poderes legislativo e executivo não estão separados nem pessoal nem funcionalmente, pois os ministros do governo são membros do parlamento, o que revela um funcionamento integrado entre esses poderes que se distancia do modelo concebido pelo princípio da separação dos poderes.¹¹²

Admitida essa limitação, revela-se incoerente, de um lado, reconhecer a posição institucional do Tribunal de Contas como órgão autônomo de permeio entre os demais Poderes, sem a nenhum deles pertencer, mas, de outro, buscar, a todo custo, enquadrar as suas funções de controle em uma das três funções estatais diretamente decorrentes da clássica

¹¹¹ LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução do alemão para o espanhol: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel. 1979, p. 55.

¹¹² Ibidem, p. 55.

tripartição do poder. Ora, ao se admitir o desprendimento do Tribunal de Contas de qualquer dos Poderes, é forçoso também admitir que suas funções de controle, de igual modo, não se ajustam a essa rígida moldura das funções estatais.

O que ora se sustenta decorre do reconhecimento da existência, no Direito Público contemporâneo, de uma "pluralidade dos centros constitucionais de imputação do poder", tal qual afirmado por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, assentado na doutrina de Giuseppe de Vergottini, porquanto, segundo o referido autor nacional, algumas funções públicas essenciais à existência do Estado requerem o monopólio da coerção para serem bem exercidas com eficácia jurídica, motivo pelo qual são atribuídas a órgãos situados no vértice da ordem jurídica, mas que não necessariamente se amoldam às limitações da tripartição das funções do poder.¹¹³

O mesmo autor, em outro trabalho doutrinário, sustentou que os Tribunais de Contas são órgãos que exercem o que denominou de “funções constitucionais neutrais independentes”, na qualidade de contrapoderes institucionalizados com vistas a dar uma resposta democrática satisfatória às legítimas demandas oriundas dos contrapoderes sociais personificados pelas associações privadas, grupos de pressão, órgãos de imprensa, manifestações populares e movimentos de massa em geral, tudo isso extremamente intensificado pelo uso da comunicação digital de massa.¹¹⁴

A juridicização dos contrapoderes sociais revelou a insuficiência do desenho do Estado moderno para dar respostas satisfatórias à essas variadas demandas legítimas, tendo em vista a sua limitação à apenas duas funções públicas, quais sejam, a governativa, exercida pelo Poder Executivo e pelo Legislativo, e a judicativa, exercida pelo Poder Judiciário, o que fez surgir a necessidade de “funções de intermediação cometidas a instituições constitucionalizadas”, “apartidárias dos legítimos interesses da cidadania”, “para que sejam direta ou indiretamente exercidas em seu precípua interesse”.¹¹⁵

Foi com base nessa compreensão que Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustentou que estas funções de intermediação devem ser desempenhadas por agentes do Estado, mas

¹¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (Um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223, n. 24, jan./mar. 2001, p. 8-9. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48309/46485>. Acesso em: 15 ago. 2022.

¹¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Funções essenciais à justiça e contra-poderes. **Revista da AGU**, v. 10, n. 27, p. 7-30, jan./mar. 2011, p. 12-13. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1908/1575>. Acesso em: 12 mai. 2022.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 16-17.

cujas competências sejam “prioritariamente afetas ao interesse direto da sociedade, embora, sempre que legitimamente compatível, possam também estar afetas ao interesse do próprio Estado”.¹¹⁶ Por essa razão, o autor apresentou cinco funções neutrais relativas à zeladoria, ao controle e à promoção e defesa dos direitos fundamentais, das quais a função controle exercida pelos Tribunais de Contas foi a primeira que mencionou, nos seguintes termos:

- funções neutrais constitucionalmente independentes de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, voltadas explicitamente à tutela da legalidade, da legitimidade e da economicidade da gestão administrativa, e, implicitamente, também à tutela da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da gestão pública, categorizadas como atividades de zeladoria e de controle, cometidas ao sistema nacional de Tribunais de Contas.¹¹⁷

Nuno Piçarra já havia alertado para a importância de se ter clareza quanto à distinção entre a separação de poderes como doutrina da separação de poderes como princípio constitucional. Como doutrina, analisa e prescreve o equilíbrio e as limitações entre grupos sociais, de modo que passa a ser uma teoria do pluralismo, como “teoria integral da separação de poderes”. Por outro lado, como princípio constitucional, a separação de poderes está relacionada a própria estrutura do poder político, ou seja, “é apenas uma separação normativa dos poderes”.¹¹⁸ Feita essa distinção, o autor admite a existência de funções do poder que não se enquadram na tradicional tripartição.¹¹⁹

No mesmo sentido é a percepção de Canotilho que reconhece haver, nos dias de hoje, um policentrismo, a exemplo do que fez Portugal ao prever órgãos constitucionais, seja de Estado, seja de soberania, cujas competências derivam diretamente da Constituição.¹²⁰

Significa dizer, com Konrad Hesse, que o princípio da divisão dos poderes não pode ser lido como limitador das funções estatais apenas à legislação, jurisdição e administração, pois é, primordialmente, um instrumento de limitação do próprio exercício do poder que ocorre exatamente por meio da sua divisão como mecanismo para seu refreamento. Não se trata, portanto, de entender como sendo exclusivas e únicas as referidas funções estatais, mas

¹¹⁶ Idem, p. 19.

¹¹⁷ Idem, p. 26.

¹¹⁸ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 231-232.

¹¹⁹ Ibidem, p. 262-265.

¹²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina. 2003, p. 564-566.

apenas as mais básicas. Como bem afirma expressamente o citado autor, há outras relevantes funções estatais, tais como a de controle.¹²¹

O reconhecimento do controle como função estatal autônoma foi proposto também por Loewenstein que, após ressaltar o caráter de limitação histórica da separação de poderes e que, a rigor, deve ser entendida como separação das funções do poder, sustentou o reconhecimento de uma nova divisão das funções do poder, que seriam: a decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*), a execução dessa decisão política (*policy execution*) e, por fim, o seu controle político (*policy control*).¹²²

Em reflexão feita sob a perspectiva processual, Ayres Britto, de igual modo, também sustenta a autonomia da função controle exercida pelos Tribunais de Contas, conforme comentado anteriormente, ao defender que seus processos não são administrativos, nem parlamentares, nem judiciais, mas sim processos de contas, porquanto prolatam julgamentos acerca dos atos praticados por órgãos públicos e agentes públicos e não sobre seus próprios atos. Para o autor, a atuação dos Tribunais de Contas não é, portanto, originária, mas sim consequente à da Administração Pública, e “seu operar institucional não é propriamente um tirar competências da lei para agir, mas ver se quem tirou competências da lei para agir estava autorizado a fazê-lo e em quê medida”.¹²³

Para concluir, o STF já decidiu que “**A competência institucional** dos Tribunais de Contas **não deriva**, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, **mas traduz** emanção **que resulta**, *primariamente*, **da própria** Constituição da República” [grifos do original]. Aludido entendimento reforça a ideia de autonomia da função de controle

¹²¹ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998, p. 369-371.

¹²² LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit., p. 62.

¹²³ BRITTO, Carlos Ayres. Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. Op. cit., p. 73.

exercida pelos Tribunais de Contas, apartada das clássicas funções administrativa, legislativa e judicial, decorrentes diretamente da clássica separação das funções do poder.¹²⁴

Portanto, entendemos que a função de controle exercida pelos Tribunais de Contas é função estatal autônoma não contemplada pelas funções administrativa, legislativa e judicial decorrente da clássica tripartição das funções do poder, embora seja decorrente do princípio da separação das múltiplas funções do poder, que não são apenas três, como instrumento de divisão e limitação do poder a ser exercido pelas autoridades e órgãos públicos competentes, à luz do sistema de freios e contrapesos.

1.4. Competências autônomas dos Tribunais de Contas

A abordagem sobre as competências específicas dos Tribunais de Contas requer, antes, algumas considerações sobre o seu estatuto jurídico constitucional e sobre o princípio da simetria previsto no art. 75 da Constituição Federal, especialmente em face de recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

1.4.1. O estatuto jurídico constitucional dos Tribunais de Contas

Os Tribunais de Contas são órgãos de estatura constitucional, ou seja, suas competências são definidas pela própria Constituição, o que significa não ser possível ao legislador ordinário, por meio de norma infraconstitucional, aumentar ou reduzir as competências das Cortes de Contas. Somente mediante alteração da própria Constituição Federal é possível essa empreitada.

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4190-RJ**. Ementa: (...) **A POSIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS - ÓRGÃOS INVESTIDOS DE AUTONOMIA JURÍDICA - INEXISTÊNCIA DE QUALQUER VÍNCULO DE SUBORDINAÇÃO INSTITUCIONAL AO PODER LEGISLATIVO - ATRIBUIÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE TRADUZEM DIRETA EMANAÇÃO DA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**. Os Tribunais de Contas **ostentam** posição eminente na estrutura constitucional brasileira, **não se achando subordinados**, por **qualquer** vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, **de que não são** órgãos delegatários **nem** organismos de mero assessoramento técnico. **A competência institucional** dos Tribunais de Contas **não deriva**, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, **mas traduz** emanação **que resulta, primariamente, da própria** Constituição da República. **Doutrina. Precedentes** Relator: Min. Celso de Mello, 10 de março de 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612217>. Acesso em: 8 abr. 2022. (grifos do original)

Sobre o assunto já se manifestou o Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do pedido de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade oferecida em face do art. 56, *caput*, e §2º do art. 57, ambos da Lei Complementar nº 101/2000, mais conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal. Citados dispositivos receberam a seguinte redação:

Art. 56. As contas prestadas pelos Chefes do Poder Executivo incluirão, além das suas próprias, as dos Presidentes dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Chefe do Ministério Público, referidos no art. 20, as quais receberão parecer prévio, separadamente, do respectivo Tribunal de Contas.

(...)

§ 2º Os Tribunais de Contas não entrarão em recesso enquanto existirem contas de Poder, ou órgão referido no art. 20, pendentes de parecer prévio.

Decidiu o Supremo Tribunal Federal suspender, cautelarmente, a eficácia dos citados dispositivos, por entender que não poderia norma infraconstitucional retirar do Tribunal de Contas da União competência que lhe foi conferida pela Constituição Federal. Na parte que interessa a ementa do aludido julgado ficou assim redigida:

XXVI - Art. 56, *caput*: norma que contraria o inciso II do art. 71 da Carta Magna, tendo em vista que apenas as contas do Presidente da República deverão ser apreciadas pelo Congresso Nacional. XXVII - Art. 57: a referência a "contas de Poder", no § 2º do art. 57, evidencia a abrangência, no termo "contas" constante do *caput* do artigo, daqueles cálculos decorrentes da atividade financeira dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, que somente poderão ser objeto de julgamento pelo Tribunal de Contas competente (inciso II do art. 71 da Constituição).¹²⁵

Portanto, normas infraconstitucionais que preveem atribuições ou deveres aos Tribunais de Contas somente serão constitucionais se estiverem harmônicas com a moldura traçada pela Constituição Federal no tocante ao estatuto jurídico dos Tribunais de Contas. Do contrário, ao se admitirem inovações legislativas, seja para aumentar ou para reduzir suas atribuições, mas estranhas à conformação constitucional das Cortes de Contas, se permitirá a ilegítima alteração da Constituição por vias transversas.

Não obstante a autonomia da função controle defendida no item anterior, há doutrina que, à luz da rígida tripartição das funções do poder estabelecida na Constituição Federal, considera o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas como espécie do gênero controle legislativo que, no caso, não é político, mas sim técnico, administrativo-financeiro.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.238**. Rel. Min. Ilmar Galvão. Julgado em 09/08/2007. DJe de 12/09/2008.

Segundo essa linha de pensamento, ensina Zanella Di Pietro que o controle exercido pelo Poder Legislativo, seja o político, exercido diretamente, ou o técnico, exercido pelo Tribunal de Contas, representa uma interferência tanto no Poder Executivo quanto no Poder Judiciário, quanto à sua função administrativa, motivo pelo qual se deve limitar às hipóteses constitucionais.¹²⁶

Segundo a autora, por essa razão, normas infraconstitucionais, incluídas as constituições estaduais, não podem inovar no mundo jurídico e prever outras modalidades de controle fora das hipóteses previstas na Constituição Federal, em respeito ao princípio da separação de Poderes, do qual o controle de um Poder sobre outro configura uma exceção.¹²⁷

O Supremo Tribunal Federal também já teve a oportunidade de enfrentar o tema, ao apreciar a constitucionalidade de norma estadual que previu nova hipótese de fiscalização legislativa dos atos do Poder Executivo, oportunidade na qual aquela Corte enfatizou que somente a Constituição Federal pode disciplinar a matéria, não podendo norma infraconstitucional prever novas hipóteses de interferência que não decorram explícita ou implicitamente das hipóteses constitucionais. Da ementa do citado julgado, destaca-se o seguinte trecho:¹²⁸

II. Separação e independência dos Poderes: pesos e contrapesos: imperatividade, no ponto, do modelo federal.

1. Sem embargo de diversidade de modelos concretos, o princípio da divisão dos poderes, no Estado de Direito, tem sido sempre concebido como instrumento da recíproca limitação deles em favor das liberdades clássicas: daí constituir em traço marcante de todas as suas formulações positivas os "pesos e contrapesos" adotados.

2. A fiscalização legislativa da ação administrativa do Poder Executivo é um dos contrapesos da Constituição Federal à separação e independência dos Poderes: cuida-se, porém, de interferência que só a Constituição da República pode legitimar.

3. Do relevo primacial dos "pesos e contrapesos" no paradigma de divisão dos poderes, segue-se que à norma infraconstitucional - aí incluída, em relação à Federal, a constituição dos Estados-membros -, não é dado criar

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 892-893.

¹²⁷ Ibidem, p. 892-893. Nas palavras da jurista: "O controle que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública tem que se limitar às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois; alcança os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração Indireta e o próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa. Não podem as legislações complementar ou ordinária e as Constituições estaduais prever outras modalidades de controle que não as constantes da Constituição Federal, sob pena de ofensa ao princípio da separação de Poderes; o controle constitui exceção a esse princípio, não podendo ser ampliado fora do âmbito constitucional. Basicamente, são dois os tipos de controle: o **político** e o **financeiro**". (negritos do original)

¹²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.046**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de abril de 2004. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363288>. Acesso em: 30 abr. 2022.

novas interferências de um Poder na órbita de outro que não derive explícita ou implicitamente de regra ou princípio da Lei Fundamental da República.¹²⁹

Em sentido oposto, o §1º do art. 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal oferece bom exemplo de norma infraconstitucional que é harmônica com a moldura definida pela Constituição Federal para os Tribunais de Contas, pois se trata de comando normativo que apenas regulamenta a forma de atuação das Cortes de Contas no tocante ao controle da responsabilidade fiscal.¹³⁰

A obrigatoriedade de os Tribunais de Contas, em cumprimento ao citado §1º do art. 59 da LRF, emitirem alertas nas hipóteses em que os limites prudenciais fixados naquela lei complementar estiverem em risco é absolutamente harmônica e compatível com as competências constitucionais das Cortes de Contas previstas no art. 71, em especial com o inciso IX, segundo o qual é dever do Tribunal de Contas “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”. Ora, se a Corte de Contas pode e deve exigir a correção do ato, com mais razão ainda pode emitir alerta para prevenir que a ilegalidade se consuma.

Nesse mesmo diapasão, é exemplo a previsão nas leis orgânicas dos Tribunais de Contas da competência para decidirem sobre consulta que lhes seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, pois, se o Tribunal de Contas, nos termos do art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, pode “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”, ou seja, se pode exigir a correção do ato para fazer cumprir a lei, também pode orientar acerca da melhor aplicação da lei.

Dito de outra forma, normas infraconstitucionais podem prever novas atribuições a órgãos de estatura constitucional desde que transitem dentro da moldura definida pela

¹²⁹ No mesmo sentido, reconhecendo o Tribunal de Contas como órgão integrante do sistema político-jurídico de freios e contrapesos da Constituição, cf.: BALEEIRO, Aliomar. O Tribunal de Contas e o Controle da Execução Orçamentária. Op. cit., p. 11.

¹³⁰ “§ 1º Os Tribunais de Contas alertarão os Poderes ou órgãos referidos no art. 20 quando constatarem: I - a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º e no art. 9º; II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite; III - que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária, das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites; IV - que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei; V - fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.”

Constituição Federal, sob pena de se permitir o alargamento de suas atribuições de modo absolutamente incoerente com a missão que lhes foi outorgada pelo Constituinte.

Há ainda uma consequência prática que não pode ser ignorada, relativa ao grave comprometimento da capacidade operacional do órgão de cumprir suas atribuições constitucionais, pois as novas atribuições previstas, ilegítimamente, em norma infraconstitucional irão concorrer com as atribuições constitucionais no direcionamento dos limitados recursos materiais e humanos e, por certo, reduzirão a capacidade de o órgão cumpri-las de modo eficiente.

Trata-se de questão relevante que tem sido novamente destaque na pauta atual de discussões em virtude da inovação trazida pelo §3º do art. 17-B da Lei 8.429/1992, inserido pela Lei 14.230/2021, que previu, em leitura combinada com o *caput* do citado artigo, que, com o objetivo de celebrar acordo de não persecução civil, em sede de improbidade administrativa, e para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 dias.¹³¹

Por essas razões, somadas a outras apresentadas em trabalho doutrinário específico sobre o tema, sustentamos o seguinte entendimento sobre o referido §3º do art. 17-B da Lei 8.429/1992, inserido pela Lei 14.230/2021:¹³²

- A manifestação do Tribunal de Contas tem natureza meramente opinativa, independentemente do nome que se dê, se parecer, decisão ou algum outro qualquer;

- Caso, com base na interpretação literal do 3º do art. 17-B da Lei 8.429/1992, se entenda que o Tribunal de Contas está obrigado a realizar o cálculo do dano ao erário, haverá profunda diferença entre o disposto no citado comando normativo e o disciplinado pelo Acordo de Cooperação Técnica celebrado pela CGU, AGU, Ministério da Justiça e Segurança

¹³¹ “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: I - o integral ressarcimento do dano; II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. (...) § 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias.”

¹³² CAVALLARI, Odilon. A participação dos Tribunais de Contas na apuração do dano nos acordos de não persecução civil: As múltiplas controvérsias do §3º do art. 17-B da Lei nº 8.429/1992. In: MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar (coord.). **Improbidade administrativa e Tribunais de Contas: as inovações da Lei nº 14.230/2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 263-267.

Pública e TCU em matéria de combate à corrupção no Brasil, especialmente em relação aos acordos de leniência da Lei 12.846/2013;

- Caso se confira interpretação literal ao § 3º do art. 17-B da Lei 8.429/1992, será natural a constatação de que a Lei 14.230/2021, ao impor ao Tribunal de Contas o dever de realizar o cálculo do dano, atribuiu à Corte de Contas tarefa que, em situações similares, é e sempre foi exercida pelos órgãos auxiliares que a legislação infraconstitucional previu para o Ministério Público e para a Justiça, ou seja, pelo perito.

- A resposta do Tribunal de Contas à oitiva prevista no § 3º do art. 17-B da Lei 8.429/1992 na qual indique, em manifestação expedita e precária, a estimativa do valor do dano a ser ressarcido não interdita o exercício posterior de suas atribuições constitucionais, inclusive quanto à possibilidade de julgar irregulares as contas do administrador público e de condená-lo à reparação do dano em valor superior àquele que, precariamente, indicou ao Ministério Público;

- É inconstitucional a interpretação do § 3º do art. 17-B da Lei 8.429/1992 que conclua pela obrigatoriedade de manifestação do Tribunal de Contas quanto ao valor do dano a ser ressarcido, pois, neste caso, haveria grave ofensa ao art. 71 da Constituição Federal, porquanto se estaria criando, pela via da legislação ordinária, inusitada atribuição aos Tribunais de Contas totalmente estranha à moldura que lhes traçou a Constituição;

- A previsão nas leis orgânicas dos Ministérios Públicos da União e dos Estados de poderem requisitar perícias para autoridades, órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios assim como a estipulação prevista no art. 378 do CPC segundo o qual ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade devem ser lidas pelas lentes da Constituição Federal, motivo pelo qual referidos comandos normativos não servem para justificar interpretação que conduza à conclusão de que os Tribunais de Contas estariam obrigados a atender solicitações de auditoria oriundas desses órgãos, fora das hipóteses constitucionais, portanto;

- O § 3º do art. 17-B da Lei 8.429/1992 requer interpretação conforme à Constituição, de modo que a interpretação juridicamente viável 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, o que significa, na prática, escolher por, ao menos, uma das seis seguintes opções, sem prejuízo de outras que venham a ser cogitadas:

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

- Caso escolha essa primeira opção, é importante o Tribunal de Contas dizer na resposta à oitiva que o valor do dano indicado na sua manifestação expedita e precária é de natureza apenas estimativa e sujeita a modificações decorrentes de processo de controle externo que, após o devido processo legal, terá o seu mérito julgado pela Corte de Contas.

- 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;

- Terceira opção de resposta à oitiva: informar ao Ministério Público ou ao Juízo que, embora não tenha decisão sobre o assunto, há processo em tramitação no qual a matéria está sendo discutida, motivo pelo qual, tão logo o Tribunal julgue o mérito do processo, será enviada cópia do inteiro teor do julgado.

- Quarta opção de resposta à oitiva: informar ao Ministério Público ou ao Juízo que, embora não tenha decisão sobre o assunto, consta da sua programação de auditorias o enfrentamento do tema, motivo pelo qual, tão logo o Tribunal julgue o mérito do processo, será enviada cópia do inteiro teor do julgado.

- Quinta opção de resposta à oitiva: informar ao Ministério Público ou ao Juízo que, embora não tenha decisão sobre o assunto nem conste da sua programação, trata-se de matéria que atende aos critérios internacionais de auditoria de risco, materialidade, relevância e oportunidade, motivo pelo qual o Tribunal incluirá o assunto na sua programação de auditorias, de modo que, tão logo o Tribunal julgue o mérito do processo, será enviada cópia do inteiro teor do julgado.

- Sexta 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.

- 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 seis 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.

- Considerando o exíguo prazo de 90 dias, fixado pelo § 3º do art. 17-B da Lei 8.429/1992, caso o Ministério Público entenda importante, para o cálculo do dano, contar com a colaboração do Tribunal de Contas competente, é interessante que aja de modo estratégico quanto ao momento de oferta de um acordo para o acusado ou de propositura da ação de improbidade administrativa, a fim de viabilizar a colaboração do Tribunal de Contas, preferencialmente por meio de decisão de mérito prolatada em processo de controle externo, após devido processo legal;

- Para tanto, a fim de que o sistema de responsabilização dos agentes públicos seja aperfeiçoado, mas com respeito às competências de cada órgão de controle, o diálogo institucional prévio entre Ministério Público e Tribunal de Contas pode ser um caminho viável e interessante para ambos, pois talvez assim, a partir de informações preliminares prestadas pelo Tribunal de Contas competente quanto aos seus processos e sua programação de auditorias, o Ministério Público tenha melhores subsídios para avaliar qual seria o momento mais adequado para o oferecimento de um acordo ou para a propositura da ação de improbidade administrativa;

- Não tem sustentação jurídica a interpretação ampliativa ou extensiva do § 3º do art. 17-B da Lei 8.429/1992, no sentido de que seria cabível a oitiva do Tribunal de Contas não apenas para fins de celebração de acordo de não persecução civil, mas também para o julgamento de toda e qualquer ação de improbidade administrativa na qual se discute a ocorrência de dano ao erário.

Portanto, o que se sustenta é a necessidade de que as questões relativas às competências dos Tribunais de Contas, inclusive e especialmente no tocante à responsabilização de agentes públicos e privados, sejam sempre analisadas a partir da Constituição Federal por ser a fonte primária que lhe outorgou diretamente as suas competências, não sujeitas a alargamentos nem a reduções por meio de normas infraconstitucionais, mas apenas mediante alterações do próprio Texto Constitucional.

1.4.2. Princípio da simetria

Nos termos do art. 75 da Constituição Federal, o que foi estabelecido no Texto Constitucional para o Tribunal de Contas da União aplica-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.¹³³

O Supremo Tribunal Federal tem entendido que essa disposição fixa o princípio da simetria entre o Tribunal de Contas da União e os demais Tribunais de Contas do Brasil, o que, na prática, significa não permitir que as Constituições Estaduais reduzam ou aumentem as competências dos respectivos Tribunais de Contas, nem criem modelos diferenciados de controle externo, a exemplo do que fez o legislador do Estado de Sergipe ao aprovar lei que conferia ao Tribunal de Contas daquela unidade da Federação a competência para executar as próprias decisões, o que foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que referida competência não foi outorgada ao TCU, motivo pelo qual a lei estadual destoava do modelo federal.¹³⁴

¹³³ “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.”

¹³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 223.037**. Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE. COMPETÊNCIA PARA EXECUTAR SUAS PRÓPRIAS DECISÕES: IMPOSSIBILIDADE. NORMA PERMISSIVA CONTIDA NA CARTA ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, artigo 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. 2. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao órgão jurisdicional competente. 3. Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões (CE, artigo 68, XI). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, por violação ao princípio da simetria (CF, artigo 75). Recurso extraordinário não conhecido. Relator: Min. Mauricio Corrêa, 2 de maio de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=250283>. Acesso em: 30 abr. 2022.

Por outro lado, o STF também já declarou a inconstitucionalidade de norma inserida na Constituição do Estado do Tocantins que subtraía competência do respectivo Tribunal de Contas, em ofensa ao modelo federal, por ter criado a possibilidade de recurso dotado de efeito suspensivo para o Plenário da Assembleia Legislativa das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas do Estado com base em sua competência de julgamento de contas e ter atribuído à Assembleia Legislativa a competência para sustar tanto os contratos quanto as licitações e eventuais casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.¹³⁵

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal conferiu ao princípio da simetria amplitude bem maior do que até então vinha sendo aplicada, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509, em que invocou o princípio da simetria para declarar a inconstitucionalidade de lei do Estado do Ceará que havia disposto sobre os prazos de

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.715**. Ementa: Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Constituição do Estado do Tocantins. Emenda Constitucional nº 16/2006, que criou a possibilidade de recurso, dotado de efeito suspensivo, para o Plenário da Assembleia Legislativa, das decisões tomadas pelo Tribunal de Contas do Estado com base em sua competência de julgamento de contas (§5º do art. 33) e atribuiu à Assembleia Legislativa a competência para sustar não apenas os contratos, mas também as licitações e eventuais casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (art. 19, inciso XXVIII, e art. 33, inciso IX e § 1º). 3. A Constituição Federal é clara ao determinar, em seu art. 75, que as normas constitucionais que conformam o modelo federal de organização do Tribunal de Contas da União são de observância compulsória pelas Constituições dos Estados-membros. Precedentes. 4. No âmbito das competências institucionais do Tribunal de Contas, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a clara distinção entre: 1) a competência para apreciar e emitir parecer prévio sobre as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, especificada no art. 71, inciso I, CF/88; 2) e a competência para julgar as contas dos demais administradores e responsáveis, definida no art. 71, inciso II, CF/88. Precedentes. 5. Na segunda hipótese, o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo. Precedentes. 6. A Constituição Federal dispõe que apenas no caso de contratos o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional (art. 71, § 1º, CF/88). 7. Ação julgada procedente. Relator: Min. Gilmar Mendes, 21 de agosto de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7026331>. Acesso em: 30 abr. 2022.

prescrição aplicáveis aos processos do até então existente Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, posteriormente extinto.¹³⁶

Entendeu a Corte Suprema que a lei estadual, ao estabelecer a data do fato como termo inicial da prescrição, teria contrariado o modelo federal, em que o termo inicial é o conhecimento do fato pelo TCU, quando não há o dever de prestar contas. Trata-se de decisão com forte repercussão no campo da responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas, tendo em vista que a prescrição atinge tanto a pretensão de ressarcimento ao erário quanto a pretensão punitiva do Poder Público exercida por meio da Corte de Contas e, neste último caso, funciona como causa de extinção de punibilidade.

Em virtude, portanto, do teor do art. 75 da Constituição Federal e da sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal, é de se concluir que os pressupostos materiais da responsabilização promovida pelo TCU são exatamente os mesmos também para os demais Tribunais de Contas, em face do princípio da simetria.

1.4.3. Múltiplas competências dos Tribunais de Contas

Dadas as múltiplas competências outorgadas pela Constituição Federal aos Tribunais de Contas, é possível estudá-las segundo a seguinte classificação: judicante, sancionadora, corretiva, fiscalizadora, normativa, informativa, consultiva e de ouvidoria. Trata-se de

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.509**. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 76, §5º E 78, §7º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E PARCIAL DA LEI ESTADUAL Nº 12.160/1993. NORMAS QUE ESTABELECEM A OBSERVÂNCIA, PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS E DO ESTADO DO CEARÁ, DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MODELO FEDERAL DE ALCANCE DA CLÁUSULA DE IMPRESCRITIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35-C, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II. OFENSA AO ART. 75, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. 1. Na ausência de regra expressa para o modelo federal, tem os Estados competência para suplementar o modelo constitucional de controle externo. 2. O Plenário deste Tribunal consolidou a interpretação do alcance da cláusula constitucional da imprescritibilidade no modelo federal como limitada aos “atos dolosos de improbidade administrativa”. É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas: RE 636.886, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, DJe 24.06.2020, Tema n.º 899 da Repercussão Geral. Inocorrência de violação à simetria. 3. Pontualmente, a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência. Precedentes. Declaro a inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei do Estado do Ceará 12.160, de 1993. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de novembro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759335445>. Acesso em: 30 abr. 2022.

classificação que, com pequenas variações, tem sido adotada por diversos doutrinadores, embora alguns a apresentem como categorias de funções e não de competências.¹³⁷

Na esteira de Carlos Ayres Britto, entende-se incorreto falar em múltiplas funções em vez de múltiplas competências, pois a função é uma só, a de controle externo, sobre a qual se discorreu anteriormente e se sustentou a sua autonomia. Trata-se, nas palavras do aludido autor, de “função compulsoriamente compartilhada com o Congresso Nacional”, pois a Constituição Federal ora confere a apenas um órgão o exercício de mais de uma função essencial ao Estado, ora confere a mais de um órgão uma função específica, como é o caso da função de controle externo, que é instrumentalizada por intermédio das múltiplas competências outorgadas pela Constituição Federal aos Tribunais de Contas, de um lado, e outras ao Poder Legislativo, de outro.¹³⁸

A **competência judicante** dos Tribunais de Contas tem sido associada mais diretamente ao inciso II do art. 71 da Constituição Federal, com a seguinte redação:

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

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

No entanto, é importante observar que a competência judicante também é exercida nas demais hipóteses previstas no art. 71 da Constituição Federal, especialmente aquelas dos incisos III, IV, V, VI, VIII, IX e X, pois o julgamento de atos, contratos ou contas de gestão é último ato a ser praticado pelo Tribunal de Contas, após o devido processo legal decorrente de uma fiscalização, auditoria, inspeção, denúncia ou representação.

Ressalva expressa deve ser feita ao inciso I do art. 71 da Constituição Federal, pois, neste caso, o Tribunal de Contas, com efeito, não julga, mas apenas emite um parecer prévio sobre as contas de governo do Chefe do Poder Executivo, cujo julgamento compete à Casa Legislativa.

¹³⁷ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 193; MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 308.

¹³⁸ BRITTO, Carlos Ayres. Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. Op. cit., p. 70.

No que concerne especificamente ao inciso II do art. 71 da Constituição Federal, há duas hipóteses de julgamento de contas. Primeira: denominada de contas ordinárias ou de gestão, dizem respeito à primeira parte do inciso II do art. 71 da Constituição Federal quando estabelece que compete ao Tribunal “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal”. Essas contas ordinárias ou de gestão são relativas às prestações de contas que os ordenadores de despesas têm o dever de apresentar em periodicidade anual.

Segunda: denominada de contas especiais, referem-se à segunda parte do inciso II do art. 71 da Constituição Federal que prevê a competência do Tribunal de Contas para julgar “as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”. Neste caso, o julgamento ocorrerá no âmbito de um processo denominado Tomada de Contas Especial. Trata-se de processo que somente deve ser constituído se houver uma suspeita razoável de dano ao Erário causado por um agente público que não seja ordenador de despesa e, portanto, que não tenha a obrigação anual de prestar contas ordinárias. Isso porque se o dano ao Erário tiver sido causado por um ordenador de despesas a sua apuração será procedida no próprio processo de contas ordinárias desse ordenador.

Tanto nos processos de contas ordinárias quanto nos de tomadas de contas especiais o julgamento proferido pelo Tribunal deverá, ao final, ser pela regularidade plena das contas, regularidade com ressalva ou irregularidade. E se ficar provado que houve dano ao erário, o julgamento do Tribunal de Contas será pela condenação dos responsáveis à sua reparação, com os devidos acréscimos legais e, nos termos do art. 71, §3º, da Constituição Federal constituirá título executivo extrajudicial.

Além disso, o julgamento das contas, quando for pela irregularidade, desde que tenha havido dano ao erário, pode ter relevantes repercussões no campo político, pois pode o agente público vir a ser considerado inelegível, em face do disposto no art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/1990 (Lei das inelegibilidades), com a redação dada pela Lei Complementar nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa), combinado com o §4º-A do mesmo artigo, inserido pela Lei Complementar 184/2021, com o seguinte teor:

Art. 1º São inelegíveis:
I - para qualquer cargo:

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 irrecorrível 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;

§ 4º-A. A inelegibilidade prevista na alínea “g” do inciso I do *caput* deste artigo não se aplica aos responsáveis que tenham tido suas contas julgadas irregulares sem imputação de débito e sancionados exclusivamente com o pagamento de multa.

Segundo levantamento realizado pelo jornal Folha de São Paulo, nas eleições de 2014 42% do total das decisões da Justiça Eleitoral que declararam a inelegibilidade de um candidato com base na Lei das Inelegibilidades com redação dada pela Lei da Ficha Limpa tiveram por fundamento a hipótese prevista na alínea g do art. 1º da citada lei, ou seja, a rejeição de contas pelo Tribunal de Contas respectivo, o que representa um resultado muito superior à segunda maior causa de inelegibilidade, que foram as condenações criminais, responsáveis por 29% das inelegibilidades, e à terceira causa relativa às condenações por improbidade administrativa, correspondentes a 8% das inelegibilidades.¹³⁹ Esses resultados ressaltam o significativo impacto que o julgamento das contas dos gestores, a cargo dos Tribunais de Contas, produz no ambiente político, quando conclui pela irregularidade das contas.

Tradicionalmente, ao longo de sua existência, os processos de contas ordinárias sempre gozaram de enorme prestígio no âmbito dos Tribunais de Contas, de modo que a competência de julgar contas era vista como a mais importante do Tribunal, independentemente de o julgamento das contas do gestor, ao final, concluir pela regularidade plena, regularidade com ressalvas ou irregularidade.

Particularmente, após a Constituição de 1988, porém, instaurou-se no TCU intensa discussão acerca desses processos, motivada pelos seguintes fatos:

1 – intempestividade da atuação do Tribunal, tendo em vista que a prestação de contas do gestor somente pode ser apresentada após o encerramento do exercício financeiro, o que implica uma atuação do Tribunal sempre *a posteriori*, e muitas vezes provoca o julgamento do processo em data já muito distante da ocorrência dos fatos;

¹³⁹

Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1541674-lei-da-ficha-limpa-barra-90-ate-o-fim-das-eleicoes.shtml>. Acesso em: 15 dez. 2021.

2 – antieconomicidade de vários desses processos, especialmente no caso de órgãos e entidades que historicamente apresentam bons resultados e baixo índice de irregularidades, pois o Tribunal, em qualquer das hipóteses, despendia o mesmo esforço de fiscalização para todos os processos de prestação de contas ordinárias, sem levar em consideração a materialidade dos recursos públicos envolvidos, a relevância econômica, social ou estratégica para o Poder Público e para a sociedade, e, ainda, o risco ao erário decorrente do histórico de cada órgão ou entidade e decorrente também da atividade pública envolvida.

3 – os benefícios limitados que o processo de prestação de contas ordinárias oferece à sociedade, por se tratar de processo que tem por objetivo analisar toda a gestão do órgão ou entidade e, justamente por isso, ou seja, pela impossibilidade fática de se proceder à análise de tudo, implicava uma análise realizada com base apenas em uma amostragem da gestão, especialmente em entidades de grande porte, muito embora o julgamento do Tribunal fosse, por presunção legal, sobre toda a gestão.

4 – o indevido prestígio da forma em detrimento do conteúdo, pois o objeto da prestação de contas do gestor é toda a sua gestão, o que significa reconhecer que quanto maior a amplitude do escopo da fiscalização tanto menor será a profundidade do exame da matéria selecionada. Por essa circunstância, os Tribunais de Contas, de um modo geral, ainda hoje sofrem a crítica de serem órgãos demasiadamente formalistas, no sentido de ter apego extremo às formalidades, o que conduz à limitada eficácia quanto aos resultados das fiscalizações empreendidas.

No caso do TCU, porém, essas preocupações têm sido presentes, razão pela qual os processos de prestação de contas dos ordenadores de despesas têm passado por profundas e sucessivas alterações ao longo dos últimos quinze anos, o que culminou no ano de 2010 com o estabelecimento de regra segundo a qual o Tribunal, em cada ano, decidia, com base em critérios de risco, materialidade e relevância, quais órgãos e entidades jurisdicionadas deveriam encaminhar à Corte prestação de contas ordinárias e quais informações deveriam constar dessa prestação de contas.¹⁴⁰

Os órgãos e entidades dispensados da apresentação anual de prestação de contas não ficavam, porém, sem serem fiscalizados pelo Tribunal. Isso porque o TCU exigia de todos

¹⁴⁰ A autorização para uma decisão desse jaez vem do art. 6º da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), com o seguinte teor: “Art. 6º Estão sujeitas à tomada de contas e, ressalvado o disposto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, só por decisão do Tribunal de Contas da União podem ser liberadas dessa responsabilidade as pessoas indicadas nos incisos I a VI do art. 5º desta Lei”.

eles a apresentação anual de um relatório de gestão, enviado por meio eletrônico à Corte de Contas, e no qual deviam constar as informações que o Tribunal, no ano anterior, estabelecia por meio de uma Decisão Normativa.¹⁴¹

A partir de 2020, o TCU editou nova regulamentação da matéria que, na essência, manteve a mesma sistemática, com pequenas alterações como, por exemplo, a exigência de o relatório de gestão ser publicado na página da internet do jurisdicionado, em vez de ser encaminhado ao TCU, como meio para facilitar e, até mesmo, incentivar o controle social.¹⁴²

Além disso, referidos órgãos e entidades continuavam também sujeitos a serem fiscalizados pelo Tribunal por meio dos outros instrumentos de controle à sua disposição, como as auditorias, inspeções, denúncias, representações e acompanhamentos via sistemas informatizados, inclusive com o cruzamento de informações contidas nos diversos bancos de dados aos quais o TCU tinha acesso, sem prejuízo dos monitoramentos à distância.

Com essas providências, o TCU passou a atuar de modo mais seletivo, a partir da otimização de sua força de trabalho, e imprimiu mais eficiência à sua fiscalização, ao direcionar seus esforços para as questões mais relevantes para a sociedade e que requerem respostas céleres, sem descuidar dos processos de contas, mas lhes dispensando tratamento conforme o seu potencial para interferir na realidade da Administração Pública, ou seja, dedicando atenção para os processos de contas ordinárias desde que haja materialidade, risco e relevância que justifique a atuação do Tribunal nesses tipos de processos.

Ressalte-se que o procedimento exposto acima diz respeito aos processos de contas ordinárias, denominados também de contas de gestão. Não se aplica aos processos de tomadas de contas especiais que, consoante afirmado, somente são instaurados quando há suspeita

¹⁴¹ A regulamentação do procedimento relativo às prestações de contas ordinárias e aos relatórios de gestão constava da seguinte norma: BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 63, de 1º de setembro de 2010**. Estabelece normas de organização e de apresentação dos relatórios de gestão e das peças complementares que constituirão os processos de contas da administração pública federal, para julgamento do Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 7º da Lei nº 8.443, de 1992. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A63%2520NUMANOATO%253A2010/score%2520desc/0/%2520. Acesso em: 25 mar. 2022. Referida norma foi revogada posteriormente pela IN/TCU 84/2020, conforme comentado no item seguinte.

¹⁴² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 84, de 22 de abril de 2020**. Estabelece normas para a tomada e prestação de contas dos administradores e responsáveis da administração pública federal, para fins de julgamento pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 7º da Lei 8.443, de 1992, e revoga as Instruções Normativas TCU 63 e 72, de 1º de setembro de 2010 e de 15 de maio de 2013, respectivamente. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A84%2520NUMANOATO%253A2020/score%2520desc/0/%2520. Acesso em: 25 mar. 2022.

razoável de dano ao erário e desde que o agente público envolvido já não tenha a obrigação de apresentar contas ordinárias.

A **competência sancionadora** foi outorgada ao TCU pelo art. 71, inciso VIII, da Constituição Federal, segundo o qual o Tribunal pode 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.

A regulamentação desse dispositivo constitucional está, majoritariamente, nas Leis Orgânicas dos respectivos Tribunais de Contas, sem prejuízo de algumas outras leis que também preveem a aplicação de sanções pelos Tribunais de Contas. As sanções cabíveis, no caso do TCU, são as seguintes:¹⁴³

- Multa proporcional ao dano causado ao erário, em percentual que pode alcançar até 100% do valor do dano;¹⁴⁴

- Multa que não pode ultrapassar o valor fixado em lei, com as devidas atualizações pelos índices oficiais, quando não se verificar dano ao erário, mas ocorrer uma das seguintes situações: contas julgadas irregulares; prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, do qual não tenha resultado dano ao erário; não atendimento de diligência ou de determinação do Tribunal; obstrução ao livre exercício de inspeções ou auditorias; e sonegação de processo, documento ou informação.¹⁴⁵

¹⁴³ As leis orgânicas de alguns Tribunais de Contas não preveem todas as sanções contidas na lei orgânica do TCU.

¹⁴⁴ Lei nº 8.443/92, Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário.

¹⁴⁵ Lei nº 8.443/92, Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei;

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário; IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal; V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas; VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal; VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal. § 1º Ficarà sujeito à multa prevista no caput deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado. § 2º O valor estabelecido no caput deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União. § 3º O Regimento Interno disporá sobre a gradação da multa prevista no caput deste artigo, em função da gravidade da infração.

- Multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente público que cometer alguma das infrações administrativas contra as leis de finanças públicas descritas no art. 5º da Lei nº 10.028/2000.¹⁴⁶

- Declaração de inabilitação do agente público para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, pelo período de cinco a oito anos, sempre que o TCU, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida;¹⁴⁷ e

- Declaração de inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitações promovidas pela Administração Pública Federal, sempre que o TCU verificar a ocorrência de fraude comprovada à licitação.¹⁴⁸

As Leis Orgânicas de todos os demais Tribunais de Contas no Brasil também preveem a sanção de multa, mas a sanção de inabilitação do agente público para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da respectiva Administração Pública é prevista, com algumas variações, pela Lei Orgânica de, aproximadamente, metade dos Tribunais de Contas, ao passo que a sanção de declaração de inidoneidade do licitante fraudador para participar de licitações promovidas pela respectiva Administração Pública consta, também com algumas variações, da Lei Orgânica de, aproximadamente, 30% dos demais Tribunais de Contas.

A **competência corretiva** dos Tribunais de Contas está prevista no art. 71, incisos IX e X, e parágrafos 1º e 2º, que autoriza o Tribunal a assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade, e a

¹⁴⁶ Lei nº 10.028/2000, Art. 5º Constitui infração administrativa contra as leis de finanças públicas: I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei; II – propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei; III – deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei; IV – deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo. § 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal. § 2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida.

¹⁴⁷ Lei nº 8.443/92, Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

¹⁴⁸ Lei nº 8.443/92, Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

No caso de contrato, conforme previsto no citado dispositivo constitucional, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. Mas, se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas necessárias, o Tribunal decidirá a respeito.

Considerando, no entanto, a vedação constitucional para anular um contrato, cuja providência depende de decisão do Congresso Nacional, o TCU tem optado por determinar ao gestor que anule o contrato. Em face de mandados de segurança impetrados contra decisões do TCU dessa natureza, entendeu o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade que o TCU, embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos, tem competência para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou.¹⁴⁹

Com base na competência corretiva os Tribunais de Contas expedem inúmeras determinações e recomendações aos jurisdicionados. As determinações têm natureza mandamental e, se não cumpridas, autorizam a aplicação de multa ao gestor faltoso, nos termos das respectivas leis orgânicas de cada Tribunal. As recomendações, a seu turno, dizem respeito a questões inseridas no âmbito da discricionariedade do gestor, razão pela qual não têm natureza mandamental e admitem que o administrador público opte por não adotar a providência recomendada pelo Tribunal.

Em muitos casos, ao constatar irregularidades relativas a questões complexas cuja correção requer tempo, estudo e planejamento, a fim de que sejam avaliadas as melhores opções e as respectivas consequências, o TCU, em vez de determinar ao gestor que faça ou deixe de fazer algo, expede uma determinação na qual fixa prazo para que o gestor apresente ao Tribunal um plano de ação, que demonstre como pretende corrigir a situação irregular, e

¹⁴⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança nº 23.560**. Ementa: Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. [...]. Rel. para o acórdão Min. Nelson Jobim. Julgado em 20.09.2000. DJ de 20.02.2004. Em sentido idêntico: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 23.550**. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, 4 de abril de 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85979>. Acesso em: 25 out. 2021.

também um cronograma no qual propõe as etapas e prazos de implementação das medidas corretivas.

Com essa estratégia de atuação o TCU cobra do administrador público a solução para o problema detectado, sem, no entanto, lhe impor os meios a serem adotados para tanto. Ao contrário, admite que o gestor escolha os caminhos que lhe pareçam os mais adequados, desde que o faça de modo fundamentado e desde que o Tribunal entenda que as escolhas do gestor estão de acordo com os princípios e as regras da Administração Pública.

Por outro lado, caso o Tribunal entenda não ser viável o plano de ação ou o cronograma apresentado pelo gestor, fixará novo prazo para a apresentação de outro plano de ação ou outro cronograma, ou, ainda, o próprio Tribunal determinará ao gestor a adoção de medidas específicas para a correção do ato.

Essas decisões adotadas pelo Tribunal nas hipóteses de irregularidades decorrentes de falhas ou carências estruturais são denominadas de decisões estruturais, cujo surgimento, no Poder Judiciário, se deu com o paradigmático julgamento do caso *Brown versus Board of Education* (II), em 1954, pela Suprema Corte Norte-Americana.¹⁵⁰

Tratava-se de ação coletiva ajuizada em face do município de Topeka, situado no Estado do Kansas, na qual treze pais de alunos negros questionaram a então política de segregação racial admitida nas escolas fundamentais da cidade e alinhada à jurisprudência até então em vigor que cancelava a doutrina dos “separados, mas iguais”. Na citada decisão, a Suprema Corte passou a considerar inconstitucional a segregação questionada, por entender violadora da 14ª Emenda à Constituição dos EUA.

No entanto, passado um ano, aludida decisão ainda carecia de implementação satisfatória, em virtude da resistência de alguns Estados norte-americanos de abandonarem a segregação racial e se ajustarem à decisão judicial, o que deu origem ao caso *Brown versus Board of Education II*, no qual a Suprema Corte norte-americana admitiu que a implementação da sua decisão poderia se dar de forma progressiva, a fim de permitir a superação das dificuldades decorrentes de anos de segregação.

Para tanto, porém, a Suprema Corte concordou com a elaboração de planos que estabelecessem estratégias e procedimentos com vistas ao abandono da segregação racial nas

¹⁵⁰ ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processuais civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 225, p. 389-410, nov. 2013.

escolas, consideradas as peculiaridades de cada uma e o tempo necessário para a sua implementação. Adicionalmente, a Suprema Corte delegou ao Poder Judiciário local a tarefa de fiscalizar a execução desses planos.

Embora as decisões estruturais ainda sejam muito raras no Poder Judiciário brasileiro, no TCU e em vários Tribunais de Contas são uma prática de longa data. Na Corte de Contas Federal as decisões estruturais começaram a ser adotadas no ano de 2003, em um primeiro momento apenas em auditorias operacionais, mas atualmente têm sido usadas nos mais variados processos nos quais é requerida diante da complexidade da matéria e da solução a ser implementada.

Como se vê, em virtude da complexidade da solução, essas decisões podem fixar prazos relativamente longos, tais como seis meses, um ano, dois, ou até mais. Ou seja, na prática são decisões que modulam os efeitos da declaração de irregularidade do ato identificado pelo Tribunal como carente de correção, pois, enquanto não implementada a solução, a irregularidade ainda continuará sendo praticada, sob pena de comprometimento do bom funcionamento da Administração Pública, caso o ato irregular seja anulado imediatamente.

O fundamento para tanto, como se disse, é o inciso IX do art. 71 da Constituição Federal, que previu a competência do Tribunal de Contas “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”, ou seja, referido dispositivo não disse qual é o prazo, o que significa reconhecer que outorgou ao Tribunal de Contas a competência para, diante do caso concreto, fixar prazo razoável e proporcional.

Enfatize-se: o fundamento para a modulação dos efeitos da declaração de ilegalidade do ato pelo Tribunal de Contas é de estatura constitucional, estampado no inciso IX do seu art. 71. A ênfase é necessária em face da superveniência do art. 26 da LINDB, com o seguinte teor:

Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

Referido artigo de lei nada acrescenta à competência do Tribunal de Contas que, como demonstrado, tem autorização constitucional para modular os efeitos de suas decisões. A rigor, sequer se aplica o art. 26 da LINDB aos Tribunais de Contas, porquanto se refere a “autoridade administrativa”, ao passo que, quando quis alcançar os Tribunais de Contas, aludida lei sempre fez menção expressa à “esfera controladora”.

Uma segunda questão importante a ser ressaltada sobre as decisões estruturais adotadas pelos Tribunais de Contas é que não se confundem com os denominados Termos de Ajustamento de Gestão (TAGs), adotados por diversos Tribunais de Contas. O TCU não adota o TAG, cuja proposta de implantação foi rejeitada em 2011, quando da revisão do Regimento Interno.¹⁵¹

A marca distintiva da decisão estrutural para o TAG é o fato de este depender de um acordo entre a Corte de Contas e o fiscalizado, ou seja, é preciso que o auditado concorde com os termos do ajuste, diferentemente da decisão estrutural que, embora seu conteúdo possa ter origem em um plano de ação proposto pelo gestor, é proferida de modo absolutamente autônomo pelo Tribunal de Contas, embora possa convergir com as expectativas do gestor, mas também pode delas divergir, se o Tribunal não concordar com o plano de ação.

É de se reconhecer que as determinações expedidas pelos Tribunais de Contas, no exercício da sua competência corretiva, fornecem substancial contribuição para o aprimoramento da Administração Pública, tanto em relação à eficiência quanto no tocante à legalidade.

Há vários anos o TCU trabalha com um indicador que busca medir os “benefícios financeiros das ações de controle” resultantes dessa função corretiva do Tribunal. Em diversos processos essa mediação é relativamente simples, quando, por exemplo, o Tribunal impede uma contratação com sobrepreço. Neste caso, o benefício financeiro para o erário é exatamente o valor do sobrepreço. Em outros processos, porém, há maiores dificuldades para essa medição. Não obstante inexistir um método que assegure resultados exatos, o TCU busca

¹⁵¹ BRASIL Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 3.194/2011**. Ementa: ADMINISTRATIVO. Proposta de revisão, nos termos da Decisão nº 1.677/2002, DO Regimento Interno DO TCU. Aprovação de projeto DE RESOLUÇÃO pela Comissão PERMANENTE de Regimento. Apresentação de Substitutivo pelo Relator de Plenário, com acolhimento de parte das emendas, sugestões E DESTAQUES dos demais Ministros, MINISTROS-SUBSTITUTOS E MEMBROS DO Ministério Público junto ao TCU. Votação da redação final do texto consolidado. Aprovação. Determinações. Relator: Min. Augusto Nardes, 30 de novembro de 2011. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3194%2520ANOACORDAO%253A2011%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 22 jun. 2022.

superar a natural dificuldade de quantificação financeira de algumas ações de controle, por meio do uso das estimativas, sempre que necessário.

O cálculo dos benefícios financeiros das ações de controle toma por base, também, a expectativa do controle, da prevenção do desperdício, de melhorias de alocação de recursos, de sugestões de aperfeiçoamento da legislação, da redução de danos ambientais e da melhoria das políticas públicas.

A **competência fiscalizadora** decorre do disposto no art. 71, inciso IV, da Constituição Federal, que autoriza o Tribunal a realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e também nas entidades da Administração Indireta.

Também trata do tema o inciso VI do art. 71 da Constituição Federal, no que concerne à competência do TCU para 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.

Contrariamente ao que ocorre com os processos de contas, cuja atuação do Tribunal é necessariamente *a posteriori*, as fiscalizações do Tribunal contemplam trabalhos de auditorias e inspeções *in loco* e também à distância, por meio de sistemas informatizados, e podem ser realizadas de modo concomitante aos fatos como até mesmo preventivamente, o que produz inúmeros benefícios tanto para o Tribunal quanto para o Poder Público, assim como para a sociedade e para as empresas contratadas pela Administração Pública que eventualmente venham a ser atingidas pelas decisões prolatadas pelo Tribunal nesses processos.

Há dois tipos principais de auditorias realizadas pelo TCU: as auditorias de conformidade e as auditorias operacionais, também denominadas auditorias de desempenho. As primeiras têm como foco principal verificar aspectos relacionados com a legalidade e a legitimidade da ação governamental e a verificação de dano ao erário ou não, ao passo que a segunda se preocupa mais com as questões relacionadas com a economicidade, a eficiência, a eficácia e a efetividade dos programas de governo.

As fiscalizações do Tribunal são realizadas de acordo com um plano de fiscalização elaborado periodicamente como instrumento de planejamento e de estratégia da atuação do

TCU, que, para tanto, considera os critérios de materialidade, risco e relevância na definição dos assuntos e áreas governamentais que serão fiscalizadas pelo Tribunal no período seguinte. É, por exemplo, principalmente por meio das auditorias que o Tribunal exerce o controle externo sobre as políticas públicas.

A atuação do Tribunal por meio das auditorias prestigia, portanto, a oportunidade e a tempestividade do controle. Permite, em muitos casos, que ocorra a correção de rumos antes que o fato esteja consumado e antes que tenha produzido consequências de difícil reversão. Além de promover uma apuração dos fatos mais profunda, permite ao TCU cumprir com mais eficiência a exigência constitucional de duração razoável do processo.

Importante observar que nos processos de fiscalização, tais como os de auditoria, inspeção, acompanhamento, denúncia e representação, o TCU não julga contas, o que só pode ser feito em processo de contas. O TCU também não pode condenar à reparação de dano ao erário, pois, constatada a suspeita de dano, o processo de fiscalização deve ser convertido em tomada de contas especial, por força do disposto no art. 47 de sua Lei Orgânica (Lei 8.443/1992), no sentido de que, ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial.

Trata-se de disposição decorrente do comando expresso na parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, ao estabelecer que compete ao Tribunal de Contas julgar as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulta prejuízo ao erário. Ou seja, quis a Constituição Federal que, para condenar alguém à reparação de um dano, o Tribunal de Contas deve julgar as suas contas irregulares, a fim de que suporte todos os efeitos desse julgamento também. Eis a razão pela qual os processos de fiscalização, nessas hipóteses de suspeita de dano, devem ser convertidos em tomada de contas especial. Esse procedimento é também aplicado, em regra, pelos demais Tribunais de Contas do Brasil.

Não obstante o exposto, nos processos de fiscalização os Tribunais de Contas podem aplicar todas as sanções previstas na legislação pertinente, pois, neste caso, não se requer a ocorrência de dano ao erário, mas sim ofensa ao ordenamento jurídico, embora seja, obviamente, exigido das Cortes de Contas que, para a imposição de qualquer sanção, demonstrem, fundamentadamente, a presença dos seus pressupostos.

No que concerne à **competência normativa**, o art. 73 da Constituição Federal estabelece que compete ao TCU exercer, no que couber, as atribuições previstas no art. 96 que outorgou aos tribunais do Poder Judiciário a competência privativa para dispor sobre a sua organização e funcionamento e ainda expedir normas regulamentares como os seus regimentos internos.

Na regulamentação dessa competência, a Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU) previu no art. 3º que ao Tribunal, no âmbito de sua competência e jurisdição, assiste o poder regulamentar, podendo, em consequência, expedir atos e instruções normativas sobre matéria de suas atribuições e sobre a organização dos processos que lhe devam ser submetidos, obrigando o seu cumprimento, sob pena de responsabilidade.

Em face da evolução dos sistemas informatizados, o TCU tem progressivamente exercido essa competência, a fim de disciplinar as novas formas de atuação, que requerem o intenso uso de recursos computacionais tanto pelo Tribunal quanto pelos órgãos e entidades públicos e, até mesmo, pelos particulares que, de algum modo, mantêm relações jurídicas com o Poder Público sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas. Exemplo do que se menciona é o processo eletrônico em pleno vigor no TCU.

A **competência informativa** consta do inciso VII do art. 71 da Constituição Federal, ao prever que o TCU deve prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas.

O Tribunal tem dispensado especial atenção a essa competência, por meio do estabelecimento de canais de informação cada vez mais intensos tanto com o Congresso Nacional quanto com os jurisdicionados, a imprensa e a sociedade, de um modo geral.

Nesse sentido o Tribunal tem explorado os recursos de informática disponíveis, especialmente por meio do seu portal na *internet*, como meio eficiente de divulgação dos seus trabalhos, dos eventos que promove e da sua jurisprudência, por meio de informativos semanais que consolidam os principais julgamentos e são remetidos por correio eletrônico aos interessados previamente cadastrados, e ainda de diversas orientações úteis aos jurisdicionados e ao público em geral que ficam acessíveis em sua página na *internet*, na forma de cartilhas e manuais sobre variados temas relativos à gestão da coisa pública.

No intuito de consolidar uma atuação que não se resume a ser repressiva, mas, ao contrário, seja também preventiva e educativa, o TCU tem promovido gratuitamente diversos cursos à distância para milhares de agentes públicos, sobre os assuntos mais frequentes na Administração Pública.

Além disso, o Tribunal tem adotado a prática de promover eventos específicos, por meio dos quais dissemina o resultado de seus trabalhos de maior envergadura, como forma não apenas de prestar contas à sociedade acerca do desempenho de suas funções, mas também como meio de fornecer tanto ao gestor quanto às Casas Legislativas subsídios relevantes que poderão ser usados na elaboração de políticas públicas.

O Tribunal tem buscado permanente diálogo com o Congresso Nacional, por meio da participação frequente de autoridades e de auditores do TCU nas reuniões das comissões técnicas do Poder Legislativo, nas quais são levadas ao conhecimento dos parlamentares as conclusões de relevantes trabalhos da Corte de Contas em setores específicos.

Iniciativas dessa natureza têm produzido resultados animadores, como, por exemplo, o que decorreu de auditoria operacional realizada pelo TCU, em 2010, relativa à Política Nacional de Atenção Oncológica, tendo em vista que no Brasil, seguindo tendência mundial, a taxa de mortalidade por câncer vinha aumentando.¹⁵²

Na citada auditoria o Tribunal constatou que grande parte do insucesso no tratamento do câncer decorria da intempestividade de atuação da rede pública de atenção básica à saúde para dar início ao tratamento da doença, pois o prazo médio para o início do tratamento era de 113 dias após o diagnóstico.

Essas informações, levadas ao conhecimento do Congresso Nacional, sensibilizaram os parlamentares, razão pela qual, com base nos resultados da auditoria do TCU, foi editada a Lei 12.732/2012, conhecida como a Lei dos 60 dias, que estabeleceu esse prazo máximo para início do tratamento de paciente com câncer, contados do diagnóstico.¹⁵³

A **competência consultiva** dos Tribunais de Contas está prevista nas respectivas leis orgânicas, segundo as quais compete aos Tribunais de Contas decidir sobre consultas que lhes

¹⁵² BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tribunal Pleno. **Acórdão nº 2.843/2011**. Rel. Min. José Jorge. Julgado em 25.10.2011. DOU de 09.11.2011.

¹⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do relator, pela Comissão de Seguridade Social e Família, à emenda substitutiva global ao projeto que deu origem à Lei nº 12.732/2012**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1376C432D5B1672A8AB80D2D5630F012.node1?codteor=999405&filename=Tramitacao-PL+3887/1997. Acesso em: 15 dez. 2021.

sejam formuladas por autoridades competentes a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de suas competências.

No caso do TCU, o Regimento Interno prevê que as seguintes autoridades podem formular consultas ao Tribunal: I – presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; II – Procurador-Geral da República; III – Advogado-Geral da União; IV – presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; V – presidentes de tribunais superiores; VI – ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; e VII – comandantes das Forças Armadas.¹⁵⁴

Nos termos do art. 1º, §2º, da Lei nº 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), a resposta a consulta constitui prejulgamento da tese, mas não do fato ou caso concreto que a ela se assemelhe e ainda tem caráter normativo, o que significa que vincula a todos no âmbito da Administração Pública. Como se trata de manifestação em tese, o STF já decidiu que contra decisão do TCU em sede de consulta não cabe mandado de segurança, mas cabe ação direta de inconstitucionalidade.¹⁵⁵

A **competência de ouvidoria** do Tribunal está prevista no art. 74, §2º, da Constituição Federal, ao dispor que qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Também retrata a competência de ouvidoria dos Tribunais de Contas o disposto no art. 113, §1º, da Lei nº 8.666/93, no sentido de que qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica pode oferecer Representação perante as Cortes de Contas contra irregularidades na aplicação da referida lei. Disposição semelhante consta do § 4º do art. 170 da Lei 14.133/2021 que sucederá a citada Lei 8.666/1993 e a revogará ao final do prazo de dois anos contados da data da sua publicação.

O TCU como, de regra, os órgãos públicos em geral, tem uma unidade técnica específica denominada ouvidoria, que, no caso do Tribunal, além de exercer as funções típicas de uma ouvidoria, atua também como unidade de orientação ao administrador público. Isso

¹⁵⁴ Regimento Interno do TCU, art. 264.

¹⁵⁵ Pelo não cabimento de mandado de segurança: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança nº 21361-2/DF**, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 30.09.1994. Pelo cabimento de ação direta de inconstitucionalidade: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1691-DF**, Rel. Min. Moreira Alves, DJ de 12.12.1997.

porque, conforme exposto anteriormente, há um rol restrito de autoridades que podem formular consultas ao TCU. Desse modo, o servidor público somente conseguirá formular uma consulta ao TCU se o fizer por intermédio de uma daquelas autoridades, o que representa, na maioria das situações, um empecilho difícil de ser superado.

Por essa razão, o TCU, ciente dessa realidade e da importância que exerce o seu papel de orientação, tem admitido o recebimento dessas consultas, por meio da ouvidoria, mas, nesses casos, processa essa consulta como simples apresentação de dúvidas. Não é, portanto, autuado um processo de consulta, mas, na medida do possível, essas dúvidas são esclarecidas pela própria ouvidoria, pelo correio eletrônico, ou, se envolver matéria de maior complexidade, serão encaminhadas aos setores competentes, para produção de resposta.

A resposta, porém, da unidade técnica do Tribunal, tanto da ouvidoria quanto de uma secretaria de controle externo especializada no assunto objeto da dúvida não poderá ser sobre caso concreto e deverá ser limitada ao envio para o interessado de precedentes da Corte de Contas nos quais tenha abordado assunto ou fato similar com o que foi mencionado na dúvida remetida à ouvidoria.

Além disso, a ouvidoria do TCU tem recebido elevado número de denúncias anônimas, o que tem requerido do Tribunal prudência para o tratamento da questão. Isso porque o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS nº 24.405, decidiu pela inconstitucionalidade do §1º do art. 55 da Lei Orgânica do TCU, na parte em que autorizava o Tribunal a manter o sigilo da autoria da denúncia, por entender que era ofensivo ao art. 5º, inciso IV, da Constituição Federal, que veda o anonimato. Na prática, isso significa que o Tribunal não pode mais manter em sigilo o nome do denunciante.

As denúncias, no entanto, são relevantes fontes de informação para os órgãos de controle de modo geral. Não poder usá-las representaria grande perda para os trabalhos de investigação. Por outro lado, em regra os cidadãos não estão dispostos a oferecer denúncias, sem a proteção do sigilo.

Diante desse impasse o Tribunal passou a adotar um procedimento que atende tanto a preocupação do denunciante quanto a do denunciado e ainda permite à Corte de Contas usar a informação do denunciante. Ou seja, ao receber uma denúncia anônima o TCU não autua um processo de denúncia. A denúncia anônima é remetida à Secretaria de Controle Externo competente para a matéria, a fim de que avalie o teor da denúncia e, inclusive, faça as

apurações preliminares, como, por exemplo, a expedição de um ofício de diligência, por meio do qual solicita documentos ao órgão ou entidade mencionada na denúncia.

Concluídas as apurações, se a Secretaria de Controle Externo do TCU se convencer da plausibilidade jurídica dos fatos narrados na denúncia, ou seja, se a unidade técnica entender que há uma razoável probabilidade de serem confirmados os indícios de irregularidades contidos na denúncia, então a própria Secretaria do Tribunal autua um processo, não de denúncia, mas de representação, no qual a unidade técnica do Tribunal figurará como autora da representação.

Esse procedimento evita a exposição do denunciante a eventuais retaliações do denunciado, mas também evita a exposição do denunciado a denúncias temerárias sem que possa identificar o denunciante. As apurações preliminares feitas pela Secretaria do Tribunal buscam exatamente evitar a autuação de um processo irresponsável contra um agente público acerca de fato evidentemente inverídico.

Tanto a Polícia Federal quanto o Ministério Público Federal, nas vezes em que também recebem denúncias anônimas, têm adotado procedimento similar. E o Supremo Tribunal Federal, tanto em relação ao TCU quanto em relação à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal, já teve a oportunidade de se manifestar, tendo decidido que os órgãos de controle podem assim agir, tendo em vista que nesses casos o denunciado não fica exposto a denúncias temerárias.¹⁵⁶

1.4.4. Desafios a serem superados pelos Tribunais de Contas

Vistas as múltiplas competências dos Tribunais de Contas e o modo de exercício de cada uma, cumpre ressaltar que, não obstante, no plano normativo, por força do princípio da simetria, estampado no art. 75 da Constituição Federal, o que se aplica ao TCU deve ser aplicado, no que couber, aos demais Tribunais de Contas, é certo que, no plano dos fatos, há ainda enormes diferenças de funcionamento entre os 34 Tribunais de Contas do Brasil.

¹⁵⁶ Nesse sentido: BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Inquérito nº 1957**. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 11.05.2005. DJ de 11.11.2005; BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. **Mandado de Segurança nº 24.369**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 10.02.2002. DJU de 16.10.2002. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática. **Habeas Corpus nº 100.042**. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 02.10.2009. DJe de 08.10.2009, entre outros.

Algumas dessas diferenças dizem respeito aos métodos de trabalho que, no caso de alguns Tribunais de Contas, pouco tem se alterado ao longo dessas duas últimas décadas, se comparado às intensas modificações na forma de atuação promovidas pelo TCU e por alguns outros Tribunais de Contas no mesmo período.

Há, porém, algumas outras distinções que têm sido motivo de crítica a determinados Tribunais de Contas, como, por exemplo, a ausência de uma blindagem do quadro de pessoal de auditores de controle externo contra interferência de natureza política. Não obstante se tratar de atividade típica de Estado, em alguns Tribunais de Contas ainda ocorre o desempenho dessa atividade por servidores que não são ocupantes de cargo público provido mediante concurso público, o que já foi inclusive objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal em que declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que admitia cargo em comissão nessa hipótese.¹⁵⁷

Além disso, mesmo em alguns Tribunais de Contas nos quais as atividades de controle externo são exercidas por ocupantes de cargos providos mediante concurso público, prevalece o entendimento de que os auditores não podem emitir opinião nos processos, mas apenas relatar os fatos. Essa circunstância fica agravada, ao se considerar que o Tribunal de Contas acumula as funções de investigação, acusação, julgamento originário e julgamento dos recursos. Ou seja, o Tribunal de Contas desempenha funções processuais que no âmbito de

¹⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.655**. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES DE CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. ANTC. LEGITIMIDADE. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL DE SERGIPE N. 232/2013. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL DE SERGIPE N. 204/2011. CARGOS EM COMISSÃO. PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO. TEMA 1.010 REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. FUNÇÕES E QUADRO PRÓPRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS. CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO. SIMETRIA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. MODULAÇÃO. 1. A Constituição reservou à Administração um regime jurídico minucioso na conformação do interesse público a fim de resguardar a isonomia e eficiência na formação do seus quadros, do qual decorre a excepcionalidade da categoria “cargo em comissão”. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal cuidou de densificar os critérios que norteiam o controle de constitucionalidade das leis que criam cargos comissionados, os quais não restam configurados no caso concreto. Precedentes. Tema 1.010 de Repercussão Geral. 3. Inconstitucionalidade material por ausência da descrição em lei das atribuições dos cargos de coordenador jurídico (art. 17, § 3º, da LCE 204/2011), coordenador de auditoria operacional (art. 19, §5º, da LCE 204/2011) e de engenharia (art. 19, § 6º, da LCE 204/2011), e de coordenador de controle e inspeção (art. 27 da LCE 204/2011). 4. Inconstitucionalidade material do §3º e caput do art. 9º da LCE 232/2013, na redação dada pelo art. 1º da LCE 256/2015, visto que conferem a um “cargo em comissão” (Coordenadores de Unidade Orgânica do Tribunal), atribuições de Estado exclusivas de cargo de provimento efetivo integrante do quadro próprio do TCE/SE, em violação aos arts. 37, II e V, e também aos arts. 70, 71, 73 e 75 da CRFB. 5. Tendo em vista a necessidade de preservar os atos praticados pelos servidores ocupantes dos cargos comissionados ora declarados inconstitucionais, assim como o período em que estiveram prestando serviços à Administração, proponho, por razões de segurança jurídica, que a decisão tenha eficácia ex nunc. 6. Pedido na ação direta de inconstitucionalidade julgado procedente com modulação de efeitos. Relator: Min. Edson Fachin, 9 de maio de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761117074>. Acesso em: 30 mar. 2022.

um processo judicial ficam distribuídas entre a polícia, o ministério público, a primeira instância e a instância superior.

Por esse motivo, no TCU busca-se segregar, na medida do possível, essas funções, de modo que o corpo deliberativo do Tribunal tem atuação contida na fase de instrução do processo, cabendo aos auditores realizarem os trabalhos de investigação e formularem as propostas de acusação. Tudo isso deve ser realizado com absoluta independência e imparcialidade do auditor, nos termos do art. 86, inciso I, da Lei Orgânica do TCU. Na prática essa disposição significa que o auditor não apenas deve emitir opinião, mas também propor a aplicação das sanções cabíveis, como, aliás, está expresso no mesmo art. 86, tudo de acordo unicamente com a sua convicção, sem qualquer vinculação ao entendimento dos superiores hierárquicos.¹⁵⁸

Da forma como trabalha o TCU e vários outros Tribunais de Contas, garante-se a multiplicidade de manifestações no processo, expressadas de modo absolutamente independente. A natureza dialética do processo, portanto, resultante das várias manifestações lançadas pelos diversos agentes estatais - auditores de controle externo, procuradores, relator e colegiado -, longe de fragilizá-lo, fortalece-o, na medida em que permite o oferecimento das múltiplas opiniões que todos os seus agentes tiveram a respeito do assunto, contribuindo assim para que o TCU forme convicção mais refletida acerca do caso concreto.¹⁵⁹

Questão outra que também tem sido objeto de críticas pela sociedade é relativa à composição dos Tribunais de Contas, majoritariamente formada por membros oriundos da vida política. Há sobre o assunto duas questões. A primeira é saber se os atuais critérios estabelecidos pela Constituição são bons ou não. A segunda é verificar se esses critérios estão sendo observados nas indicações de nomes para compor o colegiado desses tribunais, independentemente da avaliação que atualmente se faça sobre esses critérios, se bons ou não.

Considerando os objetivos deste trabalho, a discussão sobre a primeira questão não é pertinente, pois para ser desenvolvida iria requerer abordagem que desvirtuaria os propósitos

¹⁵⁸ Art. 86. São obrigações do servidor que exerce funções específicas de controle externo no Tribunal de Contas da União: I - manter, no desempenho de suas tarefas, atitude de independência, serenidade e imparcialidade; II - representar à chefia imediata contra os responsáveis pelos órgãos e entidades sob sua fiscalização, em casos de falhas e/ou irregularidades; III - propor a aplicação de multas, nos casos previstos no Regimento Interno; IV - guardar sigilo sobre dados e informações obtidos em decorrência do exercício de suas funções e pertinentes aos assuntos sob sua fiscalização, utilizando-os, exclusivamente, para a elaboração de pareceres e relatórios destinados à chefia imediata.

¹⁵⁹ OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. A instrução processual no Tribunal de Contas da União em face de um processo célere e consistente juridicamente: os desafios dos novos tempos. **Revista do Tribunal de Contas da União**, nº 108, ano 38, p. 63-70, jan/abr 2007.

deste estudo. Sobre o assunto é suficiente registrar a existência de várias propostas de emenda à Constituição que buscam alterar esses critérios de indicação para vagas no corpo deliberativo dos Tribunais de Contas, estabelecendo ora o concurso público como meio de acesso, ora a reserva de algumas das atuais vagas para os auditores de controle externo de carreira, que seriam indicados em lista sêxtupla pelos seus pares e a escolha seria feita pelo Congresso Nacional, no caso do TCU, e pelas Casas Legislativas correspondentes, no caso dos demais Tribunais de Contas.

Quanto à segunda questão, a imprensa e a sociedade civil organizada têm reiteradamente alegado a inobservância dos atuais critérios de indicação para a composição dos Tribunais de Contas por parte de algumas Casas Legislativas, o que, em certos casos, contribui para o abalo da credibilidade de alguns Tribunais de Contas.

1.5. Tribunais de Contas no direito comparado

O modelo de fiscalização das contas públicas varia de acordo com cada país. Tribunais de Contas são um dos tipos possíveis das denominadas Entidades de Fiscalização Superiores – EFS. O outro são as Controladorias-Gerais ou Auditorias-Gerais. São modelos distintos de fiscalização da Administração Pública.

Em regra, Tribunais de Contas são órgãos autônomos, não pertencentes a nenhum dos poderes da República, dirigidos por um colegiado, com poder judicante e sancionador, cujos membros têm garantias assemelhadas às dos membros do Poder Judiciário, ao passo que as Controladorias-Gerais ou Auditorias-Gerais são órgãos pertencentes, na maioria dos casos, ao Poder Legislativo, com comando unipessoal, sem poder judicante nem sancionador.

Mas, há exceções. O Tribunal de Contas português, por exemplo, é órgão pertencente ao Poder Judiciário, assim como o da Grécia.¹⁶⁰ Por outro lado, o Auditor-Geral da Auditoria-Geral do Reino Unido (*National Audit Office*), a exemplo do que ocorre, em regra,

¹⁶⁰ Nesse sentido: MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. Op. cit., p. 135; COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 32-34; RIBEIRO, Renato Jorge Brown. O problema central do controle da Administração Pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, v. 33, n. 93, jul/set 2002, p. 64, no tocante ao Tribunal de Contas da Grécia.

com os membros dos Tribunais de Contas, goza das mesmas garantias dos membros da magistratura.¹⁶¹

No que concerne à vinculação das Entidades de Fiscalização Superiores aos Poderes, na perspectiva formal, há destacada predominância de vinculação ao Poder Legislativo, conforme se vê do seguinte quadro esquemático:

Quadro 1
Vinculação das Entidades de Fiscalização Superiores aos Poderes

TIPOS	PODER	PAÍSES
Tribunais de Contas	Legislativo	Holanda, Mônaco, Luxemburgo, Itália, Espanha, França, Alemanha, Bélgica, Turquia, Coreia, Malásia, Japão, Moçambique, Zaire, Tunísia, Tanzânia, Senegal, Guiné Bissau, Mauritânia, Marrocos, Ilhas Maurício, Líbia, Gana, Gâmbia, Gabão, Argélia, Benin, Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Uruguai, Brasil
	Judiciário	Grécia e Portugal
Controladorias	Legislativo	EUA, Canadá, México, Equador, Venezuela, Argentina, Costa Rica, Honduras, Nicarágua, Zâmbia, África do Sul, Israel, Índia, Paquistão, Inglaterra, Noruega, Dinamarca, Irlanda, Suíça, Islândia, Hungria, Austrália, Nova Zelândia
	Executivo	Namíbia, Jordânia, Paraguai, Bolívia, Antilhas Holandesas, Cuba, Finlândia, Suécia
	Independentes (desvinculadas aos Poderes)	Guatemala, Panamá, Porto Rico, República Dominicana, El Salvador, Suriname, Peru, Colômbia, Chile

Fonte: RIBEIRO, Renato Jorge Brown, a partir de dados fornecidos pela Assessoria de Assuntos Internacionais do TCU e tabulados pelo referido autor.¹⁶²

Importante lembrar que o quadro acima se refere à vinculação formal. Ou seja, não retrata a posição institucional da Entidade de Fiscalização Superior, especialmente no caso dos Tribunais de Contas, na perspectiva da teoria do Estado ou dos poderes, mas apenas decorre do que está previsto textualmente nos respectivos ordenamentos jurídicos de cada país.

¹⁶¹ DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 70-71.

¹⁶² RIBEIRO, Renato Jorge Brown. Op. cit., p. 64.

Em relação às atribuições desempenhadas pelas Entidades de Fiscalização Superiores, também há importantes distinções, seja entre os Tribunais de Contas e as Controladorias-Gerais, seja entre os países que adotam um ou outro modelo, conforme demonstrado no quadro esquemático a seguir:

Quadro 2
Principais características das Entidades de Fiscalização Superiores

Países	Decisão colegiada	Competência judicante	Fiscalização				
			Momento		Alcance	Objeto	
			A priori	A posteriori	Adm. Indireta	Legalidade	Gestão
Alemanha	Sim	Sim		Sim	Sim	Sim	Sim
Áustria	Sim	Sim		Sim	Sim	Sim	Sim
Bélgica	Sim	Sim	Sim	Sim		Sim	
Brasil	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Cabo Verde	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Canadá				Sim	Sim	Sim	Sim
Cuba				Sim	Sim	Sim	Sim
Espanha	Sim	Sim		Sim	Sim	Sim	Sim
EUA				Sim	Sim	Sim	Sim
Finlândia	Sim			Sim	Sim	Sim	Sim
França	Sim	Sim		Sim	Sim	Sim	Sim
Grécia	Sim	Sim	Sim	Sim		Sim	
Irlanda				Sim	Sim	Sim	Sim
Israel				Sim	Sim	Sim	Sim
Itália	Sim	Sim	Sim	Sim		Sim	Sim
Japão	Sim			Sim	Sim	Sim	Sim
Luxemburgo	Sim	Sim	Sim	Sim		Sim	
Países Baixos	Sim	Sim		Sim	Sim	Sim	Sim
Portugal	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim	Sim
Reino Unido				Sim	Sim	Sim	Sim
Suíça				Sim	Sim	Sim	Sim
União Europeia	Sim			Sim	Sim	Sim	Sim

Fonte: RIBEIRO, Renato Jorge Brown, a partir de dados fornecidos pela Assessoria de Assuntos Internacionais do TCU, tabulados pelo referido autor, mas adaptações feitas neste trabalho.¹⁶³

Como se afirmou anteriormente, o modelo de controle das contas públicas de cada país é o resultado de sua decisão soberana. O que se constata, no entanto, é a predominância do modelo Tribunais de Contas, com competência judicante, em muitos países da Europa Continental, adeptas do sistema do *civil law*, tais como Alemanha, França, Bélgica, Itália, Espanha e Portugal.

¹⁶³ Ibidem, p. 65.

1.6. Autonomia do sistema de responsabilização dos Tribunais de Contas

O ordenamento jurídico brasileiro prevê diversas esferas e sistemas de responsabilização. Dados os pontos de contato que alguns desses sistemas mantêm com o dos Tribunais de Contas, de modo efetivo, potencial ou aparente, merecem destaque os seguintes: a responsabilidade disciplinar, prevista nos Estatutos dos Servidores Públicos (na esfera federal, a Lei 8.112/1990), a responsabilidade por ato de improbidade administrativa, prevista na Lei 8.429/1992, a responsabilidade civil, prevista no Código Civil, e a responsabilidade penal, prevista no Código Penal.

O que se defende neste trabalho é que o sistema de responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas não é mera derivação dos demais sistemas nem um apêndice de qualquer deles, mas sim um sistema autônomo em relação às demais esferas e sistemas de responsabilização, com lógica própria, decorrente de suas características e peculiaridades. Por essa razão, é importante destacar as semelhanças, mas, principalmente, as diferenças entre esses sistemas.

1.6.1. A responsabilidade nos diversos ramos do Direito e sua relação com os Tribunais de Contas

1.6.1.1. Responsabilidade administrativa disciplinar

Não raras vezes um ilícito administrativo-financeiro apurado pelo Tribunal de Contas é também considerado uma infração disciplinar tipificada no Estatuto do Servidor Público que, na esfera federal, consta da Lei nº 8.112/1990, cujos arts. 116 e 117 discorrem sobre os deveres e as proibições a eles aplicáveis, respectivamente.

São, no entanto, sistemas distintos de responsabilidade. O direito administrativo disciplinar que, conforme lembra Sandro Lúcio Dezan, pode ser tanto público quanto privado, refere-se à disciplina do bom funcionamento interno da instituição, suas regras, procedimentos e sanções para as hipóteses de descumprimento dos deveres funcionais

decorrentes das relações jurídicas estabelecidas entre a instituição e as pessoas a ela sujeitas.¹⁶⁴

No caso específico da Administração Pública, Hely Lopes Meirelles referia-se ao poder disciplinar como “a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração”. E, na sequência, observava o autor que o poder disciplinar, embora seja correlato com o poder hierárquico, não deve ser com ele confundido, pois é pelo poder hierárquico que a Administração Pública “distribui e escalona as suas funções executivas”.¹⁶⁵

Na linha de José dos Santos Carvalho Filho, é de se reconhecer que os ocupantes dos cargos situados nos níveis hierárquicos mais elevados, ou seja, os denominados “superiores hierárquicos”, têm o dever de orientar, mas também de supervisionar e fiscalizar os subalternos, do que decorre o direito mas também o dever de exigir deles conduta adequada às exigências do cargo e das atividades a eles atribuídas, o que inclui a possibilidade de aplicação das sanções disciplinares pertinentes nas hipóteses em que as circunstâncias assim exigirem.¹⁶⁶

Não por outra razão, Marcelo Caetano, após observar que as sanções disciplinares são usadas pelos superiores hierárquicos como instrumento de correção, mas também estímulo para o agente público se reintegrar na sua função, “como verdadeiras penitências impostas na esperança de que se emende, penas medicinais, na observação justa de O. Mayer”, concluiu que o poder disciplinar tem “origem e razão de ser no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento progressivo do serviço público”.¹⁶⁷

Como se vê, o regime disciplinar, em regra, é aplicado pelos níveis hierárquicos superiores em relação aos ocupantes de cargos de níveis hierárquicos inferiores, ao passo que a responsabilidade por contas públicas alcança, predominantemente, os ocupantes dos cargos de níveis hierárquicos superiores, por serem os responsáveis pela direção da Administração Pública, sobre quem recai, em princípio, o dever de prestar contas.

¹⁶⁴ DEZAN, Sandro Lúcio. **Fundamentos de direito administrativo disciplinar**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p. 57-59.

¹⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 103.

¹⁶⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 72.

¹⁶⁷ CAETANO, Marcelo. **Do poder disciplinar no direito administrativo português**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1932, p. 25.

Acrescente-se ainda a distinção de perspectivas que decorre dos bens jurídicos tutelados pelas respectivas esferas de responsabilização: suponha um servidor público federal da Administração Direta, designado fiscal de um contrato cujo objeto é uma pequena reforma predial, que, negligentemente, não exerce a fiscalização que lhe era esperada de modo ostensivo ou, ao menos periódico, mas, ao contrário, deixa para verificar o cumprimento do contrato apenas já ao seu término. Imagine que, para a sua sorte e também a do seu superior hierárquico, a empresa contratada executa fielmente o que foi pactuado.

Neste exemplo, na perspectiva do controle externo exercido pelo Tribunal de Contas, nada há o que apurar, dada a inexistência de qualquer irregularidade relativa à contratação e à sua execução. No entanto, à luz do regime disciplinar, o fiscal do contrato, sem dúvida, deixou de cumprir o seu dever de diligência, em ofensa ao disposto no inciso I do art. 116 da Lei 8.112/1990, segundo o qual é dever do servidor público “exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo”, o que o expõe, em tese, à aplicação de uma sanção disciplinar.

Suponha um segundo exemplo: um leal e dedicado servidor público federal da Administração Direta, designado fiscal de um contrato cujo objeto é uma pequena reforma predial, que, por imperícia, atesta a execução do contrato nos termos ajustados quando, na realidade, a metragem executada não correspondeu à contratada. Neste exemplo, dificilmente esse servidor poderá ser enquadrado em alguma infração disciplinar, mas, na perspectiva do controle externo, correrá o risco de ser responsabilizado à reparação do dano ao erário, em solidariedade com a empresa contratada, caso não consiga, junto à referida empresa, a regularização da execução contratual.

O Supremo Tribunal Federal também já teve a oportunidade de enfrentar o assunto, tendo enfatizado que “A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário”, o que, uma vez mais, evidencia a distinção entre a

responsabilidade disciplinar e aquela promovida pelos Tribunais de Contas no âmbito do controle externo da Administração Pública.¹⁶⁸

Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal entende que o Tribunal de Contas da União não se vincula às conclusões do processo administrativo disciplinar, tendo em vista a independência das instâncias disciplinares em relação aos processos do Tribunal de Contas que visam à reparação do dano ao erário.¹⁶⁹

E o Tribunal de Contas da União tem entendimento consolidado no sentido de que não lhe compete determinar diretamente aos seus jurisdicionados a instauração de sindicância ou de processo administrativo disciplinar nem realizar o controle dos seus resultados, mas pode determinar à autoridade administrativa que apure indícios de irregularidades cuja fiscalização esteja prevista em suas competências.¹⁷⁰

¹⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 25.880**. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N. 8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA. (...) 2. A tomada de contas especial não consubstancia procedimento administrativo disciplinar. Tem por escopo a defesa da coisa pública, buscando o ressarcimento do dano causado ao erário. Precedente [MS n. 24.961, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO, DJ 04.03.2005]. (...) Relator: Min. Eros Grau, 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409762>. Acesso em: 30 abr. 2022.

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 27.867**. Ementa: Agravo regimental em mandado de segurança. Tribunal de Contas da União. Violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Não ocorrência. Independência entre a atuação do TCU e a apuração em processo administrativo disciplinar. Responsabilização do advogado público por parecer opinativo. Presença de culpa ou erro grosseiro. Matéria controvertida. Necessidade de dilação probatória. Agravo regimental não provido. (...) 2. O Tribunal de Contas da União, em sede de tomada de contas especial, não se vincula ao resultado de processo administrativo disciplinar. Independência entre as instâncias e os objetos sobre os quais se debruçam as respectivas acusações nos âmbitos disciplinar e de apuração de responsabilidade por dano ao erário. (...). Relator: Min. Dias Toffoli, 18 de setembro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2875188>. Acesso em: 30 abr. 2022.

¹⁷⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2.906/2009**. Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS PRAZOS PARA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS PELO MP/TCU. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PARA DETERMINAR APURAÇÕES DE IRREGULARIDADES. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PARA ORDENAR A INSTAURAÇÃO DIRETA DE SINDICÂNCIAS E PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. (...) 4. Não é competente o Tribunal de Contas da União, jurisdição constitucional especializada, para determinar diretamente a instauração ou para controlar resultados de sindicâncias ou de procedimentos administrativos disciplinares, porquanto tais poderes não se subsomem às competências constitucionais e legais de que é detentor. A omissão ilegal da autoridade competente resolve-se no âmbito da própria Administração ou no Judiciário. 5. O Tribunal de Contas da União pode determinar à autoridade administrativa que apure indícios de irregularidades cuja fiscalização esteja prevista nas competências desta Corte. Relator: Ministro Raimundo Carreiro, 2 de dezembro de 2009. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:2906%20ANOACORDAO:2009%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em: 25 mar. 2022.

1.6.1.2. Responsabilidade decorrente de ato de improbidade administrativa

A responsabilidade decorrente de ato de improbidade administrativa guarda diversas semelhanças com a promovida pelos Tribunais de Contas, particularmente quanto às condutas descritas nos arts. 10 e 11 da referida lei, relativos, respectivamente, aos atos dolosos de improbidade que causam dano ao erário e aos que atentam contra os princípios da Administração Pública, tendo em vista que as condutas descritas no art. 9º, concernentes aos atos dolosos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, dificilmente se enquadrarão nas hipóteses inseridas nas competências dos Tribunais de Contas.

Não obstante a aproximação entre as duas esferas de responsabilidade, é de se reconhecer a autonomia de ambas, cada qual com suas características. Na linha do que afirmou José Roberto Pimenta Oliveira, “Ato de improbidade administrativa e irregularidade de contas formal e material constituem categorias jurídicas diversas de ilicitude”, cuja responsabilidade apurada em ambas esferas foi “elevada ao *status* de categoria geral e autônoma”.¹⁷¹

Com efeito, a responsabilidade por ato de improbidade administrativa requer não apenas a ilicitude do ato, mas uma ofensa à moralidade, consoante enfatizado por Marçal Justen Filho, pois “pode haver ilicitude sem haver improbidade”. Ou seja, a configuração do ato de improbidade, ainda segundo o autor, somente ocorrerá se o “sujeito tiver violado conscientemente o dever de moralidade”.¹⁷²

No mesmo sentido tem sido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, construído muito antes da alteração promovida na Lei 8.429/1992 pela Lei 14.230/2021, mas que permanece sendo aplicável ao tema, segundo o qual o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador desonesto, não o “inábil, despreparado, incompetente e desastrado”.¹⁷³

¹⁷¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 456.

¹⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 1021.

¹⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Recurso Especial nº 734984**. Ementa: RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. (...) 3. É que “o objetivo da Lei de Improbidade é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público.” (Mauro Roberto Gomes de Mattos, em “O Limite da Improbidade Administrativa”, Edit. América Jurídica, 2ª ed. pp. 7 e 8). “A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto” (Alexandre de Moraes, in “Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional”, Atlas, 2002, p. 2.611). “De fato, a lei alcança o

Importante observar que, desde a edição da Lei 8.429/1992, muito antes portanto das alterações promovidas pela Lei 14.230/2021, o seu art. 21, inciso II, dispõe que a aplicação das sanções previstas na citada lei independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal de Contas, o que reforça a autonomia dessas duas esferas.

É bem verdade que a Lei 14.230/2021 acrescentou o § 2º ao citado art. 21 da Lei 8.429/1992, pelo qual 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. Não há espaço, no entanto, para se concluir dessa inovação qualquer intersecção vinculante entre referidas esferas de responsabilização.

É de se notar que aludido comando normativo não se refere apenas aos Tribunais de Contas, mas sim aos órgãos de controle, o que inclui o controle interno e demonstra a preocupação do legislador em induzir o magistrado à análise de todas as provas já produzidas e disponíveis assim como das respectivas decisões tomadas pelos órgãos de controle, como meio de busca da verdade e de maior reflexão sobre os fatos.

Não há, porém, qualquer lastro jurídico para se extrair desse § 2º do citado art. 21 da Lei 8.429/1992 a interpretação de que o magistrado estaria vinculado às conclusões a que chegaram os órgãos de controle, sob pena de ofensa ao princípio da independência das instâncias, ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, estampado no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, no sentido de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito o Poder Judiciário, e, ainda, à própria autonomia constitucional do Ministério Público que, embora sendo o titular da ação de improbidade administrativa, se veria vinculado às provas produzidas e decisões proferidas pelos Tribunais de Contas.

Em outras palavras, conforme expressamente previsto no § 2º do citado art. 21 da Lei 8.429/1992, o magistrado deve considerar as provas e decisões dos órgãos de controle, o que não significa aceitá-las acriticamente, mas, ao contrário, considerá-las, valorá-las e, fundamentadamente, aceitá-las ou rejeitá-las, para fins de improbidade administrativa, após,

administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado" (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27.9.1999)." (REsp 758.639/PB, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 15.5.2006 (...). Relator: Min. José Delgado. Relator para o Acórdão: Min. Luiz Fux. 18 de dezembro de 2007. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500449742&dt_publicacao=16/06/2008. Acesso em: 30 abr. 2022.

necessariamente, o Ministério Público ter tido a oportunidade de se manifestar sobre essas mesmas provas e decisões.

Em raciocínio semelhante, a mesma lógica é de ser aplicada no tocante à repercussão das decisões judiciais nos processos dos Tribunais de Contas. Ou seja, também nessa hipótese não há que se falar em vinculação, o que significa admitir, portanto, a possibilidade de alguém ser responsabilizado na improbidade, mas, pelo mesmo fato, não ser no âmbito do controle externo ou ser inocentado na improbidade, mas responsabilizado pelo Tribunal de Contas competente.

Aplica, neste caso, o princípio da independência das instâncias previsto no art. 935 do Código Civil¹⁷⁴ e nos arts. 65 e 66 do Código de Processo Penal,¹⁷⁵ cuja exceções são apenas nos casos em que a sentença penal decide pela negativa do fato ou de sua autoria, o que não alcança, portanto, as decisões proferidas em sede de ações civis de improbidade administrativa, conforme tem reconhecido o Supremo Tribunal Federal.^{176 177}

1.6.1.3. Responsabilidade civil

Conforme definição de Sergio Cavalieri Filho, a responsabilidade civil “é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever

¹⁷⁴ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

¹⁷⁵ Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito. Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

¹⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 25.880**. Ementa: EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. ART. 71, II, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL E ART. 5º, II E VIII, DA LEI N. 8.443/92. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 148 A 182 DA LEI N. 8.112/90. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO DISCIPLINADO NA LEI N. 8.443/92. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. QUESTÃO FÁTICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SEGURANÇA DENEGADA. (...) 4. O ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao erário os valores indevidamente percebidos. Independência entre as instâncias civil, administrativa e penal. (...). Relator: Min. Eros Grau, 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409762>. Acesso em: 30 abr. 2022.

¹⁷⁷ Em sentido contrário, entendendo que as exceções ao princípio da independência das instâncias aplicam-se também às decisões proferidas em sede de improbidade administrativa: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 468.

jurídico originário”, sendo que, para o autor, originário ou primário é o dever cuja violação gera o dever jurídico sucessivo ou secundário de indenizar o prejuízo.¹⁷⁸

É nesse sentido o art. 927 do Código Civil ao dispor que “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Trata-se, pois, de uma esfera de responsabilidade voltada para a solução de conflitos por meio do uso de mecanismos econômicos de compensação, conforme dicção eloquente do art. 389, ao estabelecer que “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

No âmbito dos Tribunais de Contas a condenação à reparação do dano ao erário é, sem dúvida, o ponto convergente com a responsabilidade civil. Contudo, é de se notar que na esfera do controle externo, provado o dano ao erário, o autor da conduta ilícita, nos termos das leis orgânicas dos Tribunais de Contas, terá suas contas julgadas irregulares, será condenado a efetuar o ressarcimento ao erário do valor correspondente ao dano, atualizado monetariamente e acrescido dos juros de mora, e poderá ainda ser punido com a aplicação de multa de até 100% do valor do dano, mas, contrariamente ao que ocorre no âmbito da responsabilidade civil, não haverá qualquer discussão sobre indenização por danos emergentes ou lucros cessantes.

Se é certo, portanto, que a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas, de certo modo, assemelha-se à responsabilidade civil quando condenam alguém à reparação de um dano ao erário, é também verdade que sua atuação é bem mais ampla, pois também julgam contas e aplicam diversas sanções, o que, por si só, já seria motivo suficiente para reconhecer a sua autonomia diante da responsabilidade civil.

Não se desconhece a moderna doutrina da responsabilidade civil que resgata a sanção civil, não como pura vingança privada, mas sim como instrumento de prevenção de novos ilícitos a partir de desestímulos a condutas prejudiciais a terceiros no campo civil, a exemplo do *punitive damage*, na qualidade de sanção punitiva civil situada em posição intermediária entre o direito penal e o direito civil, na superação de uma “visão patrimonialista e individualista dos direitos subjetivos em prol de uma noção eminentemente solidária da responsabilidade civil, afinal, o desestímulo se aplica a todos os potenciais ofensores da norma ou de um negócio jurídico”.¹⁷⁹

¹⁷⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

¹⁷⁹ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19.

No entanto, o principal traço distintivo reside no bem jurídico tutelado, pois a responsabilidade civil decorre da tutela do patrimônio, ao passo que a responsabilidade promovida pelos Tribunais de Contas, embora decorra também da tutela do patrimônio que, no caso, é o público, é resultado da tutela dos princípios que regem a Administração Pública, com destaque para os da legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência, eficácia e efetividade, a fim de contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, inclusive o direito à boa administração pública a que se refere Juarez Freitas, conforme mencionado anteriormente.

Desse modo, a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas, não obstante se valha de importantes institutos do direito civil e, em especial, da responsabilidade civil, a exemplo do conceito e das regras da responsabilidade solidária, goza de autonomia constitucional a demandar o reconhecimento de regras específicas que transcendem a seara cível.

1.6.1.4. Responsabilidade penal

Embora diversas regras e princípios que regem o direito penal sejam também aplicáveis ao direito administrativo sancionador em geral, ainda que com matizes, conforme sustentado neste trabalho, e à responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas, no particular, não há que se extrair dessa realidade a conclusão de que não haveria autonomia deste último em relação àquele ramo do direito.

A imputação de responsabilidade penal tem lugar naquelas hipóteses em que se constata a ofensa a um bem jurídico considerado pela legislação como de grande importância, o que justifica a intervenção do direito penal como reprimenda ao autor do ilícito e medida de prevenção geral. Daí a assertiva de Luiz Regis Prado no sentido de que “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”.¹⁸⁰

Conforme observado por Rogério Greco, inclusão de determinado bem jurídico no rol daqueles que devem ser tutelados pelo direito penal é uma decisão política do legislador que, ao menos em tese, deve refletir os valores presentes em determinada sociedade, no tempo e no

¹⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 47.

espaço. Exemplo disso é o adultério, antes considerado crime, mas que deixou de sê-lo a partir da edição da Lei 11.106/2005.¹⁸¹

Essa seletividade rigorosa quanto aos bens jurídicos que receberão a tutela penal levou a doutrina a classificá-lo como fragmentário, porquanto não deve ser usado pelo legislador em face de toda e qualquer ofensa ao ordenamento jurídico, mas apenas em relação a um fragmento dele, o mais sensível e de maior valor para a sociedade, e deve ser tido como último recurso (*ultima ratio*), após a constatação de que os outros instrumentos de desincentivo ao comportamento transgressor se revelam insuficientes para inibir a prática de novos ilícitos.¹⁸²

No entanto, Zaffaroni e Pierangeli alertam que o caráter acessório do direito penal, no sentido de que somente tem lugar quando uma determinada conduta ofensiva ao ordenamento jurídico requer coerção jurídica complementar de natureza preventiva especial ou reparadora particular, não lhe retira a autonomia científica nem legislativa, mas, ao contrário, permite que seus conceitos sejam elaborados exatamente a partir dessa perspectiva.¹⁸³

Desse modo, embora o direito administrador sancionador tenha no direito penal sua principal fonte infraconstitucional de regras e princípios, essa circunstância não lhe retira a sua autonomia, particularmente no caso dos Tribunais de Contas, cuja responsabilização que promovem é ainda mais permeada de especificidades.

1.6.2. A autonomia do sistema de responsabilização dos Tribunais de Contas

A autonomia, portanto, do sistema de responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas decorre, primeiro, da própria autonomia constitucional dos Tribunais de Contas e, especialmente, da autonomia da sua função de controle, apartada das demais funções clássicas do Estado formatadas pela tripartição das funções do poder. Mas aludida autonomia do sistema de responsabilização decorre também de suas especificidades próprias, nos termos moldados pela Constituição Federal, que lhe confere fisionomia própria, independente das

¹⁸¹ GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006, p. 5.

¹⁸² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 45.

¹⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 91-92.

demais hipóteses e esferas de responsabilização das pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas.

Como se viu, o sistema de responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas não se ocupa de infrações funcionais, não depende de tipificação como ato de improbidade administrativa, não se resume a buscar a reparação do dano ao erário nem investiga a existência de crime ou não.

Na realidade, em paralelo a todas essas esferas de responsabilidade, os Tribunais de Contas imputam responsabilidade no âmbito do controle das contas públicas, que deve ser entendida de modo amplo, exatamente como foi ampla a referência da própria Constituição Federal, ao aludir tanto no *caput* do art. 70 quanto no inciso IV do art. 71 à fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial relativamente à legalidade, legitimidade e economicidade.

Como resultado dessa atividade, os Tribunais de Contas, de modo absolutamente exclusivo, ou seja, com exclusão de quem quer que seja, julgam contas, o que significa dizer que formulam juízos sobre a gestão das contas públicas, juízos esses que, inexoravelmente, não se limitam a questões meramente contábeis, mas se referem, ineludivelmente, à conduta dos agentes públicos responsáveis pela condução da Administração Pública e que, por reprovação de suas contas, desde que com dano ao erário, podem ficar inelegíveis, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea g, e §4º-A da Lei Complementar nº 64/1990.

A responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas por meio do julgamento de contas, de natureza administrativa-financeira, da condenação à reparação de dano, assemelhada ao direito civil, e da aplicação de sanções, assemelhada ao direito penal, contempla, assim, três espécies de decisões que, não obstante suas distintas naturezas jurídicas quando consideradas individualmente, formam, no conjunto, um só produto jurídico de relevância constitucional na tutela das contas públicas e de sua higidez.

1.7. Autonomia não significa última palavra: a revisão judicial das decisões dos Tribunais de Contas

A autonomia dos Tribunais de Contas e de seu sistema de responsabilização não significa insubmissão ao princípio da unicidade da jurisdição, previsto no inciso XXXV do

art. 5º da Constituição Federal, no sentido de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, pois as decisões dos Tribunais de Contas são passíveis de serem revistas pelo Poder Judiciário, ainda que com alguns temperamentos.

Aliás, a própria legislação infraconstitucional expressamente faz referência à revisão judicial das decisões dos Tribunais de Contas, ao tratar da hipótese de inelegibilidade decorrente de rejeição de contas pelo órgão de controle, no art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/1990 com a redação dada pela Lei Complementar nº 135/2020, conhecida como “Lei da Ficha Limpa”, com o seguinte teor (grifos não são do original):

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

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 irrecorrível 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; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

É bem verdade que a evolução da doutrina tem revelado divergências sobre o tema. Na vigência da Constituição Federal de 1946, Pontes de Miranda, ao analisar a matéria, afirmou que “Hoje, e desde 1934, a função de julgar as contas está claríssima no texto constitucional. Não havemos de interpretar que o Tribunal de Contas julgue e outro Juiz as rejulgue depois. Tratar-se-ia de absurdo *bis in idem*. Ou o Tribunal de contas julga, ou não julga”.¹⁸⁴

Seabra Fagundes, sob o pálio da Constituição Federal de 1967, defendeu que, não obstante o fato de o Tribunal de Contas não integrar o Poder Judiciário, exerce parcialmente a função judicante quando julga as contas dos administradores públicos e o faz em manifestação definitiva, pois “se a regularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo” motivo pelo qual os “órgãos do Poder Judiciário carecem de jurisdição para examiná-lo”.¹⁸⁵

Já na vigência da Constituição Federal de 1988, Athos Gusmão Carneiro sustentou que, embora entenda serem administrativas as atribuições do Tribunal de Contas, o julgamento das contas dos administradores públicos “impõe-se ao Poder Judiciário no que

¹⁸⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Op. cit., p. 95.

¹⁸⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 142.

concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta”, pois referido julgado “constitui prejudicial no juízo penal, como apuração, da qual o juiz não pode se afastar, de elemento de fato necessário à tipicidade do crime”.¹⁸⁶

Eduardo Lobo Botelho Gualazzi externou opinião semelhante, ao ressaltar da revisão judicial as decisões relativas “às competências constitucionais e legais, privativas, do Tribunal de Contas, ou seja, em matérias de fato e/ou jurígenas cuja apuração objetiva remanesça reservada ao Tribunal de Contas”.¹⁸⁷

Helena Taveira Torres sinaliza em semelhante sentido ao defender que, embora os Tribunais de Contas exerçam diversas funções administrativas, suas decisões que julgam contas e, em decorrência, aplicam as respectivas sanções, com fundamento no art. 71, incisos II e VIII a X, da Constituição Federal, são insuscetíveis de revisão pelo Poder Judiciário, salvo nos casos de inconstitucionalidade.¹⁸⁸

Carlos Ayres Britto, a seu turno, defende a irretratabilidade das decisões dos Tribunais de Contas “quanto ao mérito das avaliações que as Corte de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público”, mas admite a revisão judicial no tocantes a decisões que ofendam os “direitos propriamente subjetivos dos agentes estatais e demais pessoas envolvidas em processos de contas”.¹⁸⁹

Jacoby Fernandes parte do entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o Poder Judiciário não pode rever o mérito do ato administrativo, relativamente ao seu juízo sobre conveniência e oportunidade, para concluir que, de igual modo, não pode rever o mérito das decisões dos Tribunais de Contas, em especial as que julgam as contas dos administradores públicos, tendo em vista que, neste caso, “julgar é apreciar o mérito”.¹⁹⁰

Há, no entanto, autores que, sem reserva alguma, admitem a ampla revisão judicial das decisões dos Tribunais de Contas, sob o fundamento de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da atividade jurisdicional, motivo pelo qual é dele a última palavra sobre qualquer ofensa a direito. Nesse sentido já se manifestaram, entre outros, Regis de Oliveira

¹⁸⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Op. cit.**, p. 13-14.

¹⁸⁷ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Op. cit.**, p. 200.

¹⁸⁸ TORRES, Helena Taveira. **Op. cit.**, p. 460-462.

¹⁸⁹ BRITTO, Carlos Ayres. **Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. Op. cit.**, p. 71.

¹⁹⁰ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Op. cit.**, p. 127.

Fernandes,¹⁹¹ Odete Medauar,¹⁹² Marçal Justen Filho,¹⁹³ José dos Santos Carvalho Filho¹⁹⁴ e Ellen Gracie.¹⁹⁵

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o teor das ementas de algumas decisões antigas pode dar ensejo a generalizações incompatíveis com o que de fato foi decidido. Exemplo disso é o Mandado de Segurança nº 5.490, impetrado contra decisão do TCU que havia negado registro a um ato de aposentadoria, no qual a Suprema Corte, em julgamento realizado no ano de 1958, na vigência, portanto, da Constituição Federal de 1946, fez constar da ementa que “Os julgamentos do Tribunal de Contas, no uso da atribuição conferida pelo art. 77 da Constituição, só poderão ser cassados por mandado de segurança, quando resultem de ilegalidade manifesta ou de abuso de poder”. No entanto, do voto do relator constaram as seguintes considerações:¹⁹⁶

O Tribunal de Contas julga da legalidade da aposentadoria; isto é, verifica se o título foi expedido de acordo com a lei.

Ele exerce a sua competência jurisdicional, livremente, à maneira de um órgão do Poder Judiciário, dizendo o direito como o interpreta.

Os seus veredictos merecem pleno acatamento, salvo as reformas ou emendas dos órgãos mais graduados.

Se nega registro a um contrato, a instância superior é a Câmara dos Deputados.

Qualquer outra decisão sua, que afete a uma situação jurídica individual, pode ser objeto de exame desta Corte, por meio de mandado de segurança, que se concede seja qual for a autoridade responsável pela ilegalidade ou abuso de poder (art. 141, §24)

Mas o critério de verificação é todo especial.

Para que se expeça o writ, faz-se mister a caracterização de uma ilegalidade ou desvio de poder, a impor imediata coibição.

Ilegalidade, no caso, significa um procedimento contrário à clara disposição da lei; não se estendendo o conceito a um julgamento resultante da interpretação curial de norma, ainda que possa ela suscitar divergência. [grifos e grafias do original]

No julgamento do Mandado de Segurança nº 7.280, impetrado contra decisão do TCU que havia julgado irregulares as contas do administrador público e o havia condenado à reparação de dano ao erário, no qual o impetrante alegara a injustiça da decisão, uma vez mais o Supremo Tribunal Federal, em julgamento ocorrido no ano de 1960, também na vigência,

¹⁹¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. Op. cit., p. 872.

¹⁹² MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. Op. cit., p. 154.

¹⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 1163.

¹⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 1046.

¹⁹⁵ GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista do TCU**. Ano 38, n. 110, p. 7-14, set./dez 2007, p. 8.

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 5.490**. Relator: Ministro Antônio Villas Boas, 20 de agosto de 1958. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=82967>. Acesso em: 14 mai. 2022.

portanto, da Constituição Federal de 1946, fez constar da ementa expressão que pode induzir a conclusões equivocadas, porquanto afirmou que “Ao apurar o alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insusceptível de revisão na via judicial a não ser quanto ao seu aspecto formal ou terna de ilegalidade manifesta”.¹⁹⁷

O voto do relator, porém, bem esclarece o entendimento daquela Corte, no sentido de que é possível a discussão judicial, mas nas vias ordinárias e não em sede de mandado de segurança, ao afirmar que o “assunto, é evidente que não pode ser tratado através do processo expedito do mandado de segurança. Só pelos meios normais regulares é que poderá o impetrante demonstrar o contrário, ou invalidar a apuração feita pelo Tribunal de Contas da União”.

No ano de 1963, o STF editou a Súmula nº 6 na qual, uma vez mais, reafirmou a possibilidade de revisão judicial das decisões dos Tribunais de Contas, no sentido de que: “A revogação ou anulação, pelo Poder Executivo, de aposentadoria, ou qualquer outro ato aprovado pelo Tribunal de Contas, não produz efeitos antes de aprovada por aquele Tribunal, **ressalvada a competência revisora do Judiciário**” [grifos não são do original].¹⁹⁸

Já na vigência da atual Constituição Federal de 1988, o Ministro Dias Toffoli, na decisão monocrática proferida no Mandado de Segurança nº 33.996, defendeu limites mais rígidos ao Poder Judiciário quando da apreciação do mérito de atos administrativos, inclusive decisões de Tribunais de Contas. Eis o trecho da citada decisão:

Não se permite ao Judiciário, em princípio, pronunciar-se sobre o mérito administrativo - conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato -, porque tal tipo de agir coaduna-se com pronunciamento de administração, e não de jurisdição judiciária.

Entendo por bem enfatizar que a atuação do Poder Judiciário se circunscreve ao campo da regularidade do procedimento e à legalidade do ato administrativo em si, sendo-lhe defesa qualquer invasão do mérito administrativo e tampouco reapreciação dos fatos e provas coligidas pela Corte de Contas.

Ressalto, ainda, por fim, que o controle da legalidade dos atos administrativos, por meio do mandado de segurança, inicia-se quando

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 7.280**. Relator: Min. Henrique D’Avilla, 20 de junho de 1960. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=83295>. Acesso em: 14 mai. 2022.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 6**, 13 de dezembro de 1963. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula6/false>. Acesso em: 14 mai. 2022.

esgotadas as possibilidades de recursos com efeito suspensivo em âmbito administrativo (artigo 5º, inciso I, da Lei nº 12.016/2009).¹⁹⁹

O Ministro Luiz Fux, a seu turno, em decisão monocrática de 2018, proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 35.449, impetrado em face de decisão do TCU que determinou a instauração de processo de apuração de responsabilidades por violação de sigilo em processo licitatório promovido pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, embora tenha ressalvado a possibilidade de discussão da decisão do TCU nas vias ordinárias, fez as seguintes considerações no sentido da deferência judicial às decisões das Cortes de Contas:

Outrossim, ainda que verdadeiras as afirmações da impetrante, mister sua cabal demonstração, após a ampla instrução probatória demandada na espécie. Tarefa essa deve ser perseguida nas vias ordinárias, segundo o rito processual adequado.

Por fim, importante ressaltar que a pretensão da impetrante esbarra em outro óbice intransponível: é absolutamente descabida a pretensão de congregar esta Corte em instância recursal das decisões administrativas tomadas pelo Tribunal de Contas da União – TCU no regular exercício das atribuições técnicas constitucionalmente previstas.

De fato, o enfrentamento de questões afetas à Corte de Contas firma-se em critério técnico por parte do órgão de controle e deve produzir presunção de razoabilidade quanto aos meios adotados. É que, decisões tomadas com base em critério técnico amparam-se em juízo de expertise para o qual o Tribunal de Contas da União está constitucionalmente habilitado (art. 71 da CRFB/88).

Nessas condições, presume-se a capacidade institucional e habilitação técnica para determinadas escolhas, o que impõe ao Poder Judiciário a autocontenção (judicial self-restraint) e deferência às valorações realizadas pelos órgãos especializados, dada sua maior capacidade institucional para o tratamento da matéria (SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life*. Oxford: Oxford University Press, 1998; SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions*. John M. Olin Program in Law & Economics Working Paper nº 156, 2002).

De fato, inexistindo ilegalidade flagrante, para que esta Corte possa proceder ao exame e à densificação concreta que o Tribunal de Contas da União – TCU fez dos fatos que impuseram a desclassificação da impetrante da RDC, implicaria em trazer para o mandado de segurança uma discussão que desborda do espectro atinente aos limites do writ.²⁰⁰

No julgamento do Mandado de Segurança nº 35.715, impetrado em face de decisão do TCU, o ministro Luís Roberto Barroso ressaltou ser muito parcimonioso na intervenção

¹⁹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática do relator). **Mandado de Segurança nº 33.996**. Relator: Min. Dias Toffoli, 26 de setembro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho788607/false>. Acesso em: 14 mai. 2022.

²⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). Mandado de Segurança 35.499. Relator: Min. Luiz Fux, 14 de março de 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho842176/false>. Acesso em: 14 mai. 2022.

judicial de órgão especializados, a exemplo do CNJ e do CADE, entre outros, motivo pelo qual criou um teste, que sempre adota nesses casos, “um teste triplo de verificar se houve extrapolação da competência, se houve violação ao devido processo legal, ou se houve total falta de razoabilidade no ato impugnado”. Ou seja, o aludido magistrado evidenciou que, embora haja com reservas sobre o assunto, admite a revisão judicial do mérito do ato administrativo desses órgãos com base no critério da razoabilidade.²⁰¹

Nessa mesma assentada, o ministro Dias Toffoli voltou a se manifestar sobre o assunto, aparentemente no sentido da ampla revisão judicial, pois não fez qualquer ressalva ao afirmar que “De partida, considere-se que o Tribunal de Contas da União não é um tribunal administrativo, no sentido francês, dotado de poder de solução dos conflitos em última instância. O princípio da inafastabilidade da jurisdição impede que haja essa equiparação”.

Não obstante os entendimentos, em tese, externados por vários ministros, na prática o STF tem realizado intensa revisão do mérito das decisões do TCU. No Mandado de Segurança nº 26.424, por exemplo, o STF reviu o mérito da decisão do TCU, em matéria estritamente de fato. Tratava-se de mandado de segurança impetrado pelo Conselho de Medicina Veterinária do Estado do Rio Grande do Sul em face de decisão do TCU que havia determinado àquela autarquia a dispensa de 8 funcionários por terem sido contratados mediante processo seletivo que, segundo o TCU, não teria atendido aos princípios da impessoalidade, objetividade e isonomia, em face da previsão no ato convocatório de etapa

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Mandado de Segurança 35.715. Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ATO DO TCU QUE INDEFERIU ACESSO A DOCUMENTOS. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA. 1. O exercício da prerrogativa do TCU relacionada com a competência constitucional implícita para garantir o cumprimento de suas atribuições, conforme o art. 71 da Constituição Federal, encontra-se delimitada por outros valores constitucionais, em especial, o do devido processo legal, que deixou de ser observado no presente caso. 2. Nessa linha de consideração, o poder geral de cautela não exige o TCU de observar o contraditório e a ampla defesa, disponibilizando os documentos levados em consideração para a concessão da medida restritiva, sob pena de tornar, inclusive, a decisão imune a controle. 3. Mandado de Segurança em que se concede a ordem. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Alexandre de Moraes, 3 de agosto de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=758358346>. Acesso em: 14 mai. 2022.

classificatória baseada exclusivamente na análise curricular e entrevista, dando azo a avaliações subjetivas e discriminatórias.²⁰²

O STF, na linha do voto do relator da aludida ação judicial, ministro Dias Toffoli, que, detidamente, analisou os termos do edital do referido processo seletivo, entendeu que a prova dos autos contrariava o entendimento do TCU, ou seja, entendeu que a contratação realizada pelo impetrante, contrariamente ao que afirmado pelo TCU, havia atendido aos princípios da impessoalidade, objetividade e isonomia, motivo pelo qual concedeu a segurança e anulou a decisão do TCU.

Como se vê, nesse precedente o STF fez profundo exame das provas produzidas no âmbito do processo de controle externo no TCU, o que é contraditório com a afirmação feita pelo ministro Dias Toffoli, na citada decisão monocrática proferida alguns anos depois no Mandado de Segurança nº 33.996, mencionada anteriormente.

Outro exemplo de precedente no qual o STF não se furtou a rever o mérito da decisão do TCU foi no Segundo Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 31.718, impetrado em face de decisão do TCU que determinou à Eletrobrás - Centrais Elétricas Brasileiras S.A., impetrante, que se abstivesse de prorrogar o prazo de vigência do contrato por ela firmado com sociedade de advogados para acompanhar processos judiciais em que é parte ou terceira interessada no Estado do Paraná, tendo em vista que possui advogados em seu quadro de pessoal, e o serviço objeto da contratação não era específico e possuía caráter continuado, o que ofendeu o art. 37, II, da Constituição Federal. Neste caso, o STF manteve decisão monocrática de mérito do relator, ministro Roberto Barroso, que, após detida análise do

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança 26.424**. Ementa: Mandado de segurança. Acórdãos do Tribunal de Contas da União. Conselho de fiscalização profissional. Concurso público. Observância do art. 37, II, da constituição federal. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confere natureza autárquica aos conselhos de fiscalização profissional, fazendo sobre eles incidir a exigência do concurso público para a contratação de seus servidores. Precedente: RE 539.224, Rel. Min. Luiz Fux. 2. No caso, o processo de seleção realizado pelo impetrante atendeu aos requisitos do inciso II do art. 37 da Constituição Federal. Processo de seleção cujo edital foi amplamente divulgado, contendo critérios objetivos para definir os candidatos aprovados e suas respectivas classificações. 3. Mandado de segurança concedido. Relator: Min. Dias Toffoli, 19 de fevereiro de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3523109>. Acesso em: 14 mai. 2022.

mérito e das provas produzidas no âmbito do processo do TCU, anulou a decisão da Corte de Contas, por entender viável a contratação de advogados na forma procedida pela Eletrobrás.²⁰³

Especificamente em relação à revisão judicial do mérito de decisões do TCU que imputam responsabilidade, há também casos julgados nos quais o STF reviu o mérito da decisão da Corte de Contas, após análise da matéria de fato e das provas coligidas aos autos do mandado de segurança e que foram produzidas no âmbito do processo do TCU.

Exemplo nesse sentido é o Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 34.443, impetrado em face de decisão do TCU que havia aplicado multa aos impetrantes, pregoeiros, por terem agido com rigor excessivo na condução do certame licitatório, o que teria resultado em ofensa ao princípio da isonomia em relação a alguns dos licitantes. O relator, ministro Ricardo Lewandowski, concedeu a segurança e anulou a decisão do TCU, mediante decisão monocrática de mérito, na qual considerou a multa aplicada pelo TCU injusta, por entender que os pregoeiros não agiram com rigor excessivo.

A União interpôs agravo regimental em que, expressamente, alegou ofensa ao princípio da separação dos Poderes, ao argumento de que “[...] não pode o Poder Judiciário adentrar o mérito administrativo para rever a decisão tomada pela Corte de Contas que, segundo a Constituição, é o órgão competente para apreciar a questão”. Sobre essa alegação, o relator se limitou a afirmar que o art. 102, I, d, da Constituição Federal atribui à Suprema

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Interno no Mandado de Segurança 31.718**. Ementa: Direito Constitucional e Administrativo. Agravo interno em mandado de segurança. Sociedade de economia mista. Contratação de sociedade de advogados para serviços jurídicos. 1. Agravo interno contra decisão que concedeu a ordem para anular as decisões do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 3.071/2011 e Acórdão nº 2.833/2012) que determinaram à impetrante que se absteresse de realizar a contratação de serviços advocatícios objeto da Tomada de Preços DAC nº 02/2011. 2. No julgamento do RE 599.628-RG, acerca da aplicabilidade do regime de precatórios, prevaleceu a tese de que a sociedade de economia mista atuante no setor elétrico deve se submeter aos instrumentos de garantia do equilíbrio concorrencial, nos termos do art. 173, § 1º, II e § 2º, da Constituição Federal. Em se tratando de empresas estatais inseridas em regime concorrencial, a terceirização deve seguir lógica semelhante àquela prevista para a iniciativa privada. 3. Deve ser concedida à empresa estatal que explora atividade econômica certa margem de discricionariedade para a escolha da melhor forma de atuação em demandas jurídicas, sendo legítima a utilização de corpo jurídico próprio de forma exclusiva ou parcial, bem como de contratação de advogados ou escritórios de advocacia também de forma exclusiva ou parcial. 4. A escolha administrativa, no entanto, deve atender às seguintes condições: (i) observância, como regra geral, do procedimento licitatório, salvo os casos em que cabalmente demonstrada sua inexigibilidade; (ii) elaboração de uma justificativa formal e razoável; (iii) demonstração, pautada por evidências concretas, da economicidade da medida, bem como da impossibilidade ou inconveniência da utilização do corpo jurídico próprio da entidade. 5. No caso concreto, foram atendidos os requisitos acima, sendo que a escolha realizada pela agravada está em conformidade com os ditames da eficiência, impessoalidade e moralidade, sendo proporcionalmente justificada. 6. A possibilidade de utilização da terceirização pelas empresas estatais foi ampliada pelo Decreto nº 9.507/2018. O caso dos autos se enquadra no art. 4º, I e II, c/c o § 1º, do referido diploma. 7. Agravo a que se nega provimento. Relator: Min. Roberto Barroso, 4 de outubro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=757685071>. Acesso em: 15 mai. 2022.

Corte competência originária para processar e julgar mandado de segurança contra o TCU, o que foi acolhido pelo Colegiado que manteve a decisão monocrática do relator.²⁰⁴

Outro precedente no qual o STF reviu o mérito de acórdão condenatório do TCU é o Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 35.196, impetrado por parecerista jurídico em face de decisão do TCU que julgou irregulares as suas contas e o condenou, solidariamente com o gestor, à reparação do dano ao erário e lhe aplicou uma multa. O STF, ao julgar o Agravo Regimental, manteve a decisão monocrática do relator, ministro Luiz Fux, que, após analisar o mérito da matéria e as respectivas provas produzidas no âmbito do processo da Corte de Contas, anulou a decisão do TCU, por entender que a conduta do parecerista jurídico não foi praticada com dolo nem com erro grosseiro.²⁰⁵

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 34.443**. Ementa: AGRADO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. LICITAÇÃO. CONSTATAÇÃO DE IRREGULARIDADES. DESCLASSIFICAÇÃO DE EMPRESA LICITANTE. RIGOR EXCESSIVO INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE OFENSA À ISONOMIA NA APRECIÇÃO DAS PROPOSTAS. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - O direito líquido e certo, capaz de autorizar o ajuizamento do mandado de segurança, é, tão somente, aquele que concerne a fatos incontroversos, que sejam constatáveis de plano, mediante prova literal inequívoca. II - O controle jurisdicional conferido ao Poder Judiciário não viola o disposto no art. 2º, caput, da Constituição Federal. III - O art. 102, I, d, da Constituição Federal atribui ao Supremo Tribunal Federal competência originária para processar e julgar mandado de segurança contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e da própria Suprema Corte. IV - Agravo regimental a que se nega provimento.. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, 17 de agosto de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748138222>. Acesso em: 15 mai. 2022.

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Interno no Mandado de Segurança nº 35.196**. Ementa: AGRADO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RESPONSABILIDADE. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8666/93. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, ERRO GRAVE INESCUSÁVEL OU CULPA EM SENTIDO AMPLO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O advogado é passível de responsabilização “pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”, consoante os artigos 133 da Constituição Federal e o artigo 32 da Lei 8.906/94, que estabelece os limites à inviolabilidade funcional. 2. O erro grave ou grosseiro do parecerista público define a extensão da responsabilidade, porquanto uma interpretação ampliativa desses conceitos pode gerar indevidamente a responsabilidade solidária do profissional pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público. 3. A responsabilidade do parecerista deve ser proporcional ao seu efetivo poder de decisão na formação do ato administrativo, porquanto a assessoria jurídica da Administração, em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da função, dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. 4. A diligência exigível do parecerista no enquadramento da teoria da imprevisão, para fins de revisão contratual, pressupõe a configuração da imprevisibilidade da causa ou dos efeitos, assim como da excepcional onerosidade para a execução do ajustado, vez que o artigo 65, II, d, da Lei 8.666/1993 autoriza a revisão do contrato quando houver risco econômico anormal, tal qual aquele decorrente de fatos “previsíveis porém de consequências incalculáveis”. 5. Os preços, posto variáveis, podem ensejar a revisão contratual in concreto, na hipótese de serem inevitáveis, excepcionais e não precificadas no contrato, ainda que haja cláusula de reajuste motivada por inflação ou outro índice, razão pela qual não se configura a responsabilização do parecerista tão somente por não ter feito referência expressa à cláusula contratual. 6. A diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, que assegura ao parecerista a liberdade de se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos, ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso. 7. In casu, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, lastreando-se em mera interpretação distinta dos fatos, deixou de comprovar o erro inescusável pelo agravado para sustentar a irregularidade do aditivo, que somente

Depreende-se da jurisprudência do STF que, embora vários ministros ressaltem a importância de certa autocontenção em ações que busquem rever as decisões do TCU, prevalece, na prática, o entendimento de que a Suprema Corte pode e deve não apenas anular, mas também substituir a decisão do TCU pela decisão judicial, ao menos nos casos em que aquela Corte de Justiça entende ter sido legal o ato considerado ilegal pela Corte de Contas.

Há, porém, duas situações específicas cuja análise precisar ser pontual, relativas às competências exclusivas dos Tribunais de Contas previstas nos incisos II e III do art. 71 da Constituição Federal, concernentes ao julgamento das contas dos administradores e ao registro ou não de atos de admissão de pessoal, aposentadoria, reforma e pensão. São casos específicos porque somente os Tribunais de Contas podem exercer essas competências, mais nenhum órgão público, diferentemente da validade de atos e contratos que, no geral, podem ser objeto de discussão em ações judiciais.

Ou seja, a jurisprudência do STF já evidenciou que, diante de uma decisão do TCU que tenha considerado ilegal um ato ou contrato, aquela Suprema Corte entende que pode e deve deconstituir referida decisão, se a entender errada, e no mesmo ato declarar a legalidade desse ato ou contrato. A questão é saber se o STF entende que esse mesmo raciocínio se aplica às decisões do TCU que julgam contas e negam registro a atos de admissão, aposentadoria, reforma e pensão. A pergunta, portanto, é: o STF entende que pode, em substituição ao TCU, julgar contas de administradores e registrar atos de admissão, aposentadoria, reforme e pensão, quando entender que a decisão da Corte de Contas, impugnada perante aquela Suprema Corte, está errada?

No que concerne às decisões do TCU que negam registro a atos de admissão de pessoal e de aposentadoria, reforma e pensão, alguns precedentes parecem revelar o entendimento do STF sobre o assunto que, como se verá, nem sempre foi o mesmo. No ano de 1993, no julgamento do Mandado de Segurança nº 21.466, impetrado em face de decisão do TCU que havia restituído ao órgão de origem o processo de aposentadoria do impetrante, a fim de que fosse reduzido para 5% o percentual da gratificação adicional por tempo de

restaria configurado caso houvesse expressa previsão contratual do fato ensejador da revisão, na extensão devida, a afastar a imprevisão inerente à álea extraordinária. 8. O agravado no caso sub examine efetivamente justificou a adequação jurídica do aditivo contratual à norma aplicável, ao assentar que o equilíbrio econômico da mencionada obra civil foi afetado por distorções dos preços dos serviços e aos insumos básicos, logo após explicitar que se tratava de hipóteses motivadas por fatos supervenientes, de ordem natural, legal ou econômica e de trazer referências doutrinárias específicas de atos imprevisíveis ou oscilação dos preços da economia. 9. Agravo interno a que NEGO PROVIMENTO por manifesta improcedência. Relator: Min. Luiz Fux, 12 de novembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751913839>. Acesso em: 15 mai. 2022.

serviço, a Procuradoria-Geral da República propôs ao relator do STF a concessão da segurança, “...para determinar àquela Corte de Contas que proceda ao registro da aposentadoria, tal como deferido originariamente pelo órgão competente”.²⁰⁶

O relator, ministro Celso de Mello, não acolheu a proposta de determinação por entender que, caso o STF expedisse referida determinação, “substituir-se-ia, de modo absolutamente ilegítimo, ao Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência constitucional”.

Em sentido semelhante já havia se manifestado o ministro Octávio Gallotti, no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.658, ocorrido em 1997, impetrado contra decisão do TCU que havia negado registro a ato de aposentadoria por conter parcela considerada ilegal pela Corte de Contas. O impetrante alegou ofensa à coisa julgada por parte do TCU, tendo em vista que referida parcela estava sendo paga em cumprimento a decisão judicial prolatada em mandado de segurança impetrado contra o órgão pagador.

O STF, no entanto, entendeu que, pelo fato de o TCU não ter participado da ação judicial, pois não foi oferecida contra a Corte de Contas, não haveria a obrigatoriedade de efetuar o registro do ato de aposentadoria, já que o entendia ilegal. Naquela assentada, o ministro Octavio Gallotti afirmou que “Pode o Judiciário sobrepor-se ao Tribunal de Contas,

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 21.466**. Ementa: EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL - APRECIÇÃO DA LEGALIDADE DE ATO CONCESSIVO DE APOSENTADORIA - POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA - CARÁTER NÃO-VINCULANTE DA DELIBERAÇÃO DO TCU - JUIZ CLASSISTA - PRERROGATIVAS - À QUESTÃO DA SUA EQUIPARAÇÃO AOS MAGISTRADOS TOGADOS - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A UM MESMO REGIME JURÍDICO - WRIT DENEGADO. - Com a superveniência da nova Constituição, ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de competência dos Tribunais de Contas, os quais, distanciados do modelo inicial consagrado na Constituição republicana de 1891, foram investidos de poderes mais amplos, que ensejam, agora, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das pessoas estatais e das entidades e órgãos de sua administração direta e indireta. - No exercício da sua função constitucional de controle, o Tribunal de Contas da União procede, dentre outras atribuições, a verificação da legalidade da aposentadoria, e determina - tal seja a situação jurídica emergente do respectivo ato concessivo - a efetivação, ou não, de seu registro. O Tribunal de Contas da União, no desempenho dessa específica atribuição, não dispõe de competência para proceder a qualquer inovação no título jurídico de aposentação submetido a seu exame. Constatada a ocorrência de vício de legalidade no ato concessivo de aposentadoria, torna-se lícito ao Tribunal de Contas da União - especialmente ante a ampliação do espaço institucional de sua atuação fiscalizadora - recomendar ao órgão ou entidade competente que adote as medidas necessárias ao exato cumprimento da lei, evitando, desse modo, a medida radical da recusa de registro. Se o órgão de que proveio o ato juridicamente viciado, agindo nos limites de sua esfera de atribuições, recusar-se a dar execução a diligência recomendada pelo Tribunal de Contas da União - reafirmando, assim, o seu entendimento quanto a plena legalidade da concessão da aposentadoria -, cabera a Corte de Contas, então, pronunciar-se, definitivamente, sobre a efetivação do registro (...). Relator: Min. Celso de Mello, 19 de maio de 1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85533>. Acesso em: 15 mai. 2022.

quando contra este impetrado o mandado, mas não, como dito, substitui-lo em sua competência constitucional”.²⁰⁷

Em semelhante sentido foi a afirmação do relator do Mandado de Segurança nº 23.665, ministro Maurício Correa, julgado em 2002, no sentido de que o TCU não pode determinar à autoridade administrativa do órgão pagador que suspenda o pagamento de parcela remuneratória efetuado em cumprimento a decisão judicial, mas, desde que não tenha participado da ação judicial, pode negar registro ao ato de aposentadoria, reforma ou pensão, caso entenda que referida parcela é ilegal.²⁰⁸

Importante observar que esse entendimento do relator buscou preservar a autonomia do TCU para julgar segundo seu próprio entendimento, mas, de igual modo, preservou o direito do agente público ao recebimento da parcela remuneratória e o respeito à coisa julgada, ao impedir a Corte de Contas de exigir do gestor a suspensão do pagamento.

No entanto, em 2015, ao apreciar o Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 33.609, impetrado em face de decisão do TCU que, de igual modo, havia negado registro a ato de aposentadoria por conter parcela considerada ilegal, o STF reviu seu entendimento, pois manteve a decisão monocrática da relatora, ministra Rosa Weber, que havia determinado

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 22.658**. Ementa: Tribunal de Contas: registro de aposentadoria: mandado de segurança posterior para compelir a autoridade administrativa a alterar o ato concessivo já registrado não impõe ao Tribunal de Contas deferir o registro da alteração: aplicação da Súm. 6/STF, não elidida pela circunstância de o ato administrativo subsequente ao registro ter derivado do deferimento de mandado de segurança para ordenar a sua prática à autoridade competente retificar a aposentadoria que concedera, mas não para desconstituir a decisão anterior do Tribunal de Contas. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 10 de setembro de 1997. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85804>. Acesso em: 15 mai. 2022.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 23.665**. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA. REGISTRO. VANTAGEM DEFERIDA POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DETERMINAÇÃO À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA PARA SUSPENDER O PAGAMENTO DA PARCELA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Vantagem pecuniária incluída nos proventos de aposentadoria de servidor público federal, por força de decisão judicial transitada em julgado. Impossibilidade de o Tribunal de Contas da União impor à autoridade administrativa sujeita à sua fiscalização a suspensão do respectivo pagamento. Ato que se afasta da competência reservada à Corte de Contas (CF, artigo 71, III). 2. Ainda que contrário à pacífica jurisprudência desta Corte, o reconhecimento de direito coberto pelo manto da res judicata somente pode ser desconstituído pela via da ação rescisória. Segurança concedida. Relator: Min. Maurício Correa, 5 de junho de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86003>. Acesso em: 15 mai. 2022.

ao TCU que registrasse o ato de aposentadoria do impetrante, porquanto referida parcela remuneratória estava sendo paga em cumprimento a decisão judicial.²⁰⁹

Percebe-se que a jurisprudência do STF mais recente tem seguido esse mesmo entendimento, ao menos em relação a decisões do TCU que negam registro a atos de aposentadoria por conter parcela considerada ilegal pela Corte de Contas, mas que vem sendo paga em cumprimento a decisão judicial, ainda que o TCU não tenha participado da ação judicial. Nesse sentido são o Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 33.106, julgado em 2018,²¹⁰ e o Mandado de Segurança nº 34.950, julgado em 2021.²¹¹

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 33.609**. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO INICIAL DE CONCESSÃO DE APOSENTADORIA. POLICIAL. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB A ÉGIDE DAS LEIS NºS 3.313/57 E 4.878/65. AVERBAÇÃO FEITA EM CONFORMIDADE COM DECISÃO JUDICIAL TRÂNSITA EM JULGADO. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA A RESPEITO DA VALIDADE E EFICÁCIA DO PROVIMENTO JUDICIAL. RECUSA DE REGISTRO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. AFRONTA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA COISA JULGADA. 1. Ainda que sob pretexto de fazer prevalecer interpretação afinada com seu entendimento administrativo sobre a matéria, ou mesmo com a jurisprudência dominante a respeito do tema, o Tribunal de Contas da União não pode determinar o descumprimento, por autoridade sujeita a sua fiscalização, de provimento judicial válido e cuja eficácia não se tenha exaurido. Precedentes. 2. Na espécie, aplicado entendimento consolidado no âmbito da Corte de Contas da União, no sentido da impossibilidade da contagem, com acréscimo de 20%, de tempo de serviço prestado por policial sob a égide das Leis nºs 3.313/57 e 4.878/65, em detrimento de decisão judicial trânsita em julgado, cuja validade e eficácia sequer é disputada, resulta evidenciada afronta à garantia constitucional prevista no art. 5º, XXXVI, da Constituição da República. Agravo regimental conhecido e não provido. Relatora: Min. Rosa Weber, 1º de setembro de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9426466>. Acesso em: 15 mai. 2022.

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 33.106**. Ementa: Direito administrativo. Agravo interno em Mandado de segurança. Ato do tribunal de contas da união. Aposentadoria. Servidora da polícia federal. Alegada ofensa à coisa julgada. 1. A jurisprudência do STF afirma que a coisa julga é oponível ao Tribunal de Contas da União, desde que inalterados os pressupostos fáticos e jurídicos que lhe serviram de suporte (RE 596.663-RG, Rel. para acórdão Min. Teori Zavascki). 2. A Corte de Contas deve, portanto, considerar o tempo ficto reconhecido em título judicial transitado em julgado, na ação declaratória nº 2002.82.00.002598-2, da 1ª Vara Federal da Paraíba. 3. Agravo a que se nega provimento. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14659543>. Acesso em: 15 mai. 2022.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança 34.950**. Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SUBMISSÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS À AUTORIDADE DA COISA JULGADA. RESPEITO À APOSENTADORIA COM PROVENTOS INTEGRAIS EM VIRTUDE DE DECISÃO JUDICIAL. PRECEDENTES. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. O Mandado de Segurança é uma ação constitucional, de natureza civil, cujo objeto é a proteção de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. 2. Presença de direito líquido e certo. Reconhecimento da aposentadoria com proventos integrais do impetrante por decisão judicial transitada em julgado. 3. É pacífico o entendimento no SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL de que, ressalvada as hipóteses em que se verifique a modificação no estado de fato ou de direito, o Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode desconsiderar a existência de coisa julgada, ainda que esta conflite com sua jurisprudência ou com a jurisprudência desta SUPREMA CORTE a respeito do tema de fundo. Precedentes. 4. Mandado de Segurança em que se concede a ordem. Relator: Min. Marco Aurélio. Redator: Min. Alexandre de Moraes, 31 de maio de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756062681>. Acesso em: 15 mai. 2022.

Não obstante a tendência acima indicada, em alguns casos o STF adotou solução intermediária, a exemplo do Mandado de Segurança nº 33.087, julgado em 2016, e do Mandado de Segurança nº 35.092, decidido em 2017, ambos impetrados contra decisões do TCU que negaram registro a atos de aposentadoria por conterem parcelas remuneratórias consideradas ilegais pela Corte de Contas, mas amparadas por decisão judicial. Nesses casos, os relatores do STF, talvez como uma forma de não se substituírem ao TCU na função exclusiva de registrar os atos de aposentadoria, embora tenham deferido as seguranças para anular as decisões do TCU, não determinaram o registro do ato de aposentadoria, mas sim a nova apreciação do aludido ato pela Corte de Contas, mas devendo, obrigatoriamente, considerar legais referidos pagamentos, nos termos das mencionadas decisões judiciais.²¹²²¹³

Outra hipótese na qual o STF adotou solução semelhante foi no Mandado de Segurança Coletivo nº 35.410, de natureza preventiva, impetrado em face de decisão do TCU que, com base na Súmula nº 347 do STF, segundo a qual o “Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público”, determinou à sua Secretaria de Controle Externo que, ao apreciar a legalidade das aposentadorias de servidores substituídos pelo Impetrante, afastasse a incidência dos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17 da Lei nº 13.464/2017, relativo ao Bônus de Eficiência e Produtividade na Atividade Tributária e Aduaneira e na Atividade de Auditoria Fiscal do Trabalho.²¹⁴

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Mandado de Segurança 33.087**. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. SERVIDOR DO DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. APOSENTADORIA. CONTAGEM DO TEMPO PARA SERVIÇO PARA APOSENTADORIA. PERÍODO TRABALHADO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 3.313/1957: ACRÉSCIMO DE 20%. CÔMPUTO DE FRAÇÃO DE LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDA. REGISTRO NEGADO. CONTRARIEDADE AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEUS COROLÁRIOS: INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. ALEGADA OFENSA À COISA JULGADA. DECISÃO PELA QUAL NÃO SE RECONHECEU O DIREITO DE CÔMPUTO DAS FRAÇÕES DE LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDAS: INOCORRÊNCIA. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 3.313/1957: AVERBAÇÃO FEITA EM CONFORMIDADE COM DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. MANDADO DE SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDO. AGRAVO REGIMENTAL PREJUDICADO. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 7 de junho de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11195720>. Acesso em: 15 mai. 2022.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática de mérito). Mandado de Segurança nº 35.092. Relator: Min. Gilmar Mendes, 25 de agosto de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312559827&ext=.pdf>. Acesso em: 15. Mai. 2022.

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 35.410**. Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS ERGA OMNES E VINCULANTES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DECISÃO DE AFASTAMENTO GENÉRICO E DEFINITIVO DA EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS SOBRE PAGAMENTO DE “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA” A INATIVOS E PENSIONISTAS, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos erga omnes e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal. 2. Decisão do TCU que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal. 3. Impossibilidade de o

O STF, na linha do voto do relator, ministro Alexandre de Moraes, por entender que a decisão do TCU teria realizado controle difuso, mas com a transcendência dos seus efeitos, o que teria provocado o afastamento não apenas incidental da lei federal, para o caso concreto, “mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes”, determinou ao TCU que as aposentadorias e pensões fosse analisadas de acordo com a citada legislação.

Curiosamente, na mesma data do julgamento do Mandado de Segurança nº 35.410, acima referido, e da mesma relatoria, o STF julgou o Mandado de Segurança nº 35.812, mas lhe deu encaminhamento distinto. Referida ação foi impetrada em face de decisões do TCU que, de igual modo, entenderam pela inconstitucionalidade do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade previsto na Lei Federal nº 13.464/2017 e, por esse fundamento, negaram o registro a vários atos de aposentadoria, mas, em vez de determinarem a suspensão do pagamento, condicionaram a exclusão da citada vantagem à eventual desconstituição da medida liminar concedida no Mandado de Segurança nº 35.498 que, até aquele momento, assegurava o aludido pagamento. Neste caso, o STF, por entender que o TCU não poderia ter realizado nem mesmo o controle difuso de constitucionalidade, determinou à Corte de Contas que procedesse ao registro dos atos de aposentadoria.²¹⁵

controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os erga omnes e vinculantes. 4. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para afastar a determinação contida no item 9.2 do Acórdão 2.000/2017 do Tribunal de Contas da União, proferido no Processo TC 0216.009/2017-1, e determinar que as aposentadorias e pensões dos servidores substituídos sejam analisadas em conformidade com os dispositivos legais vigentes nos §§ 2º e 3º do art. 7º da Lei nº 13.464/2017 e inciso XXIII do § 1º do art. 4º da Lei nº 10.887/2004. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de abril de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755772012>. Acesso em: 15 mai. 2022.

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 35.812**. Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INDEFERIMENTO DO REGISTRO DE APOSENTADORIAS CONCEDIDAS A SERVIDORES DETENTORES DO DIREITO AO RECEBIMENTO DO “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA”, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A declaração incidental de inconstitucionalidade somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo. Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo. 2. Decisão do TCU que, no exercício de sua função constitucional de apreciação da legalidade de atos de concessão de aposentadoria de servidores públicos (art. 71, III, CF), considerou ilegais e denegou o registro de aposentadorias de servidores que teriam o direito de auferir em seus proventos a gratificação denominada Bônus de Eficiência e Produtividade, criado pelos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17, ambos da Lei 13.464/2017. 3. CONCESSÃO DA ORDEM NO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO para determinar ao Tribunal de Contas da União que reaprecie os Acórdãos 2791/2018, 2792/2018, 2793/2018, 2794/2018, 2795/2018, 2796/2018, 3102/2018, 3103/2018 e 3104/2018, devendo proceder aos respectivos REGISTROS, desde que o único óbice aos registros das aposentadorias ou pensões seja a

Diante desses precedentes todos, é correto concluir que, em relação às decisões do TCU prolatadas no exercício da competência exclusiva de apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria, reforma e pensão, prevista no inciso III do art. 71 da Constituição Federal, o STF não tem entendido que haja qualquer limitação à revisão judicial que pode, até mesmo, ensejar determinações à Corte de Contas no sentido de que registre aludidos atos.

Resta saber se o STF tem o mesmo entendimento em relação às decisões do TCU que julgam as contas dos agentes públicos em geral, no exercício da competência também exclusiva prevista no inciso II do art. 71 da Constituição Federal. Sobre o assunto o STF parece realmente ser mais contido, pois não há registro na sua jurisprudência de decisão que tenha determinado à Corte de Contas que julgasse as contas de algum gestor desta ou daquela forma.

O que há são decisões judiciais que se limitam a desconstituir a decisão do TCU que julgou as contas do gestor, sem, no entanto, julgarem as contas do gestor nem determinarem ao TCU que o faça em algum sentido específico. Além disso, nesses casos, conforme se viu dos precedentes antes mencionados, o STF assim decide por discordar do TCU quanto aos fatos considerados ilícitos pela Corte de Contas e que serviram de fundamento para o julgamento pela irregularidade das contas, seja por entender que não existiu o fato ilícito em si, por exemplo, a ofensa ao princípio da impessoalidade, seja por discordar da interpretação jurídica dada pelo TCU a determinado dispositivo normativo.

Exposta a divergência doutrinária e a evolução da jurisprudência no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não compartilhamos da ideia de que não se deve admitir a revisão judicial do mérito das decisões dos Tribunais de Contas. Entendemos, ao contrário, necessária a possibilidade de revisão judicial das decisões dos Tribunais de Contas, ainda que com alguns temperamentos, como expressão da democracia e garantia da preservação dos direitos fundamentais.

Não é democrático admitir a existência de um órgão que escolhe o que vai investigar, investiga, acusa, julga e revê seus próprios julgados e, ainda assim, apesar de todo esse poder, tem a palavra final sempre, de modo incondicional, quanto ao mérito de suas decisões. Nem o Supremo Tribunal Federal tem tamanho poder, pois tem a competência para dar a palavra

legitimidade do pagamento do Bônus de Eficiência e Produtividade, previsto na Lei Federal 13.464/2017. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de abril de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755796989>. Acesso em: 15 mai. 2022.

final, mas não para investigar nem para acusar. Ou seja, em um processo acusatório, o STF tem a palavra final, mas não tem a palavra inicial, que compete ao órgão de investigação e ao de acusação.

É de se notar que em relação à suspeita de cometimento de um crime a investigação, em regra, é realizada pela polícia, mediante inquérito, a acusação é formalizada pelo Ministério Público competente, especialmente nos casos de crimes que se processam mediante ação penal pública incondicionada, o julgamento é realizado, em regra, pela primeira instância, ressalvada a hipótese de foro por prerrogativa de função, e a revisão do julgamento é da competência das instâncias judiciais superiores.

No caso dos Tribunais de Contas, no entanto, todas essas atividades são exercidas pelas próprias Cortes de Contas que, antes mesmo de investigar, têm a prerrogativa de escolher o que investigar e quem investigar, o que, a rigor, já é um julgamento e, diga-se, porque é importante ressaltar, de difícil controle pela sociedade. Escolhido o que investigar, são os próprios Tribunais de Contas que investigam, acusam, julgam originariamente e julgam os recursos interpostos contra as suas decisões.

Por mais que internamente as Cortes de Contas busquem a segregação dessas atividades, principalmente entre os atos de instrução e os de julgamento, aqueles sob a responsabilidade de auditores concursados e estes a cargo do corpo deliberativo do Tribunal (ministros e conselheiros), ainda assim são atividades exercidas pelo mesmo órgão. Considerada essa realidade, não é razoável nem democrático interditar ou limitar drasticamente a revisão judicial do mérito das decisões dos Tribunais de Contas que, se assim ocorresse, passariam a ter uma margem de atuação sem paralelo no ordenamento jurídico brasileiro e de perigosa potencialidade para a preservação e defesa dos direitos fundamentais.

Trata-se, porém, de discussão que demanda melhor especificação sobre o que é o mérito das decisões dos Tribunais de Contas, considerada a sua multiplicidade de competências, consoante já abordado neste trabalho. Isso porque há decisões cujo mérito é exclusivo da atuação dos Tribunais de Contas, do que são exemplos as competências antes referidas, previstas nos incisos II e III do art. 71 da Constituição Federal, relativas, respectivamente, ao julgamento de contas dos administradores públicos e ao registro dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões. Mas há decisões cujo mérito concerne a questões também apreciáveis em ações judiciais ordinárias,

como, por exemplo, conflitos decorrentes de regras contidas em editais de licitações ou em cláusulas de contratos administrativos.

Na primeira hipótese, entendemos necessário o respeito do Poder Judiciário às competências exclusivas dos Tribunais de Contas previstas nos incisos II e III do art. 71 da Constituição Federal, de modo que não nos parece viável juridicamente que a decisão judicial substitua a da Corte de Contas no tocante ao julgamento das contas dos administradores e demais pessoas sujeitas à sua fiscalização nem em relação ao julgamento sobre o registro ou não de atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões. Desse modo, embora seja da competência do Poder Judiciário anular qualquer decisão de Tribunal de Contas que ofenda o ordenamento jurídico, não pode o Judiciário julgar contas nem registrar ou negar registro aos referidos atos, sob pena de substituir ilegítimamente os Tribunais de Contas nessas suas exclusivas competências constitucionais.

Questão sensível diz respeito à hipótese, já enfrentada pelo STF em diversas ocasiões, conforme demonstrado anteriormente, na qual o Tribunal de Contas nega registro a um ato de aposentadoria, reforma ou pensão por entender ilegal determinada parcela remuneratória cujo pagamento está amparado em decisão judicial transitada em julgado que reconheceu ao servidor público o direito ao seu recebimento. Consoante se demonstrou, o STF oscilou ao longo do tempo entre três soluções distintas:

- Primeira, em respeito à decisão judicial, proibiu o TCU de determinar a suspensão do pagamento, mas admitiu que, no livre exercício da sua competência de julgar segundo o seu próprio entendimento, pudesse negar registro ao ato;

- Segunda, em respeito à decisão judicial, proibiu o TCU de determinar a suspensão do pagamento, e determinou à Corte de Contas que procedesse a novo julgamento, mas sem que pudesse invocar a ilegalidade do ato como fundamento para a negativa de registro;

- Terceira, em respeito à decisão judicial, proibiu o TCU de determinar a suspensão do pagamento, e determinou à Corte de Contas que registrasse o ato.

Entendemos que, em tese, a primeira hipótese expressa maior deferência à autonomia do Tribunal de Contas, sem comprometer os direitos dos envolvidos ao recebimento dos valores assegurados pela decisão judicial. No entanto, é preciso admitir que a negativa de registro, ainda quando desacompanhada da determinação para suspensão do pagamento, embora configure uma decisão desprovida de efeito financeiro prático para o interessado, cria

para o cidadão uma situação de difícil compreensão, já que seu direito foi assegurado por decisão judicial.

Ademais, não se pode desconsiderar que os órgãos representativos do Estado devem atuar do modo mais coerente possível entre si, a fim de evitar que o cidadão receba sinalizações que lhe pareçam confusas oriundas do mesmo Poder Constituído ao qual tem o dever de se submeter, nas condições e limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Sob essa perspectiva, as decisões judiciais transitadas em julgado exercem importante função social de pacificação dos conflitos e de estabilização das relações jurídicas, a partir da solução definitiva de divergências, com o encerramento de discussões que, se eternizadas, comprometeriam a necessária paz que tanto importa ao ser humano, assim como a aceitação do resultado produzido segundo as regras preestabelecidas em um Estado Democrático de Direito.

Nessa linha de pensamento, transitada em julgado a decisão judicial que reconheceu o direito a alguém ao recebimento de determinada parcela remuneratória, a superveniente decisão do Tribunal de Contas que negue o registro ao ato de pessoal sob o fundamento de ilegalidade do pagamento dessa mesma parcela remuneratória é atitude que desprestigia a coerência do sistema jurídico, a segurança jurídica e, principalmente, o princípio da confiança dela derivado como expressão de sua face subjetiva.

Não se defende, com a assunção desse posicionamento, a adoção da terceira hipótese, segundo a qual o STF nessas situações expede determinação ao TCU para que proceda ao registro do ato de admissão de pessoal ou de aposentadoria, reforma ou pensão. Aqui, entendemos, está o outro extremo, também desaconselhável, por promover a substituição pelo STF da competência exclusiva do TCU.

Desse modo, entendemos que a melhor solução é a segunda hipótese, em que o STF anula a decisão anterior do TCU, exige que respeite o teor da decisão judicial transitada em julgado, mas lhe devolve a matéria para que reaprecie o ato, mas sem desprezar a coisa julgada. Ainda que se possa argumentar que o resultado prático é o mesmo, juridicamente não é, pois evita a substituição do TCU pelo STF no exercício de suas competências exclusivas. Some-se a essa circunstância o aspecto simbólico, cujo valor não pode ser desprezado.

A fim de permitir a provocação de reflexões, se não para o caso presente, talvez para os futuros, e ainda resguardar a prerrogativa que tem todo órgão julgador de consignar seu

entendimento sobre a matéria, é de todo admissível e até mesmo recomendável que o Tribunal de Contas, nessas hipóteses, deixe registrada a sua posição sobre o assunto, divergente daquela adotada pela decisão judicial transitada em julgado, mas também consigne que o registro do ato de pessoal se dará exatamente em respeito à coisa julgada.

A mesma lógica aplica-se aos processos do Tribunal de Contas que ensejam o julgamento das contas dos administradores públicos e das demais pessoas sujeitas à sua fiscalização. Ou seja, nesses casos, de igual modo, entendemos que o Poder Judiciário não pode determinar ao Tribunal de Contas que julgue as contas em certo sentido, mas o STF pode exigir que, em relação a ato ou contrato específico, seja respeitada a decisão judicial transitada em julgado, de modo que não poderá a Corte de Contas julgar irregulares as contas do administrador público sob o fundamento de que efetuou pagamento ilegal, se houver decisão judicial transitada em julgado que tenha reconhecido o direito do credor ao seu recebimento.

Há, por fim, a questão relativa às decisões do Tribunal de Contas proferidas no exercício de uma das suas outras competências, como, por exemplo, o julgamento de uma representação protocolada por um licitante, sob o argumento de que foi indevidamente desclassificado do processo licitatório. Decisões dessa natureza, diferentemente do que ocorre com o julgamento das contas ou o registro de atos de pessoal, não são exclusivas dos Tribunais de Contas. Não raras vezes, essas questões são submetidas também ao crivo do Poder Judiciário, mediante mandado de segurança ou ação ordinária.

Se na hipótese das decisões que julgam contas ou registram atos de pessoal a natureza da decisão propriamente dita tem importância capital para a identificação dos limites da revisão judicial, por se tratar de competências exclusivas outorgadas pela Constituição Federal apenas aos Tribunais de Contas, nesta hipótese ora tratada, relativa às decisões proferidas nos processos de fiscalização em geral, não é a natureza da decisão que faz a diferença, mas sim a natureza do objeto discutido no processo, em relação, pelo menos, a duas questões; primeira, o grau de vinculação à juridicidade; segunda, o grau de especialização da matéria.

No tocante à primeira hipótese, quanto maior o grau de vinculação à juridicidade tanto maior será a possibilidade de revisão judicial da decisão dos Tribunais de Contas. A teoria dos

graus de vinculação à juridicidade foi, no Brasil, explorada por Gustavo Binimbojm.²¹⁶ Decorre da superação do dogma do princípio da legalidade que, especialmente a partir da constitucionalidade do direito, cede lugar ao princípio da juridicidade, consoante enfatizado por Paulo Otero.²¹⁷

Desse modo, os graus de vinculação à juridicidade representam a superação da dicotomia até então vigente entre atos vinculados e atos discricionários, pois na atual quadra há três graus de vinculação à juridicidade que, em “escala decrescente de densidade normativa vinculativa”, são os seguintes: primeiro, atos vinculados por regras; segundo, atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados; terceiro, atos vinculados diretamente por princípios, como é o caso dos atos discricionários, cuja vinculação à juridicidade ocorre exatamente pelos princípios.²¹⁸

Portanto, decisões dos Tribunais de Contas arrimadas em atos vinculados por regras são passíveis de revisão judicial mais intensa, ao passo que, no outro extremo, decisões fundamentadas em atos discricionários, porque vinculados diretamente por princípios, devem ser objeto de maior deferência judicial. Na prática, porém, é pouco provável haver alguma decisão de controle externo de natureza discricionária, porquanto Tribunais de Contas não julgam a partir de juízos de conveniência e oportunidade, mas sim com base em parâmetros definidos pelo ordenamento jurídico.

Por outro lado, são relativamente frequentes as decisões dos Tribunais de Contas assentadas no segundo grau de vinculação à juridicidade, os conceitos jurídicos indeterminados, muito presentes nas suas respectivas leis orgânicas, que juntamente com os atos de gestão ilegais, preveem os atos de gestão ilegítimos e os antieconômicos, como principais hipóteses de irregularidades aferíveis pelas Cortes de Contas.

A aplicação, nos casos concretos, desses conceitos jurídicos indeterminados contempla, por vezes, significativa amplitude sobre o que é ilegítimo ou antieconômico, motivo pelo qual a revisão judicial das decisões dos Tribunais de Contas, nesta hipótese, somente deve resultar na desconstituição da decisão do órgão de controle se carente de

²¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2008, p. 220.

²¹⁷ OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 198.

²¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Op. cit., p. 221-225.

fundamentação ou desarrazoada, mas nunca por mera discordância do magistrado em relação ao juízo feito pelo Tribunal de Contas.

No que diz respeito à segunda hipótese limitadora da revisão judicial, quanto maior a expertise requerida do julgador tanto maior deve ser a deferência judicial com o julgamento proferido pelo órgão administrativo em geral e pelo Tribunal de Contas competente, em particular, pois é preciso reconhecer as limitações do jurista quando interpreta algumas normas cujo teor envolve outros ramos do conhecimento, motivo pelo qual é importante atentar para as capacidades institucionais de que tanto trataram Cass Sunstein e Adrian Vermeule nos seguintes termos:

Com ênfase na capacidade institucional e nos efeitos dinâmicos, seremos capazes de ver que quase todas as discussões mais importantes sobre interpretação, incluindo, por exemplo, as de Bentham, Blackstone, H. L. A. Hart, Henry Hart e Albert Sacks, Dworkin, Eskridge, Manning, e Richard Posner, estão incompletas e sem sucesso, simplesmente porque eles tendem a proceder como se a única questão fosse como "nós" devemos interpretar um texto. Na medida em que eles atentam para os papéis institucionais em tudo, esses teóricos trabalham com uma imagem idealizada, heroica mesmo, das capacidades judiciais e, como corolário, uma visão preconceituosa das capacidades dos outros legisladores e intérpretes, como agências e legislaturas. E se o foco é colocado sobre as capacidades institucionais e os efeitos dinâmicos, vamos constatar que é muito mais fácil para entender o que está por trás de muitas divergências de interpretação da lei, e também para ver como tais divergências podem ser resolvidas.²¹⁹

Especialmente nos casos em que a norma admite mais de uma interpretação razoável, dada a sua abertura semântica, o domínio de outros ramos do conhecimento, tais como economia, história, sociologia, é por vezes essencial, pois, com Cappelletti, é importante reconhecer que, nessas hipóteses, o julgador, embora tenha certa discricionariedade para decidir, não pode ser arbitrário, nem, por outro lado, limitar-se ao uso de argumentos da lógica abstrata ou da interpretação linguística formal, tendo em vista que tem compromissos com os resultados práticos da decisão a tomar e com suas implicações morais.²²⁰

²¹⁹ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretations and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003, p. 886. Tradução livre. No original: "With an emphasis on institutional capacities and dynamic effects, we will be able to see that nearly all of the most prominent discussions of interpretation—including, for example, those by Bentham, Blackstone, H.L.A. Hart, Henry Hart and Albert Sacks, Dworkin, Eskridge, Manning, and Richard Posner—are incomplete and unsuccessful, simply because they tend to proceed as if the only question is how "we" should interpret a text. Where they attend to institutional roles at all, these theorists work with an idealized, even heroic picture of judicial capacities and, as a corollary, a jaundiced view of the capacities of other lawmakers and interpreters, such as agencies and legislatures. And if the spotlight is placed on institutional capacities and dynamic effects, we will find it much easier to understand what underlies many interpretive disagreements in law, and also to see how such disagreements might be resolved".

²²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 33.

Exatamente em virtude dessa limitação, Daniel Sarmento sustenta que o magistrado deve prestigiar a autocontenção judicial, porquanto carece de expertise para analisar, de modo consistente matérias concernentes à promoção eficiente dos “valores constitucionais em jogo, em áreas que demandem profundos conhecimentos técnicos fora do Direito – como economia, políticas públicas e regulação”, motivo pelo qual a decisão judicial deve ser deferente com os órgãos públicos especializados no assunto, mais “habilitados para assumirem uma posição de protagonismo na implementação da vontade constitucional”.²²¹

A ideia assemelha-se à que foi sustentada no caso *Chevron*, na Justiça norte-americana, que bem retrata a deferência do Poder Judiciário às decisões administrativas desde que contenham interpretação razoável, de modo que “havendo ambiguidade ou delegação legislativa para a agência, o Judiciário somente deve intervir se a Administração (no caso, uma agência reguladora) tiver atuado *contra legem* ou de maneira irrazoável”.²²²

É bem verdade que a expertise não é exigida em mesmo grau e intensidade em todos os processos, pois há objetos fiscalizados de baixíssima complexidade, como ocorre com certas questões relativas às licitações públicas ou aos atos administrativos em geral, mas é também verdade que há outros altamente complexos em relação aos quais são requeridos conhecimentos profundamente especializados, tais como alguns relativos a aspectos da gestão fiscal, concessões de serviços públicos, privatizações e operações financeiras.

Trata-se de realidade observada por Norberto Bobbio que, após ressaltar a existência, nos dias atuais, de uma economia marcadamente de mercado, com intensa regulação, proteção e planificação, que assumiu o lugar da antiga economia familiar, afirmou que os Estados modernos vivem a era dos governos dos técnicos, porque são desafiados por questões políticas mais complexas cujas soluções demandam habilidades técnicas próprias dos especialistas, de modo que Saint-Simon já, há mais de um século, havia sustentado a ideia do governo dos cientistas em substituição ao governo dos legisladores.²²³

Cappelletti chega até mesmo a defender a existência de um Estado administrativo como resultado da transformação gradual do *welfare state*, tendo em vista que a atual técnica

²²¹ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009, p. 137-138.

²²² BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos Tribunais Constitucionais nas democracias Contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

²²³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 33-34.

legislativa própria de Estados comprometidos com a promoção do bem estar social prestigia menos o estabelecimento de regras de conduta e muito mais a fixação de princípios e finalidades, cuja regulamentação detalhada atribui ao Poder Executivo e que, especialmente em países da Europa, tem sido realizada por órgãos administrativos normativos e por tribunais administrativos.²²⁴

Portanto, a título de conclusão, entendemos que a autonomia dos Tribunais de Contas não significa imunidade à revisão judicial que é admitida e exigida pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas deve ocorrer com alguns temperamentos, especialmente em relação a decisões decorrentes do exercício das competências exclusivas dos Tribunais de Contas previstas nos incisos II e III da Constituição Federal, concernentes ao julgamento das contas dos responsáveis e ao registro de atos de pessoal, mas também no tocante às demais decisões, cuja revisão judicial deve ser mais deferente quanto menor for o grau de vinculação à juridicidade da decisão do Tribunal de Contas e quanto maior for a expertise requerida pelo objeto da decisão.

1.8. Direito constitucional do controle externo sancionador

Neste primeiro capítulo discorremos e sustentamos três características de extrema relevância para o desenvolvimento deste trabalho: primeira, a autonomia constitucional dos Tribunais de Contas; segunda, a autonomia constitucional da função controle, apartada das funções legislativa, executiva e judiciária decorrentes da clássica tripartição das funções do poder, de Montesquieu; terceira, a autonomia do sistema de responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas.

Considerada, portanto, essa compreensão, defendemos, como corolário, a existência do direito constitucional do controle externo sancionador. Ora, se há autonomia constitucional do sistema de responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas, significa admitir que a fonte primária da sua atuação sancionadora é a Constituição Federal como artífice da moldura na qual estão inseridas as suas possibilidades e os seus limites, no exercício de suas múltiplas, peculiares e privativas competências constitucionais.

Consoante será abordado nos próximos capítulos, não se trata, com esse entendimento, de ignorar a importância para a atuação repressiva dos Tribunais de Contas dos princípios

²²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 40-44.

constitucionais do direito público punitivo nem das regras e dos princípios do direito administrativo sancionador, mas sim de destacar a identidade constitucional inconfundível do direito do controle externo sancionador de assento constitucional, como sistema autônomo, com pilares próprios, mas que não é refratário ao influxo de seus parentes jurídicos mais próximos.

A questão não é meramente formal, pois tem implicações relevantes, porquanto o status constitucional do direito do controle externo sancionador atrai a obrigatória incidência da hermenêutica constitucional sempre que o assunto estiver na pauta.

Bem de ver que a interpretação constitucional decorre das próprias características do texto constitucional, de modo que, além dos métodos clássicos de interpretação das normas (gramatical, sistemático, histórico e teleológico) a doutrina desenvolveu métodos e princípios específicos de interpretação constitucional, tais como os métodos jurídico, tópico-problemático, hermenêutico-concretizador, científico-espiritual e normativo-estruturante, e os princípios da unidade da Constituição, concordância prática, exatidão funcional, efeito integrador, força normativa da Constituição, máxima efetividade e interpretação conforme.

A ideia de haver um método próprio de interpretação de acordo com o que se pretende interpretar assenta-se na compreensão lembrada por Mártires Coelho, com base em entendimento de Gadamer que, alicerçado em lição de Aristóteles, observou que “um método único, determinável antes de se investigar a coisa, constitui perigosa abstração, pois é o próprio objeto que deve determinar o método apropriado para investigá-lo”.²²⁵ Coelho já havia, em trabalho anterior, chamado a atenção para a peculiar circunstância da Constituição que, na qualidade de objeto, é elemento determinante do método a ser adotado pelo intérprete para o seu conhecimento.²²⁶

Essa especificidade de métodos e de princípios de interpretação constitucional é justificada pelo fato de as normas constitucionais terem as seguintes peculiaridades: a) inicialidade fundante; b) caráter aberto; c) linguagem constitucional; d) regularem questões políticas.

²²⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. **A hermenêutica constitucional como teoria do conhecimento do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019, p. 14.

²²⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 76.

A inicialidade fundante da norma constitucional decorre da circunstância de ser a Constituição o fundamento de validade de todas as demais normas. Por essa razão, a Constituição é a primeira fonte de consulta do intérprete quando da interpretação de uma norma infraconstitucional, o que pode implicar até mesmo o afastamento da norma infraconstitucional caso se conclua ser incompatível com a Constituição. O caráter aberto das normas constitucionais, a seu turno, é marcado pelo elevado número de normas programáticas e até mesmo por comandos assemelhados a petições de princípio, o que representa um desafio maior para a identificação do seu conteúdo e para a melhor interpretação.²²⁷

Relativamente à linguagem constitucional, duas características são marcantes: o caráter sintético dos enunciados e o caráter amplo dos termos empregados. Os enunciados sintéticos ensejam uma discussão acerca da existência ou não de lacunas constitucionais, o que Bastos admite apenas em hipóteses excepcionalíssimas, por entender que, em regra, se uma matéria não foi disciplinada na Constituição é porque o constituinte assim desejou, deixando para o legislador infraconstitucional a tarefa de fazê-lo.²²⁸

Por outro lado, o caráter amplo dos termos empregados nas normas constitucionais é ainda mais frequente nas últimas décadas em virtude do que Möller denominou de constitucionalismo de princípios, segundo o qual a Constituição comporta, atualmente, um elevado número de princípios que, por sua própria natureza, se vale de conceitos fluídos e altamente abstratos.²²⁹

Por fim, a última peculiaridade das normas constitucionais, antes mencionada, é a de regular questões políticas, ou, como prefere Bonavides, de ter natureza política, porquanto disciplina a estrutura do Estado, a competência dos poderes, os direitos humanos e o comportamento dos órgãos do Estado, além de pautar a própria ação dos governos. Nada disso significa que a interpretação especificamente constitucional deva ser política. Ao contrário, a interpretação constitucional deve ser jurídica, mas não pode desconsiderar o seu teor axiológico contido nas normas constitucionais, assim como a sua carga política e ideológica.²³⁰

²²⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 78-79.

²²⁸ Ibidem, p. 79-81.

²²⁹ MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 292-296.

²³⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 420.

Conforme afirmado anteriormente, embora a hermenêutica constitucional se desenvolva segundo mecanismos próprios e específicos, os métodos de interpretação das normas, de um modo geral, também são importantes para a hermenêutica constitucional. Nesse sentido, doutrina e jurisprudência tem adotado os quatro métodos clássicos, quais sejam: o gramatical, sistemático, histórico e teleológico. Referidos métodos não são mutuamente excludentes, podendo mesmo serem complementares, de modo a que cada um dê a sua contribuição para a construção da interpretação mais adequada, muito embora em alguns casos a adoção de um desses métodos possa conduzir a conclusões opostas àquelas que seriam obtidas se fosse adotado outro desses métodos.²³¹

Relativamente ao método gramatical, adverte Reale que a lei deve ser estudada na perspectiva gramatical, tendo em vista que é uma realidade morfológica e sintática, razão pela qual é a partir da gramática que o intérprete deve buscar o significado da norma, indagando do “exato sentido de um vocábulo ou do valor das proposições do ponto de vista sintático”. Concluída essa investigação de natureza filológica, o intérprete deve, então, segundo o método sistemático, perquirir do sentido da norma consideradas as demais normas pertencentes ao sistema jurídico.²³²

O método histórico, a seu turno, relaciona-se com os trabalhos legislativos que antecederam a edição da norma, especialmente com a perquirição acerca da vontade do legislador e de suas intenções que o moveram à elaboração da norma. Trata-se, a rigor, de questão controvertida na doutrina.

Para Radbruch, a interpretação não se pode pautar pela vontade do legislador, porquanto as normas são obra de inúmeros autores e não de apenas um ou dois sobre quem se pudesse depreender, sem maiores esforços, uma vontade única. Por outro lado, o intérprete pode entender uma lei de modo muito melhor do que a entenderam seus criadores. Isso porque “a interpretação jurídica não é o pensamento de algo já pensado anteriormente, mas o pensar completo, até seu extremo”, por meio de “elementos teóricos e práticos, discerníveis e criativos, produtivos e reprodutivos, científicos e supracientíficos, subjetivos e objetivos”. Conclui Radbruch, com Hobbes, que “o legislador não é aquele por cuja autoridade se fez primeiramente a lei, mas aquele por cuja autoridade ela prossegue sendo lei.”²³³

²³¹ Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 129.

²³² REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 261-262.

²³³ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução: Marlene Holzhausen. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 163-165.

No mesmo sentido foi a conclusão de Reale, ao afirmar o caráter criador da Hermenêutica Jurídica, devendo-se, para tanto, proceder ao cotejo de enunciados lógicos e axiológicos na busca da real significação da lei diante dos fatos. Com base em lição de Emílio Betti, Reale destaca que, diferentemente do que ocorre com o historiador que fica preso aos fatos passados ou com o pianista que, ao executar uma música de Beethoven, ainda que lhe dê um toque pessoal, não pode deixar de executar a música de Beethoven, o intérprete do direito não fica preso ao texto, pois, em decorrência da interpretação sistemática e ainda da compreensão do texto “à luz de novas valorações emergentes no processo histórico”, pode lhe dar uma interpretação profundamente diversa daquela esperada ou desejada pelo legislador.²³⁴

Barroso, em posição intermediária, entende que “nem mesmo o constituinte originário pode ter a pretensão de aprisionar o futuro”, no sentido de subordinar as gerações futuras à vontade do legislador que elaborou a norma, o que iria contra a ideia de Jefferson de que “a Constituição deve ser reafirmada a cada geração, sendo, conseqüentemente, um patrimônio dos vivos”. Não obstante, entende Barroso que a interpretação histórica oferece uma contribuição muito mais importante à hermenêutica constitucional do que à interpretação de normas infraconstitucionais. Alerta, porém, que aludida interpretação não pode se limitar ao originalismo, mas, antes, deve ser realizada de modo evolutivo.²³⁵

Quanto ao método teleológico, Maximiliano lembra que o direito é uma ciência normativa e finalística, na medida em que dispõe sobre regras e providências que visam atender a exigências econômicas e sociais consideradas necessárias em dado momento, razão pela qual a interpretação das normas também deve ser teleológica, de modo que o hermeneuta deve, ao interpretar a lei, ter em vista o seu fim, ou seja, o resultado que busca produzir na prática. Respeitados os limites do texto normativo e considerando que os interesses da sociedade mudam ao longo do tempo, o intérprete, ao aplicar o método teleológico, deve mirar nos fins atuais da norma, considerada, portanto, a realidade do momento e não apenas a do passado.²³⁶

Contudo, não obstante a importância dos métodos clássicos de interpretação das normas em geral, aplicáveis inclusive às normas constitucionais, há, conforme se afirmou anteriormente, princípios próprios da interpretação constitucional cuja observância é extremamente relevante, tendo em vista as características específicas da norma constitucional,

²³⁴ REALE, Miguel. Op. cit., p. 274.

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. Op. cit., p. 139.

²³⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 151-154.

nos termos ressaltados acima. Referidos princípios são, segundo Konrad Hesse, os seguintes:²³⁷

Princípio da unidade da Constituição: as normas constitucionais devem ser interpretadas levando-se em consideração que fazem parte de um todo, que é a Constituição, e que, portanto, devem conduzir a conclusões que sejam harmônicas com as demais normas constitucionais, evitando-se, com isso, contradições na aplicação dessas normas.

Princípio da concordância prática: os bens jurídica e constitucionalmente protegidos devem, na tarefa interpretativa, ser coordenados de tal modo que ambos ganhem realidade, sem que um prevaleça sobre outro ou até mesmo o anule.

Princípio da exatidão funcional: considerando que a Constituição estabelece a distribuição de competências entre os órgãos estatais, deve-se respeitar essa distribuição, a fim de se evitar que um desses órgãos, na interpretação de normas constitucionais, venha a invadir a esfera de competências de outro órgão.

Princípio do efeito integrador: tendo em vista a importância que a unidade política assume para a Constituição, deve-se, na interpretação das normas constitucionais, buscar uma solução integradora, ou seja, que preserve e promova a unidade da Constituição.

Princípio da força normativa da Constituição: considerando que a Constituição quer ser atualizada, mas considerando também que as circunstâncias se alteram ao longo do tempo, deve-se buscar, na resolução de problemas jurídico-constitucionais, soluções interpretativas que proporcionem força de efeito ótimo às normas constitucionais.

Princípio da interpretação conforme: na interpretação de normas infraconstitucionais deve-se prestigiar a solução interpretativa que melhor se harmonize com a Constituição, desprezando-se, portanto, as demais possíveis interpretações desprovidas dessa característica.

Princípio da máxima efetividade: embora não mencionado por Hesse, trata-se de princípio amplamente acolhido pela doutrina, no sentido de que, com Canotilho, a interpretação deve buscar conferir a máxima eficácia às normas constitucionais.²³⁸

²³⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998, p. 65-75.

²³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Op. cit., p. 1224.

Além dos aludidos princípios, a doutrina reconhece, ainda, diversos métodos de interpretação especificamente constitucional, que são os seguintes:²³⁹

Método jurídico: a Constituição, como lei que é, deve ser interpretada nos termos das regras de hermenêutica e considerando ainda os elementos filológicos, lógicos, históricos e teleológicos.

Método tópico-problemático: parte das seguintes premissas: a) a interpretação constitucional tem um caráter prático, tendo em vista que busca resolver problemas concretos; b) a norma constitucional tem um caráter aberto, fragmentário ou indeterminado; c) preferência pela discussão do problema, em virtude da textura aberta das normas constitucionais.

Método hermenêutico-concretizador: parte da ideia de que a pré-compreensão é o ponto de partida da interpretação, para que o intérprete, por meio de uma atividade prático-normativa, busque concretizar a norma para e a partir de uma situação histórica concreta, em um movimento de ir e vir entre o texto e o contexto, configurando, assim, o círculo hermenêutico.

Método científico-espiritual: nesse método são adotadas premissas que se baseiam na necessidade de a interpretação considerar tanto a ordem ou sistema de valores subjacente ao texto constitucional quanto o sentido e a realidade da Constituição como elemento do processo de integração.

Método normativo-estruturante: trabalha com dois tipos de elementos de concretização: primeiro, o programa normativo que diz respeito à interpretação do texto da norma; segundo, o domínio normativo, relativo à realidade social que se pretende atingir com a aplicação da norma.

Releva notar que os métodos de interpretação tanto das normas infraconstitucionais quanto da Constituição especificamente não devem ser vistos como uma fórmula que desvendará o significado exato da norma, porquanto o texto normativo contém uma indeterminação própria da linguagem, que comporta mais de uma solução interpretativa. Também por isso não há que se falar em hierarquia entre os métodos de interpretação, motivo pelo qual a escolha de qual método adotar é do intérprete e sofre a influência de suas ideologias ou pré-compreensões.

²³⁹ Ibidem, p. 1210-1213.

Apesar disso, referidos métodos são importantes na atividade hermenêutica, pois funcionam como um limite à subjetividade do intérprete, constroem a interpretação fundada apenas na ideologia, conferem certo grau de objetividade à interpretação e a legitimam em decorrência do uso de critérios que lhe outorgam, de certo modo, uma aparência lógica e científica.²⁴⁰

Como se vê, a hermenêutica constitucional, com seus princípios e métodos específicos, oferece ferramental importante e variado na tarefa interpretativa do texto constitucional, que deve ser usado na aplicação do direito constitucional do controle externo sancionador, pois é a partir desse reconhecimento que aumentam as chances de se conferir às disposições constitucionais relativas aos Tribunais de Contas, especialmente no tocante às suas competências repressivas, interpretação mais adequada juridicamente.

Isso porque o direito constitucional do controle externo sancionador tem seu estatuto plasmado na Constituição, nos artigos 70 a 75, nos quais há várias expressões linguísticas a demandarem interpretação constitucional segundo os métodos e princípios da hermenêutica constitucional. Exemplo do que ora se cuida é o de se saber o alcance da expressão “responsáveis” ou ainda da expressão “e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”, ambas constantes do inciso II do art. 71 da Constituição Federal.²⁴¹

Não se quer, com isso, dizer que o reconhecimento da existência do direito constitucional do controle externo sancionador é importante apenas porque assim será possível o uso da hermenêutica constitucional. Na realidade, o respeito à estatura constitucional do direito do controle externo sancionador tem importância fundamental também para a interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional, pois é a partir das lentes da Constituição que deve ser lida.

Como observa Barroso, a Constituição Federal de 1988 trouxe, com grande vigor, para a prática jurídica nacional a força normativa da Constituição e de seus princípios e o fez de dois modos distintos. O primeiro, diretamente, ao ter incorporado ao seu texto diversos temas antes tratados apenas por normas infraconstitucionais, ou seja, promoveu a denominada constitucionalização de diversos assuntos. O segundo, indiretamente, ao se tornar a lente por intermédio da qual todos os demais ramos do direito devem ser lidos e interpretados, a fim de

²⁴⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 38-40.

²⁴¹ Aludidas controvérsias serão abordadas em tópicos específicos deste trabalho.

que a aplicação da norma legal concretize os fins estabelecidos na Constituição. Dessa nova realidade decorre a assertiva do autor no sentido de que “toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional”.²⁴²

Portanto, o reconhecimento do direito constitucional do controle externo sancionador revela-se importante também para dar coerência interpretativa à aplicação da legislação infraconstitucional pertinente, a fim de que se processe de modo harmônico com os comandos constitucionais, além de orientar os critérios segundo os quais se deve permitir o influxo dos princípios constitucionais do direito público punitivo e das regras e princípios de outros ramos do direito, como meio de colmatação das lacunas existentes na parca legislação que rege o sistema de responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas.

Por fim, é importante ressaltar que a menção à existência do direito constitucional do controle sancionador não significa negar a existência do direito infraconstitucional do controle externo sancionador. Na realidade, há as duas vertentes de um mesmo direito do controle externo sancionador: a constitucional, que lhe dá fundamento primário, e infraconstitucional que lhe regulamenta e operacionaliza no campo normativo. Não são excludentes, mas complementares.

²⁴² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007, p. 226-228.

CAPÍTULO 2: REGIME JURÍDICO DO DIREITO DO CONTROLE EXTERNO SANCIONADOR

2.1. Critérios para a identificação do regime jurídico do direito do controle externo sancionador

A identificação do regime jurídico que deve regular a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas tem sido um desafio em virtude de dois fatores: primeiro, a ausência de uma legislação específica sobre o tema; segundo, a existência de decisões que ora são de natureza genuinamente administrativo-financeira, mas ora são assemelhadas ao direito civil ou ao direito penal.

Relativamente à ausência de uma legislação específica sobre a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas, a dificuldade decorre da circunstância de as suas leis orgânicas serem o principal, quando não o único, ato normativo legal a regular a sua atuação. Referida lei, no entanto, como o próprio nome diz, é vocacionada a dispor sobre a organização desses tribunais, razão pela qual não dispõe, de modo mais detido, sobre as regras e princípios a serem observados pelos Tribunais de Contas na sua atividade sancionadora e repressiva.²⁴³

Os regimentos internos, nesse particular, não contribuem para reduzir a dificuldade, pois na qualidade de normas regulamentadoras não podem ultrapassar os limites fixados pela norma regulamentada, no caso, a lei orgânica de cada Tribunal de Contas. Ademais, os regimentos internos são normas infralegais e nessa condição não são normais hábeis para criar

²⁴³ Em trabalho doutrinário publicado no ano de 2008, sustentamos a viabilidade constitucional da edição, pela União, de uma lei nacional de processo dos Tribunais de Contas. In: OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Diante do princípio federativo, seria constitucional uma lei nacional de processo dos Tribunais de Contas? **Revista do Tribunal de Contas da União**. Ano 40, n. 113, p. 13-32, set./dez. 2008. Sobre o mesmo assunto, tramita na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda à Constituição nº 329/2013, que prevê o acréscimo do §5º ao art. 73 da Constituição Federal, segundo o qual “As normas gerais pertinentes à organização, fiscalização, competências, funcionamento e processo dos Tribunais de Contas devem observar o disposto nesta seção e o fixado em lei complementar de iniciativa do Tribunal de Contas da União”. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597232>. Acesso em: 20 jan. 2022. Em sentido semelhante, tramita no Senado Federal a Proposta de Emenda Constitucional nº 22/2017, que prevê a inserção do inciso XXX ao art. 22 da Constituição Federal, para atribuir à União a competência para legislar privativamente sobre processo de controle externo no âmbito dos Tribunais de Contas. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129565>. Acesso em: 20 jan. 2022.

direito novo, especialmente sobre regras e princípios a serem observados para a imputação de responsabilidade àqueles que forem considerados culpados.²⁴⁴

A ausência de normas específicas e sistematizadas sobre o direito administrativo sancionador de um modo geral impõe um desafio adicional, mas que, em outros países, especialmente alguns da Europa, já vem sendo enfrentado, há algum tempo, o que provocou o amadurecimento da questão, tanto no campo doutrinário quanto jurisprudencial e, até mesmo, legislativo. Na Espanha, por exemplo, tão logo o país deixou de ser comandado pelo regime ditatorial de Francisco Franco e promulgou a Constituição de 1978, que instalou um Estado Democrático de Direito, o legislador teve a preocupação de buscar, em tempo relativamente curto, a criação de normas específicas para o direito administrativo sancionador.²⁴⁵

Surpreendentemente, no Brasil, passados mais de trinta anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, que reintroduziu no país o Estado Democrático de Direito, a legislação sobre direito administrativo sancionador é ainda modesta. A Lei nº 9.784/99, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, é uma norma vocacionada para a disciplina processual administrativa.

A Lei nº 9.873/99, por sua vez, se limita a tratar apenas do prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal. Portanto, nenhuma dessas leis trazem disposições mais abrangentes de direito material sobre o direito administrativo

²⁴⁴ A carência de uma legislação mais densa para os Tribunais de Contas tem ensejado o oferecimento de propostas legislativas que buscam inserir nas competências legislativas da União a de editar norma geral, portanto de âmbito nacional, sobre o processo nas referidas Cortes. Nesse sentido, são, respectivamente, as Propostas de Emenda à Constituição nºs. 329/2013 (Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597232>) e 22/2017 (Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129565>).

²⁴⁵ Sobre a experiência espanhola, cf. RINCÓN, José Suay. Op. cit., p. 185-191. Acerca da mesma questão, mas na Itália, cf. CAGNAZZO, Alessandra. Op. cit., p. 3-4.

sancionador que poderiam subsidiar a busca de soluções para a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas.²⁴⁶

A doutrina sobre o direito administrativo sancionador, a seu turno, ao cuidar do assunto, tem, em sua grande maioria, dispensado pouca atenção à responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas. Com algumas poucas exceções, os estudos sobre a matéria têm se voltado, em grande medida, às sanções decorrentes do exercício do Poder de Polícia estatal. Trata-se de fenômeno cuja explicação pode ser encontrada nas especificidades da atividade sancionadora e repressiva dos Tribunais de Contas.²⁴⁷

Essa mesma realidade tem sido constatada em outros sistemas jurídicos. Diogo Freitas do Amaral, por exemplo, ao discorrer sobre o direito português, arrola três modalidades de poder sancionatório da Administração Pública, mas, em nenhuma delas, inclui as sanções impostas pelos Tribunais de Contas. O autor menciona as seguintes modalidades: primeira, poder disciplinar; segunda, punição do ilícito contra-ordenacional, como, por exemplo, as violações ao Código da Estrada e o descumprimento das obrigações tributárias; terceiro, controle administrativo da licitude de certas atividades públicas e privadas, do qual decorre a aplicação de sanções pelo poder central a órgãos do poder local ou a instituições particulares

²⁴⁶ Consoante será abordado neste trabalho de modo mais detido no tópico que trata das causas de extinção de punibilidade, não se desconhece a posição do Supremo Tribunal Federal, adotada a partir do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do Mandado de Segurança nº 32.201, que conferiu interpretação substancialmente ampliada à Lei 9.873/99. Explica-se. Diz o art. 1º o seguinte: “Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado”. E o art. 5º tem a seguinte redação: “Art. 5º O disposto nesta Lei não se aplica às infrações de natureza funcional e aos processos e procedimentos de natureza tributária”. No entanto, apesar do teor do texto legal, o Ministro expressou o seguinte entendimento sobre o alcance da citada lei: “Portanto, é mais correto dizer, a rigor, que a Lei nº 9.783/1999 regula a ação punitiva da Administração Pública no exercício do poder administrativo sancionador – e não no exercício do poder de polícia, o qual abarca medidas preventivas de proteção de interesses públicos, mas não a aplicação de sanções” (In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). Mandado de Segurança nº 32.201. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de março de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13287495>. Acesso em: 18 out. 2021).

²⁴⁷ Sobre o assunto, cf: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005; OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005; VITTA, Herald Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003; MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coords). **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2014; VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Os poucos estudos sobre o assunto são desenvolvidos em trabalhos específicos, a exemplo dos seguintes: GOMES, Emerson Cesar da Silva. **Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos tribunais de contas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012; PELEGRINI, Marcia. **A competência sancionatória do Tribunal de Contas: contornos constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

de utilidade pública ou ainda a pessoas físicas e jurídicas que celebram contratos administrativos com o Poder Público.²⁴⁸

A consequência natural da ausência de legislação específica e densa que discipline a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas é o recurso à analogia como método de integração do direito nas hipóteses de lacunas legislativas, nos exatos termos do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).²⁴⁹ No entanto, o uso da analogia requer a identificação de semelhanças relevantes entre o caso concreto carente de regulação e o outro devidamente regulado por determinada norma, nos termos do brocardo jurídico segundo o qual “onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito” (*ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio*).²⁵⁰

Larenz, porém, adverte que a analogia jurídica não se limita a uma simples operação mental lógico-formal, mas antes é um processo de pensamento valorativo, em que a *ratio legis*, ou seja, os fins e ideias fundamentais da regulação legal precisam ser considerados para a melhor identificação de quais elementos da hipótese legal regulada na lei são importantes para a valoração legal, por meio da qual será possível decidir a norma a ser usada como fonte para analogia.²⁵¹

Portanto, a ausência de uma legislação específica regente do sistema de responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas impõe a desafiadora tarefa de diuturnamente ter-se de recorrer ao uso da analogia, como estratégia de colmatação das lacunas sobre o assunto. Contudo, a empreitada não é simples, pois o uso da analogia requer a observância de suas regras e cautelas, consoante acima ressaltado.

O segundo fator que dificulta a identificação do regime jurídico da responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas é a existência de decisões que ora são de natureza genuinamente administrativo-financeira, mas ora são assemelhadas ao direito civil ou ao direito penal.

²⁴⁸ AMARAL, Diogo Freitas do. O poder sancionatório da administração pública. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; ALMEIDA, Maria Tavares de (Coords.). **Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito Nova de Lisboa**. Vol. I. Lisboa: Almedina, 2008, p. 218-225.

²⁴⁹ LINDB: Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

²⁵⁰ Nesse sentido, entre outros: REALE, Miguel. Op. cit., p. 278; BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 153.

²⁵¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 541-542.

Isso porque, da classificação anteriormente apresentada, quanto às três categorias de decisões dos Tribunais de Contas que imputam responsabilidade, depreende-se que as decisões que emitem um juízo depreciativo sobre as contas do agente público são genuinamente de direito administrativo-financeiro, ao passo que as decisões condenatórias à reparação de dano ao erário são mais próximas do direito civil. Por fim, as decisões impositivas de uma sanção decorrem do exercício do *jus puniendi* estatal e podem ser inseridas no âmbito do direito público sancionador, o que as aproximam, em alguma medida e em certos aspectos, do regime jurídico de direito penal.

A preocupação com a identificação de um regime jurídico coerente com as atividades dos Tribunais de Contas é justificada pela forte e crescente interferência que essas Cortes têm tido na sociedade e, em especial, na vida dos gestores públicos, com a prolação de decisões de alto impacto. Nesse sentido, é importante que todos, tanto os próprios Tribunais de Contas quanto os seus jurisdicionados, saibam de antemão quais são as regras e princípios a incidir sobre a responsabilização promovida por essas Cortes.

Desse modo, diante da lacuna legislativa sobre o tema, entendemos que os pressupostos materiais do sistema de responsabilização aplicado pelos Tribunais de Contas, dada a sua autonomia constitucional, são, em relação aos princípios, os mesmos do direito público sancionador e, no tocante às suas principais regras, são, com matizes, predominantemente os mesmos do direito penal, mas complementados por alguns pressupostos da responsabilidade civil naquilo que não contraria os princípios específicos informadores da responsabilidade administrativo-financeira.

Assim entendemos porque, não obstante os Tribunais de Contas lidarem com questões que se aproximam ora do direito civil ora do direito penal, são órgãos de controle público que atuam no âmbito do direito constitucional-administrativo-financeiro e, portanto, comprometidos com a verdade material. Por essa razão, no plano constitucional devem incidir os princípios do direito público sancionador e no plano infraconstitucional devem ser aplicados, por analogia, diversos institutos do direito penal, ainda que com matizes, não somente quando prolatam decisões sancionadoras, mas também quando formulam juízos de reprovação, mesmo que deles não resulte a imposição de pena, mas sim algum desdobramento de natureza administrativa, financeira, civil ou política-eleitoral.

A autonomia constitucional do sistema de responsabilização dos Tribunais de Contas em nada os exclui da incidência dos princípios do regime jurídico público sancionador

unitário, porquanto a atuação repressiva das Cortes de Contas, não obstante sua autonomia, é expressão inequívoca do exercício do *jus puniendi* estatal, ou seja, do direito e até mesmo dever do Estado de punir determinadas condutas quando revelarem alto grau de reprovabilidade, pois Tribunais de Contas são órgãos do Estado, agem em nome do Estado, fazem parte do sistema de freios e contrapesos e, por tudo isso, se submetem ao regime jurídico público.

No plano constitucional, a defesa da incidência dos princípios do direito público sancionador decorre do reconhecimento de um regime jurídico punitivo estatal único, nos termos sustentados por qualificada doutrina, a exemplo de Geraldo Ataliba que defende haver um regime jurídico punitivo único integrado por um conjunto de preceitos constitucionais e legais que fixa os limites da atuação do Estado, tanto os procedimentais, quanto os processuais e os substanciais, no tocante à sua atuação nas hipóteses em que esteja no exercício do seu direito de punir o autor de uma conduta considerada ilícita.²⁵²

A qualificação jurídica de uma conduta como ilícito, seja penal ou administrativo, é uma escolha política do legislador, mas que, em ambos os casos, enseja a atuação sancionadora do Poder Público. Por essa razão, as regras e princípios que informam a atuação repressora do Estado assim como as garantias do acusado devem compor um regime jurídico único. Caso contrário, o legislador poderia qualificar determinada conduta no ramo do direito público sancionador que oferecesse menos garantias ao acusado, como estratégia de facilitação da atuação repressiva do Estado.²⁵³

Por outros fundamentos, Sandro Lúcio Dezan também sustenta a existência de um direito público sancionador, por entender que há uma única lógica do punir, ou seja, a lógica da sanção de direito público é uma só, anterior aos ramos epistemológicos nos quais o legislador posteriormente regulamenta a matéria com suas especificidades, tais como o penal e o administrativo, motivo pelo qual o autor defende a presença de um sistema de direito sancionador pré-epistêmico, cujo alcance não se limita às normas de direito material, mas

²⁵² ATALIBA, Geraldo. Imposto de renda – multa punitiva. **Revista de Direito Administrativo**. 126/550.

²⁵³ MELLO, Rafael Munhoz de. Op. cit., p. 106; No mesmo sentido: BINENBOJM, Gustavo. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, risco e segurança jurídica, 2014, p. 469.

contempla também as de direito processual, na qualidade de ramos representativos dos diversos sub-ramos epistemológicos do direito público sancionador.²⁵⁴

Marçal Justen Filho, em sentido semelhante, também entende haver um regime jurídico uniforme ao qual se subordinam tanto as sanções penais quanto as administrativas, de modo que deve obediência às garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal, o que significa, segundo o autor, “a incidência dos princípios da legalidade, da tipicidade, da culpabilidade, da proporcionalidade, da personalidade da sanção, dentre outros”.²⁵⁵

Se, portanto, no plano constitucional incidem os princípios decorrentes do regime jurídico público unitário, no plano infraconstitucional, como se viu, deve-se recorrer ao uso da analogia com outros ramos do direito, o que sinaliza para o direito penal como fonte predominante para a colmatação da lacuna legislativa dadas as suas semelhanças com o direito administrativo sancionador.

Desse modo, na verificação da existência de semelhanças ou não entre o ilícito administrativo e o penal a doutrina adota três critérios: o qualitativo, o quantitativo e o formal. Segundo o critério qualitativo, a diferença entre os ilícitos administrativos e penais está na relevância do interesse jurídico ofendido, de modo que os crimes seriam aqueles ilícitos que agredem os interesses mais relevantes da sociedade, ao passo que os ilícitos administrativos seriam aqueles ofensivos a interesses menores ou até mesmo a interesses apenas da própria Administração Pública. Conforme noticia Rafael Munhoz de Mello, trata-se de critério construído pela doutrina alemã no início do século XX, em decorrência do processo de despenalização que buscava transferir do direito penal para o direito administrativo sancionador os ilícitos de menor importância.²⁵⁶

Pelo critério quantitativo, a diferença entre ilícito administrativo e penal não reside no interesse jurídico tutelado que, por esse critério, é o mesmo, mas sim na gravidade da conduta em si, maior no crime e menor na infração administrativa. Trata-se de critério desenvolvido na Espanha que, em processo inverso ao da Alemanha e Itália, não buscava a despenalização de ilícitos, mas, ao contrário, a imposição de limites à expansão e uso arbitrário do direito administrativo sancionador.²⁵⁷

²⁵⁴ DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo**. Op. cit., p. 37-39.

²⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1.595.

²⁵⁶ MELLO, Rafael Munhoz de. Op. cit., p. 47-54.

²⁵⁷ MELLO, Rafael Munhoz de. *Ibidem*, p. 54-57.

Por fim, conforme o critério formal, a diferença entre ilícito administrativo e penal é identificada com base na respectiva sanção, de modo que, se a sanção prevista pela legislação é administrativa, então o ilícito ao qual se refere será de mesma natureza, ao passo que se a sanção é penal assim também o será o ilícito correspondente.²⁵⁸ E a definição da natureza jurídica da sanção, por sua vez, é da competência do Poder Legislativo que, em decorrência das regras do jogo democrático, decide pela criminalização ou não de certas condutas ou pela criação de sanções a serem aplicadas por órgãos administrativos.

Desse modo, a partir da análise teleológica da legislação assim como da verificação de existência ou não de semelhanças relevantes, é de se concluir pela íntima proximidade entre o ilícito administrativo e o penal, pois, constatado um ilícito cujo autor mereça reprimenda, haverá uma punição imposta pelo Estado, seja pelos seus órgãos administrativos ou jurisdicionais penais. Em qualquer dessas hipóteses, será sempre o Estado a punir o autor de uma conduta ilícita, o que atrai, ao menos no essencial, o mesmo regime jurídico. No mesmo sentido é o entendimento de Nelson Hungria, para quem “A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico. (...) Assim, não há falar-se de um ilícito administrativo ontologicamente distinto de um ilícito penal”.²⁵⁹

Na Itália, Guido Zanobini, não obstante também admita a compreensão de um regime jurídico punitivo estatal único, sustenta não serem todas e quaisquer normas de direito penal que se aplicam incondicionalmente ao direito administrativo sancionador como balizas seguras para a construção da decisão justa do caso concreto, mas apenas aquelas que tenham assento em princípios de direito universalizáveis e cuja motivação não resida apenas em questões políticas ou jurídicas exclusivas do direito penal.²⁶⁰

Na doutrina argentina, a compreensão é no mesmo sentido. Juan Carlos Cassagne, após ressaltar que o ilícito administrativo não é, a rigor, uma infração de dano, mas sim uma transgressão ao dever de colaboração com a Administração Pública na realização das finalidades públicas que busca realizar, enfatiza que o ponto comum entre o ilícito administrativo e o ilícito penal é a aplicação dos princípios de direito penal, especialmente no tocante à exigência de prévia cominação legal para que se aplique uma pena.²⁶¹

²⁵⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. Idem, p. 60-62.

²⁵⁹ HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, seleção histórica. 1945-1995, p. 15.

²⁶⁰ ZANOBINI, Guido. **Le sanzioni amministrative**. Turim: Fratelli Bocca, 1924, p. 136.

²⁶¹ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. Tomo I. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 190.

Jose Cerezo Mir, ao comentar o processo evolutivo da Espanha, informa que, contrariamente ao que ocorreu em vários países europeus, tais como Alemanha, França e Itália, nos quais o crescimento da atividade administrativa provocou uma hipertrofia do direito penal, na Espanha houve um substancial incremento da atividade sancionadora da própria Administração Pública, o que provocou uma reação no sentido, não de uma despenalização ou segregação entre o direito penal administrativo e o criminal, mas sim de uma desadministração da atividade sancionadora da Administração Pública ou a sua sujeição aos princípios fundamentais do direito penal, como, por exemplo, o da legalidade, da retroatividade da lei mais favorável e da culpabilidade.²⁶²

Na jurisprudência da Espanha, por sua vez, o Tribunal Supremo, desde a década de 1970, já aplicava diversos institutos do direito penal ao direito administrativo sancionador como instrumento de integração do direito, dadas as lacunas havidas na legislação espanhola.²⁶³ De igual modo o Tribunal Constitucional espanhol tem entendido que, no caso de lacunas no quadro normativo que regula a aplicação de sanções administrativas, os princípios inspiradores do direito penal devem ser aplicados ao direito administrativo sancionador, ainda que com certos matizes, pois os bens jurídicos podem ser protegidos pelo Estado tanto por técnicas administrativas quanto penais e, além disso, ambos os ramos do direito são manifestações do regime jurídico punitivo do Estado.²⁶⁴

Alejandro Nieto, porém, em detida análise que fez da evolução da jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol a partir da decisão de 1972 (STS de 9 de fevereiro de 1972) até a Sentença de 21 de fevereiro de 1984 do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso Oztürk), teceu substancial crítica à tese adotada nesses julgamentos de que haveria uma unidade supra conceitual entre os ilícitos penal e administrativo, ou seja, de natureza ontológica. Para o autor, a identidade ontológica significa identidade não normativa, mas sim identidade relativamente à própria natureza das coisas, o que entende não existir no caso dos ilícitos penal e administrativo, tendo em vista que são conceitos puramente normativos. Ou seja, determinada conduta somente é considerada ilícita se houver uma norma que assim a considere.²⁶⁵

²⁶² MIR, Jose Cerezo, Limites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 28, p. 159-175, Fasc/Mes 2, 1975, p. 162. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788179>. Acesso em: 14 nov. 2021.

²⁶³ RINCÓN, José Suay. Op. cit., p. 190, nota de rodapé.

²⁶⁴ ENTERRÍA, Eduardo García, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II, 13. ed. Madrid: Civitas, 2013, p. 174-175.

²⁶⁵ NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 149-153.

Portanto, segundo o autor, não faz sentido se falar em identidade ontológica, pois não há ilícito não normativo, apenas no mundo dos fatos, tendo em vista que o ilícito não existe por si só, porquanto é criado pela norma. Todo ilícito é um fenômeno normativo. Além disso, Nieto entende até mesmo desnecessário o esforço de tentar estabelecer uma identidade ontológica para justificar um tratamento normativo semelhante, ao menos no essencial, pois ao legislador, por razões diversas, é dado o direito de prever norma que dispense idêntico tratamento a seres ontologicamente diferentes, como é o caso do homem e da mulher que, embora tenham naturezas distintas, recebem idêntico tratamento normativo.²⁶⁶

Nieto também critica a tese de que a identidade ontológica não é entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, mas sim entre a sanção administrativa e a sanção penal, sob o argumento de que ambas são expressão do *jus puniendi*. O autor cita as Sentenças de 14 de junho e 4 de julho de 1989 (Ar. 4625 y 5246, Llórente) e a Sentença de 13 de outubro de 1989 (Ar. 8386; Mendizábal), todas do Tribunal Supremo, para exemplificar que esse entendimento incorre em um raciocínio circular, porque, na sentença de Llórente *jus puniendi* unitário do Estado foi justificado sob o argumento de que haveria uma identidade ontológica entre as sanções administrativa e penal, mas, contraditoriamente, na sentença de Mendizábal se fez o inverso, ou seja, justificou-se a citada identidade ontológica ao argumento de que decorrem do mesmo *jus puniendi* unitário.²⁶⁷

A crítica de Nieto, na realidade, volta-se contra a abordagem filosófica do assunto, pois o autor admite e defende expressamente a aplicação, com matizes, do direito penal ao direito administrativo sancionador, como elemento integrador deste último ramo jurídico, mas o faz por questões pragmáticas, a partir da análise normativa, por identificar no direito penal o ramo jurídico no qual há técnicas mais profundas sobre a aplicação de penas e experiência sobre o tema que não podem deixar de serem aproveitadas nem adotadas, pois a rigor o *jus puniendi* unitário do Estado se abastece exatamente dessas técnicas do direito penal e expande a sua aplicação.²⁶⁸

Embora na prática possa parecer indiferente adotar a tese da identidade ontológica do ilícito administrativo e penal ou das respectivas sanções ou rejeitá-la desde que se apliquem, com matizes, alguns princípios e regras do direito penal ao direito administrativo sancionador, aderimos à corrente de pensamento antes mencionada que reconhece a identidade ontológica

²⁶⁶ Ibidem, p. 154.

²⁶⁷ Idem, p. 155.

²⁶⁸ Idem, p. 161-165.

das sanções administrativa e penal, por derivarem de um mesmo fundamento jurídico, qual seja, o direito de punir do Estado, de estatura constitucional.

E o direito público sancionador do Estado deve, obrigatoriamente, se submeter a alguns princípios que se estendem aos seus sub-ramos, a bem da segurança jurídica e do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana do qual decorre o direito a um julgamento justo, independentemente do ramo do direito.

Também a favor da existência de um direito público sancionador foi a manifestação do ministro Roberto Barroso, em voto proferido no julgamento do Mandado de Segurança nº 32.201, impetrado em face de decisão do TCU que havia aplicado multa ao impetrante, e no qual se discutia a prescrição da aludida multa. Naquela oportunidade, o ministro afirmou que:

(...) as sanções administrativas estão sujeitas, em suas linhas gerais, a um regime jurídico único, um verdadeiro estatuto constitucional do poder punitivo estatal, informado por princípios como os da legalidade (CF, art. 5º, II, e 37, *caput*); do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV); do contraditório e da ampla defesa (CF, art. 5º, LV); da segurança jurídica e da irretroatividade (CF, art. 5º, *caput*, XXXIX e XL); da culpabilidade e da pessoalidade da pena (CF, art. 5º, XLV); da individualização da sanção (CF, art. 5º, XLVI); da razoabilidade e da proporcionalidade (CF, arts. 1º e 5º, LIV).²⁶⁹

Importante registrar que tanto o Tribunal Constitucional quanto o Tribunal Supremo da Espanha têm enfatizado a relevância de que a importação dos institutos de direito penal para o direito administrativo sancionador se processe “com os devidos matizes oriundos da natureza das sanções administrativas que atendem [...] ao devido cumprimento das finalidades da atividade administrativa”.²⁷⁰ Entre os princípios de direito penal aplicáveis ao direito administrativo sancionador, o Tribunal Supremo já mencionou, sem pretensão de esgotar o tema, o da presunção de inocência, o da legalidade e o da interdição da arbitrariedade.²⁷¹

Nieto defende a adoção do seguinte critério para a aplicação de institutos do direito penal ao direito administrativo sancionador: primeiro, devem ser aplicados os princípios

²⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança nº 32.201**. Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de março de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13287495>. Acesso em: 18 out. 2021.

²⁷⁰ NIETO, Alejandro. Op. cit., p. 169.

²⁷¹ Ibidem, p. 167.

punitivos constitucionalizados, ainda que oriundos do direito penal, pois devem ser vistos como princípios comuns a todo o sistema punitivo do Estado, motivo pelo qual têm precedência sobre qualquer disposição infraconstitucional; segundo, devem ser aplicados ao direito administrativo sancionador os princípios do direito penal não constitucionalizados, desde que não haja comando legal em sentido contrário na área onde se pretende aplicá-los, pois nesta hipótese prevalecem os princípios da área específica e não os de direito penal.²⁷²

Ainda sobre o assunto, Fábio Medina Osório faz duas importantes observações. A primeira é no sentido de alertar que, embora haja outros ramos do direito que também se valem de penas ou sanções, tais como o direito civil, o processual e o trabalhista, não se pode considerar que façam parte do regime jurídico punitivo unitário do Estado, porquanto o direito sancionador é composto apenas pelo direito administrativo e pelo direito penal, na condição de instrumentos básicos por meio dos quais o Estado promove a garantia da ordem pública e do ordenamento jurídico.²⁷³

A segunda observação refere-se à necessidade de se reconhecer que a unidade do regime jurídico punitivo não significa inexistência de diferenças substanciais entre o direito administrativo e o direito penal. Este tem relação direta com as preocupações intensificadas pelo movimento iluminista de proteção dos direitos humanos e individuais, ao passo que aquele tem origem no poder de polícia do Estado. Aludidas diferenças, no entanto, não impedem a identificação de um núcleo básico do regime jurídico punitivo unitário, aplicável a esses dois ramos do direito, desde que com matizes, exatamente em virtude das diferenças entre eles.²⁷⁴

Situação semelhante foi observada em relação às sanções disciplinares que, para alguns autores, guardam substanciais diferenças em relação às demais sanções administrativas, razão pela qual não se submeteriam ao regime punitivo unitário. Na Espanha, o Tribunal Constitucional, em um primeiro momento, entendeu que os princípios do direito penal não deveriam ser aplicados ao direito administrativo sancionador no que diz respeito às relações especiais de sujeição, na qual se insere a responsabilidade de servidor público por infração disciplinar. No entanto, posteriormente, o Tribunal Constitucional espanhol superou esse entendimento, sob o fundamento de que mesmo na responsabilidade decorrente de

²⁷² NIETO, Alejandro. Idem, p. 167.

²⁷³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. Op. cit., p. 138.

²⁷⁴ Ibidem, p. 141-148.

relações especiais de sujeição há o risco de ofensa aos direitos fundamentais, se não houver a incidência dos princípios do direito penal.²⁷⁵

Havia uma compreensão de que as sanções disciplinares seriam substancialmente distintas das demais sanções administrativas pela circunstância de as primeiras tutelarem o bom funcionamento da própria Administração Pública, motivo pelo qual não seriam expressão do *jus puniendi* estatal, mas sim manifestação da capacidade de auto-ordenação da própria Administração Pública.²⁷⁶

Enterría e Fernández reconhecem que as sanções disciplinares possuem um relevante ponto de distinção comparativamente com as demais sanções administrativas, marcadas, por um lado, pela tutela da própria organização e funcionamento da Administração Pública e, por outro, pela definição do ilícito administrativo disciplinar cujo critério para tanto não é unicamente jurídico, mas também deontológico, porquanto se busca tutelar a probidade no âmbito estatal. No entanto, sustentam os autores que, apesar dessa distinção, nada impede o reconhecimento das sanções disciplinares como sanções administrativas que, de igual modo, devem sofrer os influxos dos princípios do direito penal como técnica de integração do direito, no caso de lacunas.²⁷⁷

No Brasil, Fábio Medina Osório, embora admita a existência de diferenças entre as sanções disciplinares e as demais sanções administrativas, ao menos no plano abstrato, entende que ambas convergem quanto à finalidade de tutelar valores sociais, sejam eles internos ou externos à Administração Pública, restaurar a paz no ordenamento jurídico e punir o autor da conduta ilícita, razão pela qual sustenta que o direito administrativo disciplinar integra o direito administrativo sancionador, ainda que o primeiro tenha uma estrutura mais aberta e flexível e seus critérios de punição sejam orientados pela finalidade de preservação da ordem administrativa.²⁷⁸

Conquanto o Supremo Tribunal Federal já tenha decidido que a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas não se confunde com a sanção disciplinar, é de se reconhecer que há algumas características comuns a essas duas sanções, pois em ambas se

²⁷⁵ ENTERRÍA, Eduardo García, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Tomo II. Op. cit., p. 175.

²⁷⁶ NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. Op. cit., p. 228.

²⁷⁷ ENTERRÍA, Eduardo García, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit., p. 176-178.

²⁷⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. Op. cit., p. 159-164.

busca a tutela da ordem administrativa.²⁷⁹ No caso dos Tribunais de Contas, no entanto, os objetivos são mais amplos, pois há ainda a própria defesa do erário e dos princípios que regem a Administração Pública, além da tutela dos direitos dos cidadãos, tendo em vista que os Tribunais de Contas zelam pela eficiência da Administração Pública na prestação dos serviços públicos. Nenhuma dessas circunstâncias, porém, é motivo suficiente para afastar a aplicação dos princípios do direito penal da atuação sancionadora e repressiva dos Tribunais de Contas.

Sob outra perspectiva, o direito penal também não é afastado dos Tribunais de Contas pelo fato de suas decisões revelarem uma importante distinção em relação à atividade sancionadora própria da função administrativa. Trata-se de situação *sui generis* que não se enquadra na compreensão dominante na doutrina administrativista segundo a qual a sanção administrativa é, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “aquela decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa”.²⁸⁰

Tribunais de Contas, malgrado sejam órgãos administrativos, não exercem, na sua atividade fim, função administrativa, também denominada executiva que, nos termos da definição oferecida por José Afonso da Silva, se divide em função de governo, relativa a atribuições políticas, colegislativas e de decisão, e função administrativa, concernente às missões básicas de intervenção, fomento e serviço público.²⁸¹

Nos termos da Constituição Federal, art. 71, Tribunais de Contas exercem o controle externo da Administração Pública, razão pela qual, consoante registrado anteriormente, Ayres Britto sustenta que seus processos não são processos parlamentares, nem judiciais, nem administrativos, mas, na realidade, processos de contas, pois proferem julgamentos sobre as atividades de outros órgãos, agentes públicos e pessoas, e não sobre as suas próprias

²⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança nº 24.961**. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ de 04.03.2005. EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: CONCEITO. DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. I. - A Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar. Ela tem por escopo a defesa da coisa pública. Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao Erário. A Tomada de Contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (C.F., art. 5º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado: AI 207.197-AgR/PR, Ministro Octavio Gallotti, "DJ" de 05.6.98; RE 244.027-AgR/SP, Ministra Ellen Gracie, "DJ" de 28.6.2002. II. - Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. Aplicação subsidiária do disposto no art. 236, CPC. Ademais, a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial. III. - Mandado de Segurança indeferido.

²⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 871.

²⁸¹ SILVA, José Afonso. Op. cit., p. 110.

atividades, e sua atuação não é originária, mas sim consequente a uma atuação administrativa, e “seu operar institucional não é propriamente um tirar competências da lei para agir, mas ver se quem tirou competências da lei para agir estava autorizado a fazê-lo e em quê medida”.²⁸²

Desse modo, as sanções e demais decisões dos Tribunais de Contas que imputam responsabilidade não decorrem do exercício de função administrativa, mas sim do exercício do controle externo que lhe compete. A distinção ganhou o campo normativo a partir da edição da Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, pois, ao indicar como destinatárias da norma as esferas administrativa, controladora e judicial, inaugurou, no direito positivo, a identificação autônoma da “esfera controladora”, apartada, portanto, da esfera administrativa.²⁸³

A inovação legislativa trazida pela Lei 13.655/2018 alinhou-se, de certo modo, à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, já há um bom tempo, tem reconhecido as importantes distinções entre os atos praticados pelos Tribunais de Contas e aqueles praticados pelos administradores públicos, de modo que se tem atribuído às funções de controle exercidas pelas Cortes de Contas um “colorido quase-jurisdicional”.²⁸⁴

Consequentemente, a atuação dos Tribunais de Contas é sempre imparcial, tanto na apuração dos fatos quanto no julgamento. Não é o Tribunal de Contas um preposto do Erário. É um defensor da sociedade, de direitos difusos, que pauta sua atuação pelo controle da aplicação da lei. Não aplica a lei para a promoção do bem comum, do que é exemplo a construção de uma escola ou de um hospital. Fiscaliza aqueles que aplicam a lei para a promoção do bem comum. Nesse ponto, observa-se, mais uma vez, que a Corte de Contas se distancia da função puramente administrativa.

²⁸² BRITTO, Carlos Ayres. Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. Op. cit., p. 73.

²⁸³ Na doutrina, de longa data se reconhece que os Tribunais de Contas, a exemplo do que também ocorre com o Ministério Público, não se enquadram com facilidade na tripartição tradicional das funções do Poder. Nesse sentido: TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Op. cit., p. 177-178. Nas palavras do autor: “O Tribunal de Contas, por conseguinte, tem o seu papel dilargado na democracia social e participativa e não se deixa aprisionar no esquema da rígida separação de poderes”. Cf. ainda: LAUBÉ, Vitor Rolf. Op. cit., p. 325; PARDINI, Frederico. Op. cit., p. 158-170.

²⁸⁴ A expressão “colorido quase-jurisdicional” foi cunhada pelo ministro Sepúlveda Pertence, que a inseriu na própria ementa do MS 23.550 que, na parte que interessa, ficou assim redigida: “Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase – jurisdicional”. (In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 23.550**. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, 4 de abril de 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85979>. Acesso em: 25 out. 2021).

É bem verdade que, na condição de órgãos administrativos, os Tribunais de Contas exercem na responsabilização por atos ilícitos todas as funções da competência do Poder Público que na apuração de um ilícito penal, processado por meio de uma ação penal pública, são exercidas por quatro instituições distintas, pois, neste último caso, a investigação fica a cargo da Polícia Judiciária, a acusação é da competência do Ministério Público, o julgamento é realizado pela instância judiciária competente e a revisão do julgado é cabível pela instância judiciária superior. Nos Tribunais de Contas, a seu turno, investigação, acusação, julgamento originário e julgamento dos recursos são atribuições desempenhadas pelo próprio órgão de controle.

Trata-se, a rigor, de desenho institucional estabelecido pela Constituição Federal, no art. 71, mas que, nem por isso, retira dos Tribunais de Contas a imparcialidade na sua atuação, pois não são órgãos de governo, mas sim do Estado, reconhecidos pela doutrina nacional e estrangeira como órgãos protetores dos direitos fundamentais e relevantes atores do sistema de freios e contrapesos.²⁸⁵

De qualquer modo, a incidência do direito penal atrai, por consequência, algumas disposições processuais também, entre as quais a de se preservar a necessária segregação das fases de instrução e de julgamento, cabendo a primeira à área técnica dos Tribunais de Contas e a segunda ao corpo deliberativo, tudo com a fiscalização do Ministério Público que oficia junto aos Tribunais de Contas. Em respeito ao princípio do devido processo legal, inclusive na sua vertente substantiva, relativa a um julgamento justo, todos os atores processuais devem atuar com independência, sem a interferência, portanto, de outros atores.²⁸⁶

Ou seja, o acúmulo das competências instrutórias e de julgamento é mais uma razão a reclamar a incidência dos princípios do direito penal e, em alguns casos, do processo penal também, nos processos de controle externo dos Tribunais de Contas que promovem a responsabilização de autores de condutas ilícitas, pois referido acúmulo exige atenção

²⁸⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Volume V: O Orçamento na Constituição.** Op. cit., p. 502.

²⁸⁶ O assunto ganhou mais visibilidade e importância no âmbito dos Tribunais de Contas com a edição pela INTOSAI da norma principiológica P-50 que, expressamente, trata da necessidade de segregação das funções de auditoria (investigação e acusação), ministério público (fiscal da lei), e corpo deliberativo (julgamento). A INTOSAI é a Organização Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores, da qual o TCU faz parte. Referida norma está disponível em: < <https://www.intosai.org/documents/open-access>>. No TCU, a independência dos auditores é não apenas garantia do jurisdicionado, mas dever do auditor, em virtude do que consta do art. 86, inciso I, da Lei 8.443/92 (Lei Orgânica do TCU), com o seguinte teor: “Art. 86. São obrigações do servidor que exerce funções específicas de controle externo no Tribunal de Contas da União: I - manter, no desempenho de suas tarefas, atitude de independência, serenidade e imparcialidade;”.

redobrada no que concerne ao respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, do qual decorre o direito a um julgamento justo, que contribua para desestimular condutas ofensivas ao interesse público e aos valores consagrados na Constituição Federal, regentes da Administração Pública e, ao mesmo tempo, prestigie e incentive os bons gestores, ainda que eventualmente cometam erros, desde que de menor gravidade.

Desse modo, a incidência do direito penal na responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas se faz presente na apuração de todos os elementos da responsabilidade subjetiva, a partir da apuração dos fatos, da identificação e caracterização da conduta dolosa ou culposa, omissiva ou comissiva e do estabelecimento do nexo de causalidade, assim como das excludentes de ilicitude e de culpabilidade, além das causas de extinção de punibilidade. Não se trata de uma importação automática e acrítica dos institutos do direito penal, mas sim de um aproveitamento, com matizes, daquilo que for viável, consideradas as características do direito administrativo sancionador.

No tocante ao fato ilícito, um primeiro desafio decorre da tipicidade extremamente aberta dos ilícitos administrativos em comparação com os penais, que majoritariamente é formado por tipos fechados. Os tipos fechados são, por definição, aqueles que descrevem, de modo completo, a conduta indesejada pelo direito, ao passo que os tipos abertos trazem descrições insuficientes da conduta indesejada pelo direito, deixando para o aplicador da norma a tarefa de completá-la, mediante interpretação. É exemplo de tipo fechado o crime de homicídio previsto no art. 121 do Código Penal. Por outro lado, os crimes culposos são um bom exemplo de tipo aberto.²⁸⁷

No entanto, a tipicidade é uma exigência decorrente do princípio da legalidade, nos termos previstos no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, e visa permitir ao autor da conduta saber, antecipadamente, qual conduta é considerada ilícita pela norma e qual a respectiva sanção, caso a conduta proibida seja praticada.

A maioria dos atos administrativos sujeitos ao controle exercido pelos Tribunais de Contas é formada por tipos abertos que, embora permitam ao agente público identificar a conduta permitida e a proibida, não fornecem todos os elementos para a configuração completa do ilícito, entre outras razões pelo uso frequente de conceitos jurídicos de conteúdo

²⁸⁷ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 136.

indeterminado, cuja determinação somente ocorrerá diante das peculiaridades de cada caso concreto.

É, por exemplo, o caso previsto no § 1º do art. 23 da Lei 8666/93, segundo o qual as “obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala”. Disposição semelhante, com pequena variação, consta do art. 40, inciso V, alínea b, e art. 47, inciso II, da Lei 14.133/2021.

Desse modo, em virtude do elevado número de tipos abertos, o direito administrativo sancionador não trabalha com a mesma segurança jurídica do direito penal, o que impõe ônus argumentativo maior aos Tribunais de Contas no tocante aos casos submetidos à sua apreciação que envolvam tipos abertos, a fim de que na aplicação do direito ao caso concreto haja a devida fundamentação para as escolhas interpretativas feitas pelo julgador.

Em outra perspectiva, é importante aplicar ao direito administrativo sancionador os conceitos de ilícito de mera conduta, de ilícito continuado e de ilícito permanente, assim como de concurso material e formal, pois oferecem relevantes subsídios para análise de ilícitos administrativo-financeiros. É o caso, entre outros, do contingenciamento obrigatório decorrente da frustração de receitas, exigido pela Lei de Responsabilidade Fiscal, que retrata hipótese de ilícito de mera conduta, porquanto busca tutelar a higidez das finanças públicas por meio da imposição de obrigação de fazer de caráter prudencial que, se não realizada, configura o ilícito administrativo-financeiro, independentemente de a meta fiscal ser posteriormente atingida ou não.²⁸⁸

Relativamente à avaliação da conduta, os Tribunais de Contas podem e devem aplicar a responsabilidade subjetiva, com o respectivo exame da presença ou não de dolo ou culpa, para fins de responsabilização. Embora Sergio Cavalieri, entenda que o dolo e a culpa civil “são substancialmente são iguais, têm os mesmos elementos; se diferença houver, será apenas

²⁸⁸ Referido dispositivo da Lei Complementar 101/2000 (LRF) tem a seguinte redação: “Art. 9º Se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias”. Um dos motivos para o TCU ter emitido parecer prévio pela rejeição das contas de governo da então Presidente da República, relativas ao exercício de 2014, foi exatamente o descumprimento do art. 9º da LRF. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/contas-2014-relatorio-e-parecer-previo-sobre-as-contas-do-governo-da-republica-exercicio-de-2014.htm>>.

de grau”;²⁸⁹ Anderson Schreiber observa que tem havido uma erosão da culpa como filtro da reparação do dano, de modo que o direito civil tem adotado diversas presunções desfavoráveis ao suposto devedor que acabam por criar uma tendência à objetivação da responsabilidade civil ou, no mínimo, reduzem drasticamente a importância da culpa nessas hipóteses.²⁹⁰

No campo do controle das finanças públicas, no entanto, no qual os Tribunais de Contas exercem, entre outras funções, a de defensores do erário, mas também dos princípios regedores da Administração Pública, é inaceitável a aplicação do tratamento civil da culpa. O compromisso com a busca da verdade e o dever de respeito aos direitos fundamentais impõem aos Tribunais de Contas que, na apuração de supostos danos ao erário, apliquem à apuração da culpa a compreensão que lhe é dada pelo direito penal, porquanto o exame procedido pela Corte de Contas não se limita à análise de mera relação contábil entre supostos credor, no caso o erário, e devedor, mas sim de avaliação sobre a conduta de um agente público, cuja conclusão pode afetar profundamente o seu nome, honra e carreira profissional.

Com relação ao nexo de causalidade, de igual modo, na ausência de norma sobre o assunto no âmbito do direito administrativo sancionador, é de se buscar subsídio no direito penal.²⁹¹ Pelos motivos expostos adiante, no tópico que trata do nexo de causalidade, no capítulo 3 deste trabalho, afasta-se, desde logo, a teoria dos danos diretos e imediatos (também denominada teoria da causalidade direta e imediata ou teoria da interrupção do nexo causal) adotada no âmbito da responsabilidade civil, pois a teoria mais ajustada à realidade do direito administrativo sancionador é a da equivalência dos antecedentes causais (conhecida também como teoria da *conditio sine qua non*),²⁹² aplicada na responsabilidade penal, nos termos expressos do art. 13 do Código Penal.²⁹³

No que concerne especificamente à culpabilidade, o direito penal é o ramo por excelência no qual a matéria recebeu sólido tratamento doutrinário e jurisprudencial e sobre o qual há diversas normas no Código Penal, o que naturalmente demanda a sua incidência no campo do direito administrativo sancionador e, particularmente, na responsabilização

²⁸⁹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 31.

²⁹⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 34-51.

²⁹¹ Não obstante o Decreto 9.830/2019, que regulamentou os artigos 20 a 30 da LINDB, e a Medida Provisória 966/2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos, por ação ou omissão, em atos relacionados com a pandemia da covid-19, tenham feito referência ao nexo de causalidade como um dos elementos necessários para a imputação de responsabilidade, não indicaram qualquer baliza para a sua avaliação.

²⁹² Cf., entre outros: GRECO, Rogério. Op. cit., p. 231.

²⁹³ Código Penal: Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

promovida pelos Tribunais de Contas, tendo em vista que é pressuposto de aplicação da sanção administrativa como manifestação do poder punitivo estatal.²⁹⁴

A culpabilidade é compreendida como a reprovabilidade de conduta e seus elementos são a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. Reconhecida a culpabilidade haverá justificativa suficiente para a imposição da sanção, pois não é de se punir conduta que não seja considerada reprovável.²⁹⁵ A doutrina, no entanto, reconhece a existência de causas supralegais de exclusão de culpabilidade, fundadas na cláusula geral da inexigibilidade de conduta diversa. Trata-se de importante hipótese que, com relativa frequência, se vê o administrador público, tendo em vista a necessidade de adoção de medida que, embora não seja a melhor ou mais adequada na perspectiva legal, é, por vezes, a viável, dadas certas circunstâncias.²⁹⁶

Conforme se afirmou no início, os Tribunais de Contas prolatam decisões que ora são assemelhadas ao direito penal ou ao direito civil e ora são de natureza genuinamente administrativa. Referidas decisões podem ser divididas em três categorias: primeira, decisões que impõem uma sanção; segunda, decisões que condenam à reparação de um dano ao erário; terceira, decisões que emitem um juízo depreciativo sobre as contas do agente público.

Diante do que se sustentou até o momento, a incidência dos princípios do direito público sancionador unitário e de alguns princípios e regras do direito penal às sanções aplicadas pelos Tribunais de Contas não parece, portanto, ser motivo para surpresas ou resistências, pois referidas sanções, por óbvio, têm natureza punitiva. O mesmo, porém, não se pode afirmar em relação às decisões que condenam à reparação de um dano ao erário e às decisões que julgam irregulares as contas do responsável, pois, nesses casos, não se trata de decisões de natureza punitiva, o que, naturalmente, enseja dúvidas sobre a pertinência de se aplicar o direito público sancionador e o direito penal a essas hipóteses.

No entanto, é importante considerar que a condenação à reparação de um dano ao erário tem como pressuposto lógico e antecedente a identificação do fato ilícito, da conduta culposa ou dolosa, omissiva ou comissiva, e do nexo de causalidade, além da verificação de

²⁹⁴ O Decreto 9.830/2019, que regulamentou os artigos 20 a 30 da LINDB fez menção à necessidade de se considerar a culpabilidade para fins de aplicação de sanção, mas não fornecer qualquer baliza ou critério para tanto.

²⁹⁵ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 196.

²⁹⁶ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 450-451.

ocorrência ou não de alguma hipótese de exclusão de ilicitude ou de culpabilidade. Ou seja, avalia-se a conduta do agente público sob as regras e princípios da responsabilidade subjetiva.

Caso o Tribunal de Contas conclua pela ocorrência do ilícito, da culpa *lato sensu*, do nexo de causalidade e da reprovabilidade da conduta, terá formulado juízo pela ofensa ao ordenamento jurídico decorrente de agressão cometida pelo autor da conduta, por ter faltado com seus deveres de agente do Estado. Desse modo, a condenação à reparação do dano é uma consequência dessa conclusão, não a sua causa. Quando o agente público contrata com preço acima de mercado e causa um dano ao erário, ele primeiro falhou com seus deveres de diligência ao não se certificar que o preço ofertado não era compatível com a prática do mercado.

Portanto, antes da condenação à reparação do dano, competirá ao Tribunal de Contas proceder à avaliação individualizada da conduta do agente público, pois referidas Cortes, embora contribuam para a preservação e reparação do erário, devem respeito aos direitos fundamentais, motivo pelo qual seria inconstitucional aplicar as regras do direito civil, relativas à tendência, antes comentada, de erosão dos filtros da reparação do dano, em face de uma paulatina objetivação da responsabilidade civil.

Importante registrar, porém, que o Supremo Tribunal Federal, em duas decisões da Segunda Turma, acolheu a posição do Ministro Ricardo Lewandowski que, ao apreciar agravo regimental em mandados de segurança impetrados contra decisões do TCU que haviam condenado os impetrantes à reparação de danos ao erário, entendeu que referida condenação é uma sanção e, com base nesse entendimento, aplicou o prazo prescricional previsto da Lei 9.873/1999, que trata exclusivamente do prazo de prescrição para o exercício da ação punitiva pela Administração Pública Federal.²⁹⁷

Sobre o assunto o Ministro Luís Roberto Barroso, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 852.475, deixou registrado o seu entendimento no sentido de que

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Mandado de Segurança 35.512**. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO PUNITIVA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PRESCRIÇÃO. OBSERVÂNCIA DA LEI 9.873/1999. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I - As razões do agravo regimental são inaptas para desconstituir os fundamentos da decisão agravada, que, por isso, se mantêm hígidos. II - Excetuados os ressarcimentos de valores perseguidos na esfera judicial decorrentes da ilegalidade de despesa ou da irregularidade de contas, a aplicabilidade de sanções administrativas pelo TCU sofrem os efeitos fulminantes da passagem de tempo, de acordo com os prazos previstos em lei. III - Agravo regimental a que se nega provimento. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 4 de junho de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750144538>. Acesso em: 12 nov. 2021.

ressarcimento ao erário não é sanção, pois o “ressarcimento ao erário é a reposição da situação ao *status quo ante*. Devolver aquilo que alguém se apropriou indevidamente não é sanção. Sanção pode ser multa, sanção pode ser reclusão, sanção pode ser perda de direito”.²⁹⁸

O Código Civil, por sua vez, estabelece nos arts. 186, 187 e 927 que a reparação do dano é uma obrigação,²⁹⁹ ao passo que a Lei nº 8.429/1992, antes da alteração promovida pela Lei nº 14.230/2021, cuidava do assunto em dois artigos. No art. 5º tratava o ressarcimento do dano como uma obrigação, mas no art. 12 o tratava como se fosse uma das sanções.³⁰⁰ Não obstante a aparente contradição, o Superior Tribunal de Justiça tinha jurisprudência pacífica, de longa data, no sentido de que o ressarcimento do dano não é sanção, mas sim consequência necessária do prejuízo causado.³⁰¹

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 852.475**. Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. (...). Relator: Min. Alexandre de Moraes. Redator para o acórdão: Min. Edson Fachin, 8 de agosto de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749427786>. Acesso em: 12 nov. 2021.

²⁹⁹ Código Civil: Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

³⁰⁰ Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.

Art. 12. Independentemente das sanções penais, 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 12.120, de 2009).

I - na hipótese do art. 9º, 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;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, 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;

III - na hipótese do art. 11, 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.

³⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Segunda Turma). **Recurso Especial nº 1.184.897**. Ementa: (...) 4. O ressarcimento não constitui sanção propriamente dita, mas sim consequência necessária do prejuízo causado. Caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações. Precedentes do STJ. (...). Relator: Min. Herman Benjamin, 15 de junho de 2010. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000423893&dt_publicacao=27/04/2011. Acesso em: 12 nov. 2021.

Belén Casado Casado, ao analisar a responsabilidade civil no direito espanhol, também entende que a imputação de responsabilidade para fins de reparação de dano não é uma sanção.³⁰² Na doutrina brasileira também compartilham desse entendimento, entre outros, Fábio Medina Osório e Sandro Lúcio Dezan.³⁰³

Maria Celina Bodin de Moraes, em análise histórica, explica que a distinção entre responsabilidade civil e penal, ao menos em um primeiro momento, não decorreu da adoção de qualquer critério científico ou evolução civilizatória, mas, ao contrário, foi o resultado da “rígida divisão entre o Direito Público e o Direito privado, entre a liberdade do cidadão quanto à circulação de bens e sua posição frente ao poder estatal – separação esta de fundamental importância para assegurar a plena autonomia na sociedade burguesa”. E concluiu a autora que:

(...) a separação entre pena e indenização foi, assim, uma consequência dessa mentalidade, e bem se justificava, tendo em vista os objetivos a serem alcançados: era, então, imprescindível retirar da indenização qualquer conotação punitiva; a pena dirá respeito ao Estado e a reparação, mediante indenização, exclusivamente ao cidadão.³⁰⁴

Adota-se, neste trabalho, o mesmo entendimento sustentado pelo Ministro Roberto Barroso, pelo Superior Tribunal de Justiça e, na doutrina, por Fábio Medina Osório e Sandro Lúcio Dezan, entre outros. Para Osório, embora haja outros ramos do direito que também se valem de penas ou sanções, tais como o direito civil, o processual e o trabalhista, não se pode considerar que façam parte do regime jurídico punitivo unitário do Estado, porquanto o direito sancionador é composto apenas pelo direito administrativo e pelo direito penal, na condição de instrumentos básicos por meio dos quais o Estado promove a garantia da ordem pública e do ordenamento jurídico.³⁰⁵

Por essas razões, é importante enfatizar que a posição ora sustentada em favor da incidência do direito penal às decisões dos Tribunais de Contas condenatórias à reparação de dano ao erário não está assentada na compreensão externada pelo Ministro Ricardo Lewandowski de que a condenação à reparação de dano seria uma sanção, mas sim no entendimento de que referida condenação pressupõe a análise de todos os elementos da

³⁰² CASADO, Belén Casado. **El derecho sancionador civil: consideraciones generales e supuestos**. Málaga: Universidad de Málaga, 2009, p. 72.

³⁰³ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. Op. cit., p. 138; DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo**. Op. cit., p. 3-4.

³⁰⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 201-202.

³⁰⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. Op. cit., p. 138.

responsabilidade subjetiva e na conclusão de que o agente público, antes de causar o dano ao erário, primeiro descumpriu seus deveres de diligência ou eficiência ou até mesmo transgrediu os princípios da Administração Pública.

A presente situação assemelha-se, de certo modo, à da improbidade administrativa, em cuja seara também se promove a responsabilização pela reparação do dano e a aplicação de sanções. Sobre o assunto, José Roberto Pimenta Oliveira entende que o Direito Penal contribui de modo significativo para a investigação acerca dos elementos subjetivos dos tipos ilícitos previstos na Lei de Improbidade Administrativa assim como defende que a incidência das cláusulas excludentes de antijuridicidade deve ser buscada no Direito Penal sempre que ausentes na Lei de Improbidade Administrativa.³⁰⁶

Nesse mesmo sentido caminhou o legislador ordinário ao inserir o § 4º ao art. 1º da Lei nº 8.429/1992 por meio da Lei nº 14.230/2021, que prevê, expressamente, a aplicação ao sistema da improbidade administrativa dos princípios constitucionais do direito administrativo sancionador.

Por fim, resta saber se faz sentido aplicar os princípios do direito público sancionador e alguns princípios e regras do direito penal às decisões dos Tribunais de Contas que julgam as contas dos responsáveis, especialmente quando esses juízos são pela irregularidade das contas, tendo em vista que não se trata, a rigor, de sanção.

Ora, os juízos depreciativos sobre as contas do agente público são emitidos pelos Tribunais de Contas em duas hipóteses distintas:

- primeira, quando apreciam as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, conforme previsto na Constituição Federal, arts. 31 e 71, inciso I;

- segunda, quando julgam as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, nos exatos termos do art. 71, inciso II, da Constituição Federal. Por questões de clareza, a segunda hipótese será analisada primeiro.

³⁰⁶ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Op. cit., p. 272.

Uma objeção que poderia ser apresentada à incidência do direito penal nas decisões dos Tribunais de Contas que julgam contas, com fundamento no art. 71, inciso II, da Constituição Federal, é o entendimento já defendido na doutrina por Cretella Júnior, para quem o “Tribunal de Contas ‘aprecia’, ‘fiscaliza’ ou ‘julga’ contas, ao passo que o Poder Judiciário julga pessoas”.³⁰⁷

Semelhante raciocínio foi, recentemente, externado pelo ministro Alexandre de Moraes, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 636886, no qual, com base na doutrina de José Cretella Júnior e de José Afonso da Silva, afirmou categoricamente que o TCU não julga pessoas, mas apenas contas. Em seu voto, transcreveu a seguinte afirmação daquele primeiro doutrinador sobre os Tribunais de Contas: “As decisões proferidas dizem respeito à regularidade intrínseca da conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade”.³⁰⁸

Trata-se de entendimento que destoa da jurisprudência do STF, que tem, reiteradamente, enfatizado que o dever de prestar contas é personalíssimo, da pessoa física responsável por bens e valores públicos, não da entidade,³⁰⁹ e que, diante de alegações apresentadas em mandados de segurança impetrados contra o TCU de que o Tribunal não estaria procedendo à individualização das condutas, tem verificado que a Corte de Contas tem procedido ao escrutínio do fato ilícito, da individualização das condutas, do estabelecimento do nexo de causalidade e da aferição da culpabilidade.³¹⁰

³⁰⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit., p. 193-195.

³⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário 636886**. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Julgado em 20.04.2020. DJe de 24.06.2020. No que diz respeito ao tema aqui mencionado, constou da ementa o seguinte: “3. A excepcionalidade reconhecida pela maioria do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL no TEMA 897, portanto, não se encontra presente no caso em análise, uma vez que, no processo de tomada de contas, o TCU não julga pessoas, não perquirindo a existência de dolo decorrente de ato de improbidade administrativa, mas, especificamente, realiza o julgamento técnico das contas à partir da reunião dos elementos objeto da fiscalização e apurada a ocorrência de irregularidade de que resulte dano ao erário, proferindo o acórdão em que se imputa o débito ao responsável, para fins de se obter o respectivo ressarcimento”.

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança 21644**. Rel. Min. Néri da Silveira. Julgado em 04.11.1993. DJ de 08.11.1996. A ementa, na parte relativa ao tema, ficou assim redigida: “3. O dever de prestar contas, no caso, não é da entidade, mas da pessoa física responsável por bens e valores públicos, seja ele agente público ou não. 4. Embora a entidade seja de direito privado, sujeita-se à fiscalização do Estado, pois recebe recursos de origem estatal, e seus dirigentes hão de prestar contas dos valores recebidos; quem gere dinheiro público ou administra bens ou interesses da comunidade deve contas ao órgão competente para a fiscalização”.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **Mandado de Segurança 33092**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 24.03.2015. DJe de 17.08.2015. Do voto do relator constou a seguinte afirmação: “É possível verificar nesse relatório que os achados de auditoria aparentam ter uma avaliação que contempla diversos critérios, tais como: descrição do achado; análise da situação encontrada; critérios utilizados para análise; evidências apuradas; indicação dos responsáveis pelo evento, seus nomes e identificação; descrição da conduta; informações sobre o nexo de causalidade; indicação de culpabilidade; e proposta de encaminhamento para providências.”.

No campo das normas, é a própria Constituição Federal, no inciso VIII do art. 71, que prevê a competência do 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”. Na mesma linha é a Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8443/1992) que dispõe sobre as hipóteses de julgamento pela irregularidade das contas, sendo todas, sem exceção, relativas a uma conduta humana.

Diz o art. 16 da referida lei que as contas do administrador público serão julgadas irregulares quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: a) omissão no dever de prestar contas; b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

Portanto, o julgamento das contas do administrador público é mera consequência do anterior juízo feito pelo Tribunal de Contas acerca da conduta praticada pelo responsável. E não poderia ser diferente, pois do mesmo modo que seria inadmissível a aplicação de sanção pelo Tribunal sem a avaliação individualizada da conduta do agente público, também seria inconstitucional o julgamento de suas contas pela irregularidade sem que fossem apontados, de modo consistente, os ilícitos cometidos pelo gestor.

Uma segunda objeção à incidência dos princípios do direito público sancionador e de alguns princípios e regras do direito penal nas decisões que julgam contas seria a de que referidos institutos do direito público sancionador e do direito penal têm natureza jurídica garantista, o que é incompatível com a lógica do direito financeiro, no qual há a inversão do ônus da prova que decorre do próprio dever de prestar contas.

Isso porque, nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”. O Supremo Tribunal Federal, mesmo antes da atual Constituição, já entendia que “Em direito financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhe são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público”.³¹¹

³¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança nº 20335**. Rel. Min. Moreira Alves. Julgado em 13.10.1982. DJ de 25.02.1983.

A inversão do ônus da prova, no entanto, não é suficiente para afastar os institutos do direito público sancionador nem alguns do direito penal da responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas no âmbito do direito administrativo-financeiro por dois motivos. Primeiro, porque a administração de recursos alheios sempre atrai, em um primeiro momento, uma presunção de culpa nos casos em que há omissão no dever de prestar contas, mas de natureza relativa (*juris tantum*) que começa a se desfazer a partir do momento em que o administrador público apresenta a prestação de contas.

Segundo, porque o dever de prestar de contas não exonera o Tribunal de Contas de ter de observar todos os requisitos da responsabilidade subjetiva, pois, como se disse, se trata de mera presunção relativa de culpa, o que não pode ser confundido com responsabilidade objetiva. A consequência prática do que ora se afirma é que, no caso, por exemplo, de o gestor prestar contas e ainda assim pairar uma suspeita de superfaturamento, caberá ao responsável provar que contratou a preços de mercado, mas esse ônus não dispensará o Tribunal de também produzir a prova acerca de qual seria o preço de mercado, caso não se convença da prova produzida pelo gestor.

Há ainda uma característica adicional do julgamento de contas que precisa ser considerada, no sentido de que é juízo depreciativo sobre a conduta do agente público, ou seja, trata-se de uma decisão desabonadora do comportamento do responsável, o que repercute ineludivelmente não apenas em sua esfera jurídica, mas também na sua carreira, seja de servidor público ou de agente político, e atinge o campo moral.³¹² Por essas razões, embora o julgamento pela irregularidade das contas não seja uma sanção *stricto sensu*, é uma medida aflitiva de substancial repercussão na esfera pessoal do titular das contas, o que justifica a incidência das garantias materiais e processuais oriundas do direito público sancionador e do direito penal.

O que se disse até aqui se aplica integralmente ao parecer prévio emitido pelos Tribunais de Contas sobre as contas de governo do Chefe do Poder Executivo, em cumprimento ao art. 71, inciso I, da Constituição Federal. Embora a decisão, nesses casos, seja meramente opinativa, tendo em vista que a competência originária para o julgamento das contas do Chefe do Poder Executivo é da Casa Legislativa respectiva, o parecer prévio do Tribunal pode desencadear o processo de *impeachment* e os fundamentos utilizados pelo

³¹² Em sentido semelhante, mas em relação à improbidade administrativa: OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 251.

Tribunal de Contas podem ser invocados, nos seus exatos termos, para justificar a responsabilização do Presidente da República e o seu afastamento do cargo, a exemplo do que ocorreu com a então Presidente da República, relativamente às suas contas dos exercícios financeiros de 2014 e 2015, que receberam parecer prévio do TCU pela rejeição e, em relação às quais, a Câmara dos Deputados e, posteriormente, o Senado Federal invocaram os fundamentos usados pelo TCU para decidir acerca da abertura do processo de *impeachment* e do seu julgamento.³¹³

Portanto, em face dos vários pontos de convergência entre o ilícito administrativo e o ilícito penal, é de se aplicar ao direito administrativo sancionador e à responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas os princípios constitucionais do direito público sancionador assim como diversos institutos do direito penal, mas com matizes que permitam ajustar à realidade administrativa-financeira os conceitos do direito penal sobre os quais não há disposição normativa no âmbito do controle da administração pública.

Por serem órgão de Estado, comprometidos não apenas com a defesa do erário, mas também com a tutela dos princípios da Administração Pública e com o respeito e promoção dos direitos fundamentais, deve-se, portanto, aplicar à responsabilidade subjetiva apurada pelos Tribunais de Contas diversos institutos do direito penal.

A aplicação predominante dos princípios do direito público sancionador e de alguns institutos do direito penal no sistema de responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas não afasta, por si só, importantes institutos do direito civil com plena aplicabilidade especialmente em relação às decisões que condenam à reparação de um dano ao erário, tais como o conceito de responsabilidade solidária e o princípio do não enriquecimento sem causa, por exemplo.

No entanto, alguns outros institutos do direito civil devem ser evitados, especialmente aqueles que retratam a tendência moderna de objetivação da responsabilidade civil, com a consequente erosão dos filtros da reparação do dano, em especial no tocante a algumas presunções de culpa e a alguns critérios para identificação do nexo de causalidade, por adotarem uma lógica incompatível com os valores garantistas que informam o direito público sancionador, principalmente no tocante ao compromisso de fazer com que a verdade processual possível seja a mais próxima da verdade material, ou seja, retrate com a maior fidedignidade possível os fatos ocorridos no mundo real.

³¹³ Pareceres prévios do TCU disponíveis em: <https://portal.tcu.gov.br/contas/contas-do-governo-da-republica/>.

Um último registro deve ser feito. Em um Estado Democrático de Direito, o direito material é concretizado por intermédio do processo, porquanto é pelo processo que o Poder Público legitima a sua atuação, a partir de atos ordenados segundo prévio estabelecimento em norma processual, com devido processo legal, a fim de que sejam respeitados os direitos de todos os envolvidos diretamente no caso e de modo a submeter todos ao regramento processual pertinente.

Essa é a razão pela qual normas processuais são elaboradas tendo em consideração o direito material a ser aplicado, o que explica a existência do Código de Processo Civil para o direito civil, do Código de Processo Penal para o direito penal, e assim sucessivamente. Ou seja, o direito material cuja aplicação é pretendida reclama normas processuais compatíveis que lhe permitam máxima efetividade no mundo dos fatos.

Não é diferente com os Tribunais de Contas, cujo processo é regido por suas Leis Orgânicas e seus Regimentos Internos. Ambos, porém, são concisos no disciplinamento da matéria processual, a exemplo também do que, conforme comentado anteriormente, ocorre em relação ao direito material que regula a atividade repressiva e sancionadora dos Tribunais de Contas. Consequentemente, também no campo processual os Tribunais de Contas precisam recorrer com frequência ao uso da analogia que, de igual modo, deve ser feita de acordo a maior ou menor identidade com outros ramos do direito.

Desse modo, diante de lacunas legislativas sobre processo nos Tribunais de Contas, deve-se recorrer, primeiro, a outras normas processuais do direito administrativo, por se tratar do ramo no qual, formalmente, estão inseridos os processos dos Tribunais de Contas, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao dispor que se aplica, subsidiariamente, ao Tribunal de Contas da União a Lei nº 9.784/1999 que “Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”.³¹⁴

O mesmo raciocínio é de se aplicar os demais Tribunais de Contas, de modo que, diante de lacuna legislativa sobre o processo de controle externo, o recurso imediato de colmatação é para a respectiva lei local regulamentadora do processo administrativo. No

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 23.550**. Ementa: [...] nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (L. 9.784/99), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a "ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente". [...]. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, 4 de abril de 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85979>. Acesso em: 25 out. 2021.

entanto, caso não haja lei local sobre o assunto, pode-se aplicar, subsidiariamente, a própria Lei nº 9.784/1999, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.³¹⁵

Na prática, porém, essas leis de processo administrativo têm sido bastante sucintas também, razão pela qual, não raras vezes, são insuficientes para colmatar as lacunas existentes no processo de controle externo. Considerada essa realidade e também a forte incidência nos processos de controle externo dos Tribunais de Contas do direito público sancionador e de diversos institutos do direito penal, é decorrência natural admitir, em alguma medida, a aplicação subsidiária do processo penal aos processos de responsabilização das Cortes de Contas.

Na doutrina, Marçal Justen Filho, ao tratar do direito administrativo punitivo, afirmou no mesmo sentido que “parece que os princípios do direito processual civil não são facilmente transplantáveis para o direito administrativo. Aliás, o regime de direito administrativo é mais compatível com o Direito Processual Penal”.³¹⁶ Em obra mais recente, o autor reitera seu entendimento quanto à incidência de alguns princípios do processo penal nos processos administrativos sancionadores.³¹⁷ Com pensamento convergente, entre outros, já se manifestaram Lúcia Valle Figueiredo e José dos Santos Carvalho Filho.³¹⁸

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, de igual modo, tem entendido que se aplicam ao direito administrativo sancionador os “princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades

³¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Seção). **Súmula 633**, de 12 de junho de 2019. A Lei n. 9.784/1999, especialmente no que diz respeito ao prazo decadencial para a revisão de atos administrativos no âmbito da Administração Pública federal, pode ser aplicada, de forma subsidiária, aos estados e municípios, se inexistente norma local e específica que regule a matéria. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27633%27.num.&O=JT>. Acesso em: 25 out. 2021.

³¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 486.

³¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. Op. cit., p. 1.596

³¹⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 431; CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. cit., p. 10.

individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina”.³¹⁹

Contudo, o fato de alguns princípios do processo penal incidirem no processo de controle externo não significa que sejam predominantes. Em matéria processual não há como aplicar a mesma lógica do direito material, em que os princípios do direito público sancionador e alguns institutos do direito penal incidem sobre o processo administrativo sancionador de modo predominante em relação aos institutos do direito civil.

Assim é porque se no direito material a parte geral do Código Penal contém a mais rica disciplina infraconstitucional sobre a aplicação de sanções pelo Poder Público, com disposições normativas que, pela sua generalidade, são passíveis de expansão às demais atuações sancionadoras do Estado, no Código de Processo Penal a situação se inverte, porquanto contém regras e princípios muito específicos cuja aplicação expansiva não seria harmônica com o processo administrativo sancionador, ao passo que o Código de Processo Civil – CPC - é a norma processual infraconstitucional mais ampla e profunda do ordenamento jurídico nacional.

Isso tanto é verdade que o CPC sempre teve aplicação subsidiária aos demais ramos do direito, o que veio a ser positivado no vigente Código de Processo Civil, de 2015, cuja entrada em vigor se deu em 2016, no qual seu art. 15 prevê que “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”. É de se notar que, embora não conste menção ao processo penal no mencionado dispositivo normativo, a jurisprudência do Superior Tribunal

³¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quinta Turma). Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.559. Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. ATIVIDADE SANCIONATÓRIA OU DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL COMUM. ARTS. 615, § 1o. E 664, PARÁG. ÚNICO DO CPP. NULIDADE DE DECISÃO PUNITIVA EM RAZÃO DE VOTO DÚPLICE DE COMPONENTE DE COLEGIADO. RECURSO PROVIDO.

1. Consoante precisas lições de eminentes doutrinadores e processualistas modernos, à atividade sancionatória ou disciplinar da Administração Pública se aplicam os princípios, garantias e normas que regem o Processo Penal comum, em respeito aos valores de proteção e defesa das liberdades individuais e da dignidade da pessoa humana, que se plasmaram no campo daquela disciplina. [...]. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 3 de dezembro de 2009. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200701653771&dt_publicacao=01/02/2010. Acesso em: 7 nov. 2021.

de Justiça é pacífica quanto à aplicação do Código de Processo Civil ao processo penal, para fins de colmatação de lacunas, nos casos em que é omissa.³²⁰

A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Tribunal de Contas da União sempre foi reconhecida, tanto que em 1976 a Corte editou a Súmula nº 103, segundo a qual “Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil”.³²¹

Posteriormente, no entanto, por reconhecer que, a depender do caso, a analogia talvez seja mais apropriada com outra norma, seja do direito administrativo ou do processo penal, o TCU fez constar do seu Regimento Interno regra, ainda em vigor, mais abrangente, no sentido de que “Aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica”. O Supremo Tribunal Federal tem precedente na mesma linha de entendimento, firmado ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1.973, ora revogado, pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos processos do TCU.³²²

³²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). Recurso Especial 1.568.445. Ementa: RECURSO ESPECIAL. INTERCEPTAÇÃO DE DADOS. ASTREINTES. AUSÊNCIA DE PREJUDICIALIDADE POR DECISÕES DO STF. APLICABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO CPC AO PROCESSO PENAL. MULTA DIÁRIA E PODER GERAL DE CAUTELA. TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS. MEDIDAS CONSTRITIVAS SOBRE O PATRIMÔNIO DE TERCEIROS. BACEN-JUD E INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE LIQUIDEZ E CERTEZA. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTRADITÓRIO POSTERGADO. ANÁLISE ESPECÍFICA DO CASO CONCRETO. CUMPRIMENTO INTEGRAL. NÃO OCORRÊNCIA. PROPORCIONALIDADE DA MULTA APLICADA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. [...] 3. Conforme amplamente admitido pela doutrina e pela jurisprudência, aplica-se o Código de Processo Civil ao Estatuto processual repressor, quando este for omissa sobre determinada matéria. [...]. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz. Relator para o Acórdão: Min. Ribeiro Dantas, 24 de junho de 2020. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502964134&dt_publicacao=20/08/2020. Acesso em: 11 fev. 2022.

³²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Súmula nº 103**, 25 de novembro de 1.976. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/sumula/*/NUMERO%253A103/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMEROINT%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 11 fev. 2022.

³²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Mandado de Segurança nº 29.137**. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PLANO NACIONAL DE QUALIFICAÇÃO DO TRABALHADOR – PLANFOR. IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DE RECURSOS DO FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR – FAT. ILEGALIDADE DA CELEBRAÇÃO DE TERMO ADITIVO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DE MULTA A EX-GESTOR PÚBLICO. PRODUÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAIS, PERICIAIS E REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS. INDEFERIMENTO. EXAME RESTRITO ÀS PROVAS DOCUMENTAIS. NÃO OCORRÊNCIA DE CONTRARIEDADE ÀS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SEGURANÇA DENEGADA. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3447098>. Acesso em: 11 fev. 2022. Do voto da relatora constou o seguinte trecho: “O indeferimento da produção de provas reputadas impertinentes ou desnecessárias, quando devidamente fundamentado, não consubstancia cerceamento de defesa e respalda-se no §

Exemplo emblemático dessa situação é a hipótese da revelia. Diz o Código de Processo Civil, no art. 344, que “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”. O Código de Processo Penal, a seu turno, dispõe, no parágrafo único do art. 186, que “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. Por outro lado, a Lei nº 9.784/99 afirma, no art. 27, que “O desatendimento da intimação não importa o reconhecimento da verdade dos fatos, nem a renúncia a direito pelo administrado”.

Vê-se, na espécie, que a disciplina do Código de Processo Penal é similar à da Lei nº 9.784/99, em decorrência da característica presente tanto no processo administrativo quanto no processo penal relativa à incidência, em ambos, do princípio da verdade material ou real, segundo o qual há um compromisso maior em se descobrir o que realmente aconteceu, ainda que a parte não se defenda da melhor forma, contrariamente ao processo civil, que se informa pelo princípio da verdade formal, em que são admitidas presunções sobre fatos desfavoráveis ao réu, do que é exemplo a pena de confissão no caso de revelia.

No processo penal, assim como no administrativo, o princípio da verdade material assume profunda relevância porque o Poder Público participa desses processos não apenas como julgador, mas também como acusador, seja no processo penal, em decorrência da atuação do Ministério Público, como titular da ação penal pública, seja na esfera do controle das finanças públicas, em virtude das competências dos Tribunais de Contas traçadas pela Constituição Federal.

Por essas razões, nos processos penal e administrativo, embora o Poder Público seja o acusador, não tem qualquer interesse em condenar quem não mereça ser condenado. Ao contrário, tanto no processo penal quanto no administrativo a preocupação é com a busca da verdade material, motivo pelo qual nesses processos o Estado não se contenta com a verdade formal apenas. Há nisso mais uma demonstração da proximidade do processo penal com o processo administrativo sancionador.

Essa circunstância, todavia, não significa impor ao Tribunal de Contas a obrigação de, diante da revelia do agente público, ter de produzir prova em seu lugar, incondicionalmente. Não é disso que se trata. É certo que, verificada a revelia, não ficará o Tribunal de Contas, em

2º do art. 38 da Lei n. 9.784/1999 e no art. 130 do Código de Processo Civil, aplicáveis, subsidiariamente, aos processos em curso no Tribunal de Contas da União.”.

nenhuma hipótese, dispensado do dever de analisar e de se pronunciar, fundamentadamente, acerca das provas já produzidas nos autos.

No entanto, saber se deverá ou não produzir de ofício outras provas, dependerá da natureza da matéria analisada no processo de controle externo. Há casos, que são talvez a maioria no âmbito das finanças públicas, nos quais o ônus da prova recai integralmente sobre o agente público, especialmente quando é ordenador de despesas. Sobre o assunto já afirmou o STF que: “Em direito financeiro, cabe ao ordenador de despesas provar que não é responsável pelas infrações, que lhe são imputadas, das leis e regulamentos na aplicação do dinheiro público”.³²³

Nessas hipóteses, havendo a revelia, não se exigirá do Tribunal de Contas que produza as provas que deveriam ter sido produzidas pelo agente público. É o exemplo dos recursos repassados mediante convênio por um membro da Federação brasileira a outro membro, como, por exemplo, ocorre com os convênios celebrados pela União com os municípios, em relação aos quais o gestor se omite no dever de prestar contas. Nesses casos, é instaurada uma tomada de contas especial em decorrência da aludida omissão e o gestor do órgão conveniente será citado pelo Tribunal de Contas para apresentar defesa quanto à omissão e também quanto à não comprovação da boa aplicação dos recursos.

Caso deixe de apresentar a defesa, caracterizando, assim, a revelia, não poderá o Tribunal de Contas lhe aplicar a pena de confissão e, somente por isso, impor-lhe o julgamento pela irregularidade das contas, condenação em débito e multa, pois, como se disse, o princípio da verdade material impede que se adote no processo administrativo a pena da confissão no caso de revelia.

Contudo, considerando que nesses casos de recursos repassados mediante convênio é inequívoco o entendimento de que o ônus da prova é integralmente do gestor, o Tribunal de Contas poderá julgar as contas do gestor irregulares, com condenação em débito e aplicação

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 20.335**. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. CONTAS JULGADAS IRREGULARES. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/67. A MULTA PREVISTA NO ARTIGO 53 DO DECRETO-LEI 199/67 NÃO TEM NATUREZA DE SANÇÃO DISCIPLINAR. IMPROCEDENCIA DAS ALEGAÇÕES RELATIVAS A CERCEAMENTO DE DEFESA. EM DIREITO FINANCEIRO, CABE AO ORDENADOR DE DESPESAS PROVAR QUE NÃO É RESPONSÁVEL PELAS INFRAÇÕES, QUE LHE SÃO IMPUTADAS, DAS LEIS E REGULAMENTOS NA APLICAÇÃO DO DINHEIRO PÚBLICO. COINCIDENCIA, AO CONTRÁRIO DO QUE FOI ALEGADO, ENTRE A ACUSAÇÃO E A CONDENAÇÃO, NO TOCANTE A IRREGULARIDADE DA LICITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. Relator: Min. Moreira Alves, 13 de outubro de 1982. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85096>. Acesso em: 20 fev. 2022.

de multa, mas o fundamento não será a revelia. Nessa situação, o fundamento será a ausência nos autos do processo de tomada de contas especial das provas necessárias da boa aplicação dos recursos.

Vê-se, assim, que, nessas circunstâncias não estará o Tribunal de Contas obrigado a produzir provas adicionais, muito menos a produzir aquelas provas que deveriam ter sido produzidas pelo gestor, relativamente ao cumprimento do objeto do convênio. Basta que haja nos autos da tomada de contas especial a prova do repasse dos recursos pelo órgão concedente e a prova do seu recebimento pelo conveniente e que não haja a prestação de contas nem qualquer elemento de prova favorável ao gestor, ainda que não produzida por ele.

Havendo essas provas e ausentes nos autos a demonstração da boa aplicação dos recursos, o Tribunal de Contas poderá, desde logo, diante da revelia do gestor, efetuar o julgamento das contas, sem a necessidade de produzir novas provas. Conforme afirmado anteriormente, o fundamento da condenação não será a revelia, mas sim a aplicação da presunção relativa de culpa do gestor, tendo em vista que não desfez a presunção que lhe era desfavorável e, desse modo, autorizou a conclusão de que os recursos não foram bem aplicados.

Diversa, porém, é a situação na qual o ônus da prova não é do agente público ou na qual ao menos não é somente do agente público. Nesses casos, a revelia do agente público imporá ao Tribunal de Contas o dever de produzir provas que esclareçam os fatos, como, por exemplo, ocorre com os processos de controle externo nos quais se discutem se há superfaturamento.

Ainda que o agente público deixe de justificar o preço contratado e, quando citado pelo Tribunal de Contas, deixe de apresentar defesa, sendo revel, a Corte somente poderá lhe impor uma condenação se antes produzir nos autos as provas que demonstrem qual seria o preço de mercado da contratação analisada e, feito isso, evidencie que o preço contratado era injustificadamente superior ao preço de mercado. Ou seja, a mera revelia não autoriza o Tribunal a concluir pela culpa do agente público nessas hipóteses.

Sobre o assunto o §3º do art. 12 da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/92) estabelece que o “responsável que não atender à citação ou à audiência será considerado revel pelo Tribunal, para todos os efeitos, dando-se prosseguimento ao processo”. Malgrado a redação desse dispositivo possa conduzir à conclusão equivocada de que a Corte Federal de Contas

aplica a pena de confissão no caso de revelia, o fato é que, em respeito ao princípio da verdade material, o TCU tem entendimento consolidado pela não aplicação da pena de confissão no caso da revelia, consoante se vê do seguinte trecho do voto do relator do Acórdão nº 2.449/2013 - Plenário:

[...] nos processos perante o TCU, a revelia não leva à presunção de que são verdadeiras as imputações atribuídas aos arrolados nos autos, diferentemente do que ocorre no processo civil, quando a revelia do réu opera a presunção da verdade dos fatos narrados pelo autor. Em outras palavras, os efeitos da revelia de que trata o art. 12, § 3º, da Lei 8.443/1992 não afastam a necessidade de que as responsabilizações efetuadas por esta Corte ocorram de acordo com os elementos constantes dos autos.³²⁴

Interessante observar que a recente alteração da Lei nº 8.429/1992 (Lei da Improbidade Administrativa) pela Lei nº 14.230/2021 caminhou no mesmo sentido ao dispor no art. 17, § 19 e inciso I, que não se aplicam na ação de improbidade administrativa a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de revelia. A situação é, de certo modo, assemelhada à dos Tribunais de Contas, pois em ambos os casos se trata de processos sancionadores não penais, sendo estes de natureza administrativa e aquele de natureza civil.

Portanto, em relação ao processo de controle externo sancionador, havendo lacunas legislativas, deve-se buscar a sua colmatação primeiro pela aplicação subsidiária da Lei nº 9.784/1999 e, posteriormente, do Código de Processo Civil naquilo que não contrariar os princípios do processo de controle externo. Mas é de se reconhecer que não caberá a aplicação subsidiário do CPC quando tiver disciplinado a matéria de forma inconciliável com os princípios regentes do processo de controle externo, mas sim da Lei nº 9.784/1999 ou do Código de Processo Penal, para fins de aplicação analógica.

Desse modo, a título de conclusão, entendemos que o direito do controle externo sancionador, no que concerne aos seus pressupostos de imputação de responsabilidade, tanto

³²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2.449/2013**. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONCESSÃO FRAUDULENTA DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CITAÇÃO DE EX-SERVIDORES DO INSS E DE SEGURADA. CONTAS IRREGULARES DE EX-SERVIDORES. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE CARGO COMISSIONADO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS NOS AUTOS QUE COMPROVEM O CONLUÍO ENTRE OS EX-SERVIDORES E A BENEFICIÁRIA OU QUE ESTA TENHA RECEBIDO VALORES REFERENTES AO BENEFÍCIO IMPUGNADO. REGULARIDADE COM RESSALVA DAS CONTAS DA SEGURADA. Relator: Min. Benjamin Zymler, 11 de setembro de 2013. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2449%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 23 fev. 2022.

de direito material quanto processual, se submete ao seguinte regramento jurídico normativo:³²⁵

1. Por incidência direta, tanto em relação ao direito material quanto ao processual:
 - 1.1. Primeiro: princípios constitucionais do direito público sancionador;
 - 1.2. Segundo: princípios constitucionais do direito do controle externo sancionador;
 - 1.3. Terceiro: princípios e regras infraconstitucionais do direito do controle externo sancionador;
2. Por aplicação subsidiária, para fins de colmatação de lacunas e desde não contrariem os princípios e valores do direito do controle externo sancionador, relativamente ao direito material:
 - 2.1. princípios e regras infraconstitucionais do direito administrativo sancionador;
 - 2.2. princípios e regras infraconstitucionais do direito penal, aplicados com matizes;
 - 2.3. princípios e regras infraconstitucionais do direito civil.
3. Por aplicação subsidiária, para fins de colmatação de lacunas e desde não contrariem os princípios e valores do direito do controle externo sancionador, relativamente ao direito processual:
 - 3.1. princípios e regras infraconstitucionais do processo administrativo sancionador;
 - 3.2. princípios e regras infraconstitucionais do Código de Processo Civil;
 - 3.3. princípios e regras infraconstitucionais do Código de Processo penal.

2.2. Regramento jurídico do direito do controle externo sancionador

Como se demonstrou no tópico anterior, portanto, o direito do controle externo sancionador é regido por normas cuja incidência é direta e outras cuja aplicação é subsidiária, por analogia, para fins de colmatação de lacunas e desde não contrariem os princípios e

³²⁵ Importante registrar que a proposta ora apresentada diz respeito às fontes do direito positivo, o que não exclui, mas, antes, pressupõe, como antecedente lógico e fundante do direito positivo, os valores intrínsecos à sociedade decorrentes da condição humana, no que concerne ao direito material, nem aqueles fornecidos pela teoria geral do processo, relativamente ao direito processual.

valores do direito do controle externo sancionador, tanto em relação ao direito material quanto ao processual.

2.2.1. Por incidência direta, tanto em relação ao direito material quanto ao processual

Desse modo, como se viu, o regramento jurídico normativo com incidência direta no direito do controle externo sancionador desdobra-se em princípios constitucionais do direito público sancionador, princípios constitucionais do direito do controle externo sancionador e princípios e regras infraconstitucionais do direito do controle externo sancionador.

2.2.1.1. Princípios constitucionais do direito público sancionador

Os princípios constitucionais do direito público sancionador fazem parte do catálogo de direitos e garantias fundamentais, motivo pelo qual a eles se aplica o comando do § 1º do art. 5º da Constituição Federal, no sentido de que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Significa dizer que aludidos princípios independem de regulamentação infraconstitucional para serem aplicados, pois são autoaplicáveis, diferentemente de outras normas constitucionais cuja eficácia jurídica depende de regulamentação para alcançar plenitude.³²⁶

Sobre a aplicabilidade imediata das normas constitucionais que preveem direitos e garantias fundamentais o STF já se manifestou em precedente específico relativo ao TCU, firmado em mandado de segurança impetrado em face de decisão da Corte de Contas que havia determinado ao órgão público contratante que declarasse a nulidade da licitação e do contrato dela originário. O TCU, no entanto, expediu referida determinação sem contraditório prévio com a empresa então contratada, por entender que suas normas legais e regimentais não lhe exigiam abertura de contraditório em relação ao particular contratado pelo Poder Público. O STF deferiu o mandado de segurança sob o fundamento de que “A incidência

³²⁶ Sobre a classificação das normas constitucionais segundo a sua eficácia jurídica: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 262.

imediata das garantias constitucionais referidas [contraditório e ampla defesa] dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados”.³²⁷

Princípio da legalidade

O princípio da legalidade decorre do próprio Estado Democrático de Direito e está positivado na Constituição Federal, em relação ao particular de um modo geral no inciso II do seu art. 5º, no sentido de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, mas consta também do *caput* do art. 37, no rol dos princípios aos quais a Administração Pública deve obediência.

Foi com base nesses comandos constitucionais que Hely Lopes Meirelles afirmou que não há vontade nem liberdade pessoal na Administração Pública, porquanto se no direito privado tudo o que não é proibido é permitido, na Administração Pública vigora o dever de se fazer o que, e somente o que, determina a lei. “A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’”.³²⁸

O princípio da legalidade tem origem longínqua, pois já constava da Magna Carta do século XIII, assim como da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) das colônias inglesas da América do Norte e também da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada durante a Revolução Francesa, e a partir da qual foi difundida para os demais países.³²⁹

O princípio da legalidade disciplina, portanto, a atuação do Poder Público, pois lhe fixa os limites, prescreve as obrigações e estabelece as possibilidades, o que, na prática, significa ser em virtude do princípio da legalidade que se definem as competências dos órgãos e dos agentes públicos, seus deveres, seu tempo e modo de agir, com o estabelecimento dos procedimentos a serem seguidos e dos direitos alheios a serem respeitados.

No campo do direito sancionador, o princípio da legalidade consta também do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 23.550**. Ementa: [...] A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; [...]. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, 4 de abril de 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85979>. Acesso em: 25 out. 2021.

³²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 78.

³²⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 21-22.

o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. O art. 1º do Código Penal dispõe sobre o assunto de modo quase idêntico, ao estabelecer que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

Não obstante o comando normativo constante do inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal tenha usado linguagem própria do direito penal, sua aplicação deve ser estendida também ao direito administrativo sancionador de modo geral e ao que denominamos neste trabalho de direito do controle externo sancionador, relativo à imputação de responsabilidade pelos Tribunais de Contas, por se tratar de um dos princípios do direito público sancionador unitário.

Para Francisco de Assis Toledo, o princípio da legalidade se desdobra em outros quatro princípios, quais sejam:³³⁰

- Primeiro: não há crime nem pena sem lei prévia, pois a lei tem de ser anterior ao fato criminoso;
- Segundo, não há crime nem pena sem lei escrita, o que exclui a possibilidade de um fato ser considerado crime com base apenas nos costumes;
- Terceiro, não há crime nem pena sem lei estrita, razão pela qual não se admite a imputação criminal pelo uso da analogia *in malam partem*, ou seja, para fins de imposição de pena ou de seu agravamento, embora seja admitida a aplicação da analogia *in bonam partem*, a fim de fundamentar a não aplicação de uma pena ou a sua diminuição;
- Quarto, não há crime nem pena sem lei certa, de modo que o tipo penal deve ser claro, de fácil compreensão, sem deixar margens para dúvidas nem usar “normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”.

Sandro Lúcio Dezan, após sustentar a incidência de todos esses princípios ao direito público sancionador, acrescenta a essa classificação um quinto, no sentido de que não há ilícito sem lei necessária que o defina, segundo o qual as prescrições mandamentais ou proibitivas “devem ser as estritamente necessárias ao adequado convívio social, ou à regulação de específico setor da vida em sociedade”.³³¹

³³⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Ibidem*, p. 22-29.

³³¹ DEZAN, Sandro. **Princípios de direito administrativo sancionador**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022, p. 156.

Questão interessante é a de se saber se, em virtude do princípio da legalidade, é juridicamente viável ao Tribunal de Contas aplicar sanção não prevista em lei, mas estabelecida no seu regimento interno. A resposta passa por uma distinção feita pela doutrina entre o princípio da legalidade e o da reserva de lei. O primeiro impõe atuação pública de acordo com a lei. O segundo exige lei em sentido formal para a disciplina de determinados assuntos. O primeiro é, portanto, uma questão de hierarquia das normas. O segundo, de competência para a sua edição.³³²

Considerada, portanto, essa distinção, entendemos que a resposta é negativa, os Tribunais de Contas não podem aplicar sanção com base apenas nos seus regimentos internos, pois o princípio da reserva de lei requer lei em sentido formal, ou seja, aquela editada pelo Poder legislativo competente, segundo o devido processo legislativo, para disciplinar sobre fatos ilícitos e suas consequências jurídicas que são, entre outras, as sanções.

Nesse sentido também disciplina a norma constitucional específica sobre Tribunais de Contas, ao estabelecer no inciso VIII do art. 71 que compete ao TCU “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” (grifos não são do original).

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de enfrentar essa questão ao menos em duas oportunidades e, em ambas, entendeu que o Tribunal de Contas não está autorizado a aplicar multa apenas com base no seu regimento interno, sem que haja previsão em lei em sentido formal. Nas das hipóteses se tratavam de decisões de Tribunais de Contas

³³² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. Op. cit., p. 425.

estaduais que, com base apenas nos seus regimentos internos, aplicaram multas por atraso ou não entrega de documentação.³³³

Questão outra, de certo modo relacionada com a anterior, é a de se saber se a dosimetria da pena pode ser regulada apenas pelo regimento interno. A questão é de alta utilidade prática porque as leis orgânicas dos Tribunais de Contas, em regra, dispõem sobre as multas em duas circunstâncias: quando há dano ao erário, hipótese na qual a multa pode ser de até 100% do valor do dano; quando não há dano ao erário, mas foi cometido algum ato ilícito, o que enseja a aplicação de multa até um determinado valor máximo previsto na respectiva lei orgânica e atualizado monetariamente, a cada ano, por meio de ato interno do Tribunal de Contas, de acordo com os índices oficiais de inflação.

É comum, portanto, disposições tais como a do § 3º do art. 58 da Lei Orgânica do TCU (Lei 8.443/1992), segundo o qual “O Regimento Interno disporá sobre a gradação da multa prevista no *caput* deste artigo, em função da gravidade da infração”. Todavia, vários regimentos internos estabelecem gradações de muita amplitude. É o caso do TCU, cujo regimento interno prevê gradações que variam entre 5% e 100% ou 5% e 80% do valor máximo da multa fixada na sua Lei Orgânica.³³⁴

³³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.578**. Ementa: ADMINISTRATIVO. MULTA CRIADA POR RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. ILEGALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DAS PENAS (ART. 5º, XXXIX, DA CF).

1. A Resolução nº 12/2001 do Tribunal de Contas do Estado da Paraíba, ao regulamentar o art. 56 da Lei Orgânica daquele órgão, extrapolou os limites aí estabelecidos, criando nova hipótese de incidência de multa, o que ofende, além da própria Lei Orgânica, o princípio constitucional da legalidade.

2. A ilegalidade manifesta-se na criação de nova hipótese típica, não prevista na lei, bem como pelo caráter automático da multa, que não permite a sua gradação, o que afronta o comando contido no § 2º do art. 56 da referida Lei Orgânica. 3. Voto pelo provimento do recurso. Relator: Min. Francisco Falcão. Relator para o Acórdão: Min. Teori Albino Zavascki, 16 de setembro de 2003. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200201537472&dt_publicacao=09/12/2003. Acesso em: 10 mar. 2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Primeira Turma). **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.620**. Ementa: ADMINISTRATIVO. MULTA APLICADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS BASEADA EM AUTORIZAÇÃO REGIMENTAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 1. A multa aplicada como forma de sanção administrativa é considerada tributo, estando sujeita ao princípio da legalidade. 2. In casu, o Tribunal de Contas não pode, baseando-se em autorização regimental, aplicar multa a quem não entrega, ou o faz fora do prazo, documentos sujeitos à fiscalização.

3. Recurso provido.. Relator: Min. Francisco Falcão. Relator para o Acórdão: Min. José Delgado, 8 de junho de 2004. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200201564165&dt_publicacao=16/08/2004. Acesso em: 10 mar. 2022.

³³⁴ Regimento Interno do TCU: Art. 268. O Tribunal poderá aplicar multa, nos termos do caput do art. 58 da Lei nº 8.443, de 1992, atualizada na forma prescrita no § 1º deste artigo, aos responsáveis por contas e atos adiante indicados, observada a seguinte gradação: I – contas julgadas irregulares, não havendo débito, mas comprovada qualquer das ocorrências previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 209, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante definido no caput deste artigo; II – ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante a que se refere o caput; III – ato de gestão ilegítimo ou

Diante dessa realidade, duas questões se apresentam: primeira, saber se a gradação da multa prevista apenas no regimento interno, mas não da lei, ofende o princípio da reserva de lei; segunda, caso seja negativa a resposta à primeira pergunta, saber se o amplo intervalo fixado em alguns regimentos internos, como o do TCU, para a gradação da multa ofende o princípio da legalidade e da dosimetria da pena.

No que concerne à primeira questão, entendemos que a gradação da multa prevista apenas no regimento interno, mas não da lei, não ofende o princípio da reserva de lei, por três motivos:

- Primeiro, a sanção está prevista em lei, o que, portanto, atende ao princípio da reserva de lei;

- Segundo, a gradação máxima da sanção também foi prevista na lei, o que, além de atender ao princípio da reserva de lei, evita o arbítrio e limita eventual ofensa à proporcionalidade que a sanção deve guardar em relação ao grau de culpabilidade;

- Terceiro, em relação à dosimetria da sanção administrativa o julgador goza de maior liberdade do que o juiz criminal, embora não esteja desonerado de observar a proporcionalidade da sanção em relação ao grau de culpabilidade. Como bem afirma Regis de Oliveira Fernandes, “A dosagem da penalidade a ser imposta atenderá à finalidade objetivada pela lei. Será discricionária dentro dos limites legais, mas vinculada à finalidade a ser alcançada. Em direito, os fins não justificam todos os meios”.³³⁵

No tocante à segunda questão, entendemos que o amplo intervalo fixado em alguns regimentos internos, como o do TCU, para a gradação da multa não ofende o princípio da legalidade e nem da dosimetria da pena, exatamente pela terceira razão acima elencada, de que a fixação, no caso concreto, da sanção administrativa é discricionária, muito embora tenha de observar a sua proporcionalidade em relação ao grau de culpabilidade.

antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário, no valor compreendido entre cinco e cem por cento do montante referido no caput; IV – descumprimento, no prazo fixado, sem causa justificada, à diligência determinada pelo relator, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o caput; V – obstrução ao livre exercício das auditorias e inspeções determinadas, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o caput; VI – sonegação de processo, documento ou informação, em auditoria ou inspeção, no valor compreendido entre cinco e oitenta por cento do montante a que se refere o caput; VII – descumprimento de decisão do Tribunal, salvo motivo justificado, no valor compreendido entre cinco e cinquenta por cento do montante a que se refere o caput; VIII – reincidência no descumprimento de decisão do Tribunal, no valor compreendido entre cinquenta e cem por cento do montante a que se refere o caput.

³³⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. Op. cit., p. 96.

Desse modo, se por hipótese a lei não remetesse a gradação ao regimento interno, mas também não estabelecesse essa gradação, limitando-se apenas a fixar o valor máximo, não haveria qualquer inconstitucionalidade nisso, pois a gradação ficaria a cargo do julgador que teria o ônus da fundamentação em relação ao caso concreto. Portanto, a gradação feita pelo regimento interno é, na realidade, um instrumento adicional para balizar a atuação do julgador, o que contribui para a melhor aplicação da norma legal, com certa redução da discricionariedade na fixação da dosimetria da sanção.

Há ainda uma última questão relevante sobre a incidência do princípio da legalidade ao sistema de imputação de responsabilidade dos Tribunais de Contas, que diz respeito a saber se os Tribunais de Contas podem aplicar multa por litigância de má-fé, por aplicação analógica do art. 81 do Código de Processo Civil, tendo em vista que na imensa maioria das leis orgânicas dos Tribunais de Contas não há previsão, pois o tema envolve o cabimento ou não da aplicação analógica de normas sancionadoras.

Em relação ao processo do trabalho, até a aprovação da Lei nº 13.467/2017 que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho e inseriu a previsão da multa por litigância de má-fé, o Tribunal Superior do Trabalho, diante da então lacuna legislativa, tinha jurisprudência no sentido de admitir a aplicação da referida multa com base na aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo trabalhista.³³⁶

No processo eleitoral, no qual ainda hoje não há previsão expressa na legislação eleitoral para a aplicação de multa por litigância de má-fé, há, de igual modo, entendimento consolidado no âmbito do Tribunal Superior Eleitoral pelo cabimento da aludida sanção a partir da aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil.³³⁷

³³⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (Quarta Turma). **RR-385823-35.1997.5.12.5555**. Ementa: LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PROCESSO DO TRABALHO. APLICABILIDADE. O princípio da lealdade processual, com a conseqüente sanção pela conduta temerária ou protelatória da parte, tem plena aplicação no processo do trabalho, que não é infenso às normas subsidiárias do CPC, que regulam a litigância de má-fé, a que se sujeitam indistintamente as partes, nos termos dos arts. 14 a 18 do referido diploma legal. Revista conhecida e não provida. Relator: Min. Antonio Jose de Barros Levenhagen, 13 de dezembro de 2000. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/6a9cc693982e5d72bb3464285b8320e6>. Acesso em: 15 mar. 2022.

³³⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Eleitoral nº 22718**. Ementa: ELEIÇÕES 2016. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. PRESTAÇÃO DE CONTAS. CONTAS JULGADAS NÃO PRESTADAS. RECURSO INTERPOSTO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DESPROVIMENTO. [...] 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, *"a interposição de recursos após o trânsito em julgado constitui erro grosseiro. [...] Caracterizada a intenção da parte de protelar a execução da decisão, configurando-se o abuso do direito de recorrer ou demandar. [...] Imposição de multa, nos termos dos arts. 80, VII, e 81 do CPC/2015 a fim de preservar o postulado da duração razoável do processo"*. (AI 10883, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 23/06/2020). [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 24 de junho de 2021. Disponível em: . Acesso em: 15 mar. 2022. (grifos do original)

No entanto, em relação ao processo penal, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido, de modo pacífico, que, diante da ausência de previsão no Código de Processo Penal, não cabe a imposição de multa por litigância de má-fé com base na aplicação analógica do Código de Processo Civil, por dois motivos: primeiro, tal proceder configuraria o uso da analogia *in malam partem*; segundo, implicaria prejuízo para o réu, pois inibiria a atuação do defensor.³³⁸

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, tem vários precedentes nos quais admitiu a imposição de multa por litigância de má-fé no processo penal, com fundamento no Código de Processo Civil, por entender que “a utilização indevida das espécies recursais no processo penal desvirtua o postulado da ampla defesa e configura abuso do direito de recorrer”, além de comprometer o bom funcionamento do Poder Judiciário, já sobrecarregado de trabalho. Nas palavras do ministro Ricardo Lewandowski:

Ora, não se pode admitir que os Tribunais da Federação sofram a descaracterização de suas missões institucionais ao constatar que a qualidade de seus trabalhos vem sendo comprometida por demandas de escassa ou nenhuma repercussão geral, diante do atual e conhecido quadro de sobrecarga de processos a que estão submetidos, fazendo com que o tempo consumido com esses casos deixe de ser utilizado no deslinde de matérias complexas e de real significado para a sociedade.

Com efeito, cabe ao Poder Judiciário, apoiado nos mecanismos previstos nas leis processuais, o papel de coibir tais abusos, de modo a evitar a banalização do acesso à justiça e buscando, dessa forma, a efetividade da prestação jurisdicional, pressuposto elementar de uma sociedade que almeja a justiça e a solidariedade”. Com efeito, cabe ao Poder Judiciário, apoiado nos mecanismos previstos nas leis processuais, o papel de coibir tais abusos, de modo a evitar a banalização do acesso à justiça e buscando, dessa forma, a efetividade da prestação jurisdicional, pressuposto elementar de uma sociedade que almeja a justiça e a solidariedade.³³⁹

³³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **Agravo Regimental nos Embargos de Declaração nos Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº 316129**. Ementa: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. SUPOSTA DIVERGÊNCIA ENTRE TURMAS JULGADORAS A RESPEITO DA POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DE OFÍCIO. INDICAÇÃO DE HABEAS CORPUS COMO ACÓRDÃO PARADIGMA: IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COTEJO. RAZÕES DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E DE AGRAVO REGIMENTAL QUE SE LIMITAM A REPISAR A TESE DA PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA: SÚMULA 182/STJ. INEXISTÊNCIA DE INTUITO PROTETÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NA SEARA PENAL. [...] 7. A jurisprudência desta Corte não admite a imposição de multa por litigância de má-fé na seara penal, por considerar que sua aplicação constitui analogia *in malam partem*, sem contar que a imposição de tal multa não prevista expressamente no Processo Penal, implicaria em prejuízo para o réu na medida em que inibiria a atuação do defensor. Precedentes. [...]. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 25 de maio de 2016. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201301081235&dt_publicacao=01/06/2016. Acesso em: 15 mar. 2022.

³³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 192.814**. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ARGUMENTOS DEFENSIVOS NÃO

No Tribunal de Contas da União, a jurisprudência era, inicialmente, pela impossibilidade de imposição de multa por litigância de má-fé com base na aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil. No entanto, na última década tem prevalecido entendimento no sentido de admitir a sua aplicação.³⁴⁰

Há, porém, uma questão prática que precisou ser enfrentada pelo TCU, decorrente do critério de fixação do valor da multa, estabelecido pelo art. 81 do CPC, segundo o qual “[...] o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa [...]”, porquanto nos processos de controle externo não há valor da causa.

Para superar essa dificuldade operacional, o TCU adotou o entendimento de que o valor da multa por litigância de má-fé deve ser calculado sobre o “volume de recursos fiscalizados – VRF” que, na Corte de Contas, *mutatis mutandis*, de certo modo equivaleria ao valor da causa do processo judicial, exceto nos processos de tomadas de contas especiais nos quais o valor da multa deve ser calculado sobre o valor do dano apurado no caso concreto.³⁴¹

EXAMINADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ EM PROCESSOS DE NATUREZA PENAL. POSSIBILIDADE. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. INVIABILIDADE DO HABEAS CORPUS PARA DISCUTIR REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE RECURSAL DE OUTRO TRIBUNAL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 16 de novembro de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754509135>. Acesso em: 15 mar. 2022.

³⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 261/2012**. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC. MULTA PREVISTA NO ART. 18 DO CPC. 1. O princípio da lealdade processual, com a consequente sanção à litigância de má-fé, expressamente prevista no Código de Processo Civil, tem plena aplicação no processo de controle externo, por força dos artigos 14, 17 e 18, do CPC de aplicação subsidiária à Lei 8.443/1992. 2. Para condenação por litigância de má-fé, necessário oferecer oportunidade de defesa à parte. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 8 de fevereiro de 2012. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:261%20ANOACORDAO:2012%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em: 15 mar. 2022. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão 2.373/2022**. Ementa: SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. CPI DA PANDEMIA. SOLICITAÇÃO DE AUDITORIA EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM QUE A FIGURE A EMPRESA FIB BANK COMO GARANTIDORA. PRESTAÇÃO DE GARANTIA SOB A FORMA DE CARTA DE FIANÇA FIDEJUSSÓRIA. AFRONTA AO ART. 56 DA LEI 8.666/1993. IDENTIFICAÇÃO DE QUATRO CONTRATOS NESTA SITUAÇÃO, TODOS NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. IDENTIFICAÇÃO DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE NAS LICITAÇÕES E NA FORMALIZAÇÃO, EXECUÇÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS. AUTUAÇÃO DE PROCESSO ESPECÍFICO DE REPRESENTAÇÃO PARA O APROFUNDAMENTO DAS APURAÇÕES. ESCLARECIMENTOS À AUTORIDADE SOLICITANTE. ATENDIMENTO PARCIAL DA PRESENTE SCN. CARACTERIZAÇÃO DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ POR PARTE DE EMPRESA. APLICAÇÃO DE MULTA. NOTIFICAÇÃO DA DECISÃO. Relator: Min. Vital do Rêgo, 26 de outubro de 2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:2373%20ANOACORDAO:2022%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em: 15 mar. 2022.

³⁴¹ Esse entendimento foi explicitado no voto do relator do Acórdão 261/2012 – Plenário, citado anteriormente.

Em decisões mais recentes, no entanto, o que se percebe é a fixação do valor da multa por litigância de má-fé sem a demonstração do cálculo relativo ao percentual aludido no art. 81 do CPC, mas apenas se fazendo menção aos artigos do CPC sobre o assunto combinados com o art. 58 da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/1992), cujo *caput* limita a multa a ser aplicada nas várias hipóteses de seus incisos a um determinado valor que é atualizado anualmente por portaria do Presidente do Tribunal, segundo os índices oficiais de inflação, o que, para o ano de 2022, corresponde a R\$ 74.680,53.³⁴²³⁴³

Entendemos, na linha da jurisprudência do TCU, ser viável juridicamente à Corte de Contas a imposição de multa por litigância de má-fé, com base na aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil.

É preciso fazer uma importante distinção entre a multa por litigância de má-fé e a sanção imposta em virtude da prática de um ato ilícito em situações ordinárias da vida em sociedade, pois aquela busca assegurar o regular funcionamento do órgão julgador ameaçado pelo abuso do direito de defesa de uma das partes processuais.

³⁴² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria nº 4 da Presidência do TCU**, de 18 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/multa/TIPO%253A%2528Portaria%2529/score%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 28 dez 2022.

³⁴³ Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 59/2022**. Ementa: REPRESENTAÇÃO DE LICITANTE. ELETRONORTE. PREGÃO PARA REGISTRO DE PREÇOS 15991/2019. REQUERIMENTO DE MEDIDA CAUTELAR. INDEFERIMENTO. OITIVAS. DOCUMENTO DE HABILITAÇÃO FALSO. PARTICIPAÇÃO, NA CONDIÇÃO DE EPP, DE EMPRESA INTEGRANTE DE GRUPO ECONÔMICO. INIDONEIDADE. FALSEAMENTO DOS FATOS EM RESPOSTA À OITIVA, NA TENTATIVA DE INDUZIR O TCU A ERRO. DESLEALDADE PROCESSUAL. CONFIGURAÇÃO DA HIPÓTESE PREVISTA NO ART. 80, INCISO II, DO CPC. MULTA. EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DESARRAZOADAS. ACEITAÇÃO DE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA EMITIDO POR EMPRESA DO MESMO GRUPO. MEDIDAS INÓCUAS PARA VERIFICAR A AUTENTICIDADE DE DOCUMENTO DE HABILITAÇÃO. CIÊNCIAS. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 19 de janeiro de 2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:59%20ANOACORDAO:2022%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em: 20 mar. 2022; BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2.373/2022**. Ementa: SOLICITAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. CPI DA PANDEMIA. SOLICITAÇÃO DE AUDITORIA EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EM QUE A FIGURE A EMPRESA FIB BANK COMO GARANTIDORA. PRESTAÇÃO DE GARANTIA SOB A FORMA DE CARTA DE FIANÇA FIDEJUSSÓRIA. AFRONTA AO ART. 56 DA LEI 8.666/1993. IDENTIFICAÇÃO DE QUATRO CONTRATOS NESTA SITUAÇÃO, TODOS NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. IDENTIFICAÇÃO DE INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE NAS LICITAÇÕES E NA FORMALIZAÇÃO, EXECUÇÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS. AUTUAÇÃO DE PROCESSO ESPECÍFICO DE REPRESENTAÇÃO PARA O APROFUNDAMENTO DAS APURAÇÕES. ESCLARECIMENTOS À AUTORIDADE SOLICITANTE. ATENDIMENTO PARCIAL DA PRESENTE SCN. CARACTERIZAÇÃO DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ POR PARTE DE EMPRESA. APLICAÇÃO DE MULTA. NOTIFICAÇÃO DA DECISÃO. Relator: Min. Vital do Rêgo, 26 de outubro de 2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:2373%20ANOACORDAO:2022%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em: 20 mar. 2022.

Ora, é extrema de dúvida que a boa-fé processual é princípio aplicado aos processos de controle externo e está prevista tanto na Lei nº 9.784/1999, art. 4º, inciso II, quanto no Código de Processo Civil, art. 5º, ambos de aplicação subsidiária aos processos dos Tribunais de Contas. Portanto, significa reconhecer que as partes processuais têm plena ciência de seus deveres no processo e da vedação a condutas que ofendam a boa-fé.

Por essa razão, não há nesse caso a preocupação relativa à criação de tipos ilícitos por analogia, o que ofenderia o princípio da legalidade e o da segurança jurídica, pois haveria a punição de alguém que seria surpreendido pela prática de um ato que sequer sabia ser ilícito, motivo pelo qual não teria a oportunidade de exercer o seu livre arbítrio na escolha entre delinquir ou agir de acordo com o ordenamento jurídico.

Não é, definitivamente, este o caso dos Tribunais de Contas, pois, como se disse, a parte tem absoluta ciência do seu dever de agir com lealdade e boa-fé processual. Desse modo, a aplicação da multa por litigância de má-fé não é motivo de surpresa para o apenado que, deliberadamente, escolheu adotar conduta que sabia abusiva do seu direito de defesa, com consequências nocivas para o Poder Público e a sociedade, pois o órgão julgador terá o seu funcionamento regular comprometido com demanda processual ilícita que, por isso mesmo, requer resposta estatal que a desestime e preserve o seu bom funcionamento.

No tocante ao cálculo do valor da multa, é importante lembrar que, nos termos do art. 81 do CPC, o julgador deve fixar a multa em valor “superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa” e que, como não há valor da causa nos processos de controle externo, o TCU, nos primeiros precedentes sobre o tema, passou a adotar como valor da causa o valor dos recursos fiscalizados.

No entanto, há inúmeros processos no TCU que envolvem elevadíssimos valores fiscalizados, mas nos quais, por vezes, após o devido processo legal, o Tribunal se convence de que não houve danos ao erário, embora tenha havido a prática de algum ato irregular que enseje uma decisão mandamental da Corte de Contas, de natureza corretiva. Nesses casos, o critério adotado pelo CPC seria injusto e desproporcional se aplicada multa por litigância de má-fé, ainda que fosse fixada em pouco mais de 1% do valor dos recursos fiscalizados, pois resultaria em uma multa de valor extremamente elevado.

Talvez essa circunstância explique os precedentes mais recentes do TCU, no sentido de limitar o valor da multa por litigância de má-fé ao teto fixado pelo art. 58 da sua Lei

Orgânica, em vez de, nos termos do art. 81 do CPC, fixar a multa em valor “superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa”.

Não obstante essa preocupação do Tribunal, entendemos que a solução adotada atualmente comporta aprimoramentos, a fim de que se preserve o critério estabelecido pelo art. 81 do CPC relativamente à necessidade de fixação da multa entre 1% e 10% do valor corrigido da causa. Por essa razão, considerando que não há valor da causa nos processos de controle externo, seria mais alinhado com a disposição processual civil fazer incidir o percentual previsto na citada norma sobre o valor do dano ao qual a parte foi condenada ou, não havendo dano ao erário, sobre o limite mínimo para instauração de tomada de contas especial, previsto no inciso I do art. 6º da Instrução Normativa do TCU nº 71, de 28 de novembro de 2012, correspondente a R\$ 100.000,00.³⁴⁴

A regra acima proposta se justifica pelo fato de o valor da causa ter de corresponder ao proveito econômico perseguido pelo autor, nos termos do § 3º do art. 292 do CPC.³⁴⁵ No TCU, R\$ 100.000,00 é o valor considerado para fins de avaliação de custo de oportunidade, ou seja, presume-se que indícios de dano abaixo de cem mil não ensejam a autuação de tomada de contas especial, tendo em vista que o custo operacional juntamente com o de oportunidade para se processar uma apuração nesses casos é superior ao benefício esperado. De certo modo, é possível, portanto, se entender que referido critério avalia o proveito econômico da atuação do TCU para a sociedade e o erário. Eis a razão para a proposta que ora se sustenta.

Princípio da tipicidade

A todos deve ser dado o direito de escolher entre agir de acordo com o direito ou não. Mas, para tanto é preciso que o ordenamento jurídico seja suficientemente esclarecedor acerca

³⁴⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 71, de 28 de novembro de 2012**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A71%2520NUMANOATO%253A2012/score%2520desc/0/%2520. Acesso em: 4 abr. 2021.

³⁴⁵ Código de Processo Civil, art. 292: § 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.

de quais condutas são consideradas permitidas, proibidas ou obrigatórias. É o chamado modal deôntico das normas jurídicas.³⁴⁶

Desse modo, praticar uma conduta proibida ou deixar de praticar uma conduta obrigatória configura ato ilícito para o qual, em regra, há uma consequência jurídica que pode ser, no mínimo, de três naturezas jurídicas distintas:

Primeira: a recomposição do estado jurídico que vigia anteriormente à prática do ato, o denominado *status quo ante*, que se busca alcançar, em regra, por meio de duas providências: primeira, pelo desfazimento do ato ou contrato ilícito e, se possível, pela eliminação de seus efeitos; segunda, pela exigência do cumprimento da obrigação de reparar o dano, quando houver.

Segunda: a correção do ato ou contrato, quando cabível, a partir da adoção de medidas corretivas que preservam a sua essência naquilo que não contraria o ordenamento jurídico, mas o aperfeiçoam quanto aos seus aspectos formais e materiais, escoimando-o dos vícios que o maculavam.

Terceira: a repressão, quando necessária, a quem tiver contribuído para a prática do ilícito ou dele se beneficiado e a prevenção quanto à repetição do ilícito, o que se dá por meio da aplicação de uma sanção que, em cumprimento ao disposto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, deve estar prevista expressamente na legislação, sob pena de ofensa ao princípio da reserva legal.³⁴⁷

É, portanto, das diversas consequências jurídicas que um ato ilícito pode desencadear que decorre a importância de as normas jurídicas preverem, de modo suficientemente esclarecedor, quais condutas são permitidas, proibidas ou obrigatórias assim como preverem, também de modo claro, quais são as suas consequências jurídicas, inclusive e especialmente no tocante às sanções. No âmbito do direito penal essa prévia descrição da conduta indesejada denomina-se “tipo”, que pode ser doloso ou culposos.³⁴⁸

Somente a partir do atendimento dessas condições será possível às pessoas físicas e jurídicas escolherem livremente quais condutas pretendem praticar, mas cientes de que

³⁴⁶ Sobre o modal deôntico das normas jurídicas: NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 75. Em sentido semelhante, entre outros: BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO. 5. ed. 2012, p. 125-129.

³⁴⁷ CF, art. 5º, inciso XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

³⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 365.

referidas condutas são ou não lícitas e cientes acerca das possíveis sanções que podem vir a sofrer.

O tipo é uma decorrência do princípio da legalidade previsto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal, segundo o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Ou seja, é a partir da descrição contida na lei de condutas consideradas indesejadas, ilícitas, que se proporciona às pessoas o conhecimento dessa circunstância e de suas consequências jurídicas para quem praticar referidas condutas.

Desse modo, evita-se a surpresa, promove-se previsibilidade e respeita-se o direito do cidadão de escolher livremente a conduta que pretende praticar, sabedor de suas consequências jurídicas. Praticada a conduta descrita pelo tipo, abre-se caminho para a imposição da sanção correspondente.

O tipo é, portanto, a descrição legal da conduta proibida. Tipicidade, a seu turno, é a adequação da conduta praticada no mundo dos fatos àquela descrita abstratamente pela norma, ou seja, a tipicidade é o resultado de uma operação de subsunção do fato à norma que revela a sua perfeita adequação. Eis a razão pela qual a tipicidade é também denominada de adequação típica. Consequentemente, diz-se que a conduta é típica quando preencheu todos os elementos do tipo.³⁴⁹

O tipo pode ter elementos descritivos, normativos e subjetivos. Os elementos descritivos são de natureza objetiva, pois, como o próprio nome indica, descrevem objetos, coisas, seres vivos em geral, inclusive humanos, portanto, cuja compreensão é simples, não requer juízos psíquicos nem de valor. Exemplo emblemático do que ora se cuida é o crime de homicídio, previsto no art. 121 do Código Penal, que prevê o seguinte tipo: “matar alguém”.

É baixo o esforço de interpretação para o bom entendimento do significado do tipo previsto no art. 121 do Código Penal, pois o verbo “matar” indica uma ação que necessariamente produz o resultado morte, sem o qual não há o crime de homicídio. E a palavra “alguém”, que pertence à classe gramatical dos pronomes indefinidos, exerce na frase, à luz da sintaxe, a função de objeto direto e, em termos semânticos, refere-se ineludivelmente a um ser humano.

³⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 382-383; GRECO, Rogério. Op. cit., p. 169.

Os elementos normativos do tipo, a seu turno, são aqueles que, para a sua aplicação, requerem um juízo valorativo do julgador para a sua concretização, a exemplo das seguintes expressões constantes de vários artigos do Código Penal: “sem justa causa” (art. 153), “motivo fútil” (art. 122, § 3º, I), “dignidade ou o decoro” (art. 140), “indevidamente” (art. 151), “injustamente” (art. 337-N), “relevante” (art. 337-O), “suficientes e necessários” (art. 337-O, § 1º) e outros.

Os elementos subjetivos do tipo, por fim, dizem respeito aos elementos anímicos que revelam a vontade do autor da conduta, motivo pelo qual se referem ao campo psíquico, pois dizem respeito à representação mental feita pelo agente em relação à realidade que pretendeu concretizar. A doutrina tem indicado o dolo como elemento subjetivo por excelência, mas há quem inclua nessa classificação também a culpa *stricto sensu*, nas modalidades de negligência, imprudência e imperícia.³⁵⁰

Em contraposição aos denominados tipos fechados, que descrevem a conduta indesejada, há ainda os tipos que não a descrevem ou que se valem de elementos normativos classificados pela doutrina penal como tipos abertos, muito comuns na modalidade de crime culposos, motivo pelo qual há forte preocupação com um mínimo de definição legislativa sobre o que a norma considera ilícito, a fim de que, em respeito aos direitos fundamentais, seja possível a todos identificar a conduta proibida ou obrigatória e, com isso, escolher de modo livre e consciente aquela que pretende praticar, sabendo, de antemão, as suas consequências jurídicas.³⁵¹

O conceito de tipo, como descrição de uma conduta ou de um resultado indesejado, embora tenha berço no direito penal, é aplicável ao direito administrativo sancionador, ainda que com matizes, conforme tem sido amplamente reconhecido pela doutrina, tanto a nacional quanto a alienígena, e demonstrado anteriormente neste trabalho.³⁵²

No campo do direito administrativo sancionador não raras vezes o tipo não descreve por completo a conduta indesejada, deixando para o aplicador da norma a tarefa de, diante do caso concreto, completar a norma a partir de interpretação decorrente de juízos valorativos. Exemplos nesse sentido são, de um lado, o inciso VI do art. 155 da Lei nº 14.133/2021 (“VI -

³⁵⁰ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 180-182; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 370-372.

³⁵¹ TAVARES, Juez. **Teoria do crime culposos**. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 311-312.

³⁵² No direito espanhol: RINCÓN, José Suay. Op. cit., p. 190, nota de rodapé. No direito italiano: ZANOBINI, Guido. Op. cit., p. 136. No direito brasileiro: OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. Op. cit., p. 141-148.

não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;”) que descreve uma conduta omissiva, e, de outro lado, o inciso I do mesmo artigo (“I - dar causa à inexecução parcial do contrato;”) que descreve apenas o resultado indesejado, sem descrever, no entanto, a conduta ou as condutas possíveis de darem causa à inexecução parcial do contrato.

Há também os tipos que, independentemente de conterem ou não elementos descritivos da conduta, se valem de elementos normativos, normalmente manifestados por meio de conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado, que, portanto, requerem um juízo de valor por parte do operador do direito. É o caso, por exemplo, do inciso II do art. 155 da Lei nº 14.133/2021, no tocante às expressões “grave dano” e “interesse coletivo” que comportam substancial margem de interpretação sobre o que sejam esses conceitos em cada caso (“II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;”).

Entendemos que também no direito administrativo sancionador deve haver um mínimo de definição no tipo que permita a identificação do que é permitido, proibido ou obrigatório, sob pena de inconstitucionalidade, por ofensa ao princípio da dignidade de pessoa humana e ao da reserva legal quanto à previsão do ilícito (CF, art. 5º, inciso XXXIX).³⁵³

O desafio, porém, não é de fácil superação. As Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas, invariavelmente, preveem três principais tipos de ilícitos: ato de gestão ilegal, ato de gestão ilegítimo e ato de gestão antieconômico. Estes dois últimos, como se vê, envolvem conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado, pois somente é possível formar convicção sobre a ilegitimidade ou antieconomicidade de algo quando se está diante do caso concreto.

Ou seja, embora haja um conceito jurídico do que seja ilegítimo ou antieconômico, na prática esse juízo depende de avaliações sobre fatos e, não raras vezes, requerem conhecimentos fora da seara jurídica, de economia, administração, finanças, contabilidade, engenharia e outros. Em alguns casos, podem ser ainda requeridos juízos consequencialistas, o que, uma vez mais, evidencia o grau de dificuldade para se aplicar esses conceitos.

Para se chegar à conclusão de que ocorreu a adequação típica, isto é, de que a conduta praticada no mundo dos fatos se amolda perfeitamente àquela prevista abstratamente pela

³⁵³ No mesmo sentido, especificamente em relação às infrações relativas às licitações e contratações públicas: JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021**. Op. cit., p. 1599-1600.

norma, o que conduziria, no caso, à conclusão de que houve a prática de um ato ilegítimo ou antieconômico, é preciso, antes, identificar, em relação à situação de fato, o que seria legítimo ou econômico.

Ou seja, no tipo penal de homicídio, por exemplo, o art. 121 do Código Penal ao estabelecer o comando “matar alguém”, pena de 6 a 20 anos, não contemplou uma proibição literal de matar, mas permite ao cidadão extrair desse comando a norma de conduta indesejada, que é “matar alguém” e a norma de conduta desejada, que é “não matar alguém”. Ambas as condutas são de fácil compreensão e de fácil execução, pois qualquer pessoa com discernimento sabe o que deve fazer tanto para matar alguém quanto para não matar alguém.

A questão se torna bem mais complexa, porém, no âmbito da Administração Pública, pois, diante dos comandos legais constantes das Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas que preveem sanções para atos de gestão ilegais, ilegítimos e antieconômicos, é possível ao agente público extrair desses dispositivos a norma de conduta segundo a qual não deve praticar atos ilegais, ilegítimos ou antieconômicos e a norma de conduta consequente de que deve praticar atos legais, legítimos e econômicos.

No entanto, diferentemente do que ocorre quando se lê o art. 121 do Código Penal, relativamente ao crime de homicídio, sobre o qual é fácil saber qual conduta não praticar a fim de evitar matar alguém, não é fácil para o agente público, em muitas oportunidades, saber qual conduta deve praticar para que seja considerada legal, legítima ou econômica. E aqui reside o desafio tanto para o agente público quanto para o órgão de controle.

Ora, a clareza do tipo é essencial para a concretização do princípio da segurança jurídica e para fornecer previsibilidade às pessoas. Consoante observa Claus Roxin, ao fazer coro com Welzel, o tipo tem a função de garantia, na medida em que descreve de forma objetiva a conduta proibida, pois somente assim se dá cumprimento ao princípio de que não há pena sem prévia cominação legal.³⁵⁴

Por outro lado, a clareza do tipo é também importante para autorizar e, ao mesmo tempo, limitar a atuação do julgador. É o que Rogério Greco denominou de função fundamentadora, pois é por intermédio do tipo que o órgão julgador está autorizado a imputar responsabilidade a alguém em virtude da prática de conduta ilícita, mas é também pelo tipo

³⁵⁴ ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Tradução para o castelhano: Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 170.

que o julgador está limitado na sua atuação que somente estará fundamentada no tipo se não ultrapassar os seus limites.³⁵⁵

Contudo, a clareza do tipo no âmbito do direito administrativo é tarefa, verdadeiro desejo, quase sonho de consumo, que se desenvolve por caminhos bem mais longos e tortuosos. A razão está na profunda distinção entre os crimes definidos pelo legislador, não todos, mas a sua maioria, e os ilícitos administrativos-financeiros.

A definição legislativa das condutas consideradas crime, em regra, decorre de uma arbitrariedade do legislador que decide pela sua tipificação em virtude da sua atividade legislativa que busca traduzir os valores mais sensíveis e caros da sociedade, em determinado tempo e espaço, a partir da positivação de normas incriminadoras. Nesse sentido, os tipos penais, no geral, são, por si sós, autônomos, suficientes para transmitir às pessoas a ideia clara das condutas proibidas e das obrigatórias. Como se vê, o direito penal é vocacionado a instrumentalizar, na legislação, a repulsa da sociedade a determinados comportamentos que considera altamente reprováveis.

Não é essa, porém, a realidade do direito administrativo, pois suas normas são elaboradas com a finalidade de ordenar a atividade da Administração Pública, a partir do estabelecimento de princípios e regras sobre o que é permitido, proibido e obrigatório, de modo que os direitos das pessoas físicas e jurídicas sejam não apenas respeitados, mas também efetivados, concretizados, naquilo que dependam de prestações positivas do Poder Público, seja direta ou indiretamente, a partir de sua atuação regulatória.

O que se quer dizer, portanto, é que a identificação do comportamento permitido, proibido ou obrigatório do agente público raramente está no tipo ilícito administrativo, mas sim em uma norma regente do funcionamento da Administração Pública. E são muitas as normas, pois, contrariamente ao que ocorre com outros ramos do direito, tais como o civil, penal e tributário, por exemplo, o direito administrativo não é codificado, ou seja, não existe um código de direito administrativo que concentre todas as suas normas. O que há são normas específicas disciplinadoras de várias das suas atividades, tais como licitações e contratos, regulação, servidores públicos e outras.

Consequentemente, para se saber se o agente público incorreu no tipo previsto nas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas como, por exemplo, ter praticado ato de gestão ilegal,

³⁵⁵ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 191-192.

ilegítimo ou antieconômico é necessário consultar as normas ordenadoras da atividade administrativa, porquanto é nelas que constam as permissões, as proibições e as obrigações dos agentes públicos.

E isso explica um pouco a razão pela qual tipos ilícitos administrativos se valem tanto de conceitos jurídicos indeterminados, tais como as expressões “ilegítimo” e “antieconômico”, pois, na linha da observação que Juan Carlos Cassagne fez sobre o tipo disciplinar, mas cujo raciocínio neste caso particular se aplica aos Tribunais de Contas, é impossível especificar antecipadamente e detalhadamente as atribuições dos agentes públicos.³⁵⁶

Esse procedimento de tipificação do direito administrativo no qual a leitura do tipo ilícito administrativo não é suficiente, pois requer a consulta a outra norma em que conste a proibição ou a obrigação do agente público é denominado pela doutrina de tipificação indireta.³⁵⁷ Como afirma Alejandro Nieto, os tipos sancionadores administrativos não são autônomos, porquanto se referem a outras normas nas quais consta a conduta obrigatória ou proibida. E não há nada de errado nisso, pois, diferentemente do direito penal que lida com um repertório limitado de crimes, no direito administrativo “a lista de infrações é indomável, de modo que, caso se tentasse ser exaustivo, resultaria em bibliotecas inteiras”.³⁵⁸

Na perspectiva do agente público, tipos abertos e tipificação indireta podem, portanto, enfraquecer o princípio da segurança jurídica, mas, por outro lado, as normas ordenadoras da Administração Pública exercem função basilar para a previsibilidade do direito, ao disciplinarem a atividade administrativa, em geral, e dos agentes públicos, em particular. E isso é bom, pois quanto mais elementos descritivos do tipo, de natureza objetiva, houver nas normas ordenadoras tanto menor tende a ser a insegurança jurídica e tanto maior a previsibilidade.

Com efeito, há atualmente várias normas ordenadoras da atividade administrativa de natureza cada vez mais instrumental, ou seja, que detalham cada vez mais as competências de cada agente público, prestigiam a segregação das funções, preveem responsabilidades, exigem comportamentos proativos e preventivos a partir da gestão de riscos e, muitas vezes, ainda são

³⁵⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. Tomo II. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 448.

³⁵⁷ NIETO, Alejandro. Op. cit., 2006, p. 312. No Brasil: MELLO, Rafael Munhoz de. Op. cit., p. 144; VORONOFF, Alice. Op. cit., p. 217-218.

³⁵⁸ NIETO, Alejandro. Op. cit., p. 312.

complementadas por normas infralegais, de natureza regulamentar, que estabelecem rotinas e procedimentos mais detalhados. Exemplos emblemáticos são a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000) e a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021).

Paradoxalmente, a legislação ordenadora da atividade administrativa, se por um lado tem disciplinado algumas atividades a partir de normas com elevado conteúdo instrumental, por outro tem também feito uso intenso de conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado e, mais recentemente, de comandos que exigem do agente público a realização de juízos consequencialistas mais frequentes e específicos, a exemplo do art. 147 da Lei nº 14.133/2021 que exige a avaliação de consequências práticas antes de o agente público tomar a decisão de suspensão do contrato ou de sua declaração de nulidade.³⁵⁹

Como se vê, o cumprimento da norma nesse caso é mais complexo, pois envolve diversos conceitos jurídicos indeterminados e juízos consequencialistas desafiadores. É certo que nessas hipóteses é mais difícil a identificação da conduta lícita esperada do agente público que não o enquadre no tipo ilícito de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico, assim como o é também para o órgão de controle questionar a escolha do gestor e fundamentar eventual sanção que lhe venha a ser aplicada.

A solução para ambos, gestor público e órgão de controle, passa pelo aumento do ônus argumentativo, a fim de que sejam devidamente fundamentadas as escolhas feitas pelo gestor e os julgamentos realizados pelo órgão de controle. No caso do gestor, o aprimoramento da fundamentação requer o aperfeiçoamento da governança, o que inclui a fase do planejamento, a gestão de riscos e o uso de dados empíricos. Para o órgão de controle, a seu turno, a superação desse desafio se dá a partir também da melhoria da fundamentação de suas

³⁵⁹ Lei nº 14.133/2021. Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; III - motivação social e ambiental do contrato; IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados; VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas; IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação; X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato; XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação. Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

decisões, o que demanda o aperfeiçoamento da fase de apuração dos fatos, a fim de que conheça melhor a realidade do gestor e, com isso, profira julgamento que não se limite a argumentos retóricos, mas, ao contrário, estejam respaldados em análises de fatos concretos.

Trata-se de questão relevante, pois, na prática, é de se reconhecer, como o fez Marçal Justen Filho, que, na concepção institucionalista, “a disciplina jurídica é produzida por instituições, utilizada a expressão para indicar fatos sociais e valores que condicionam e disciplinam a conduta social”, de modo que o agente público não se pauta apenas e cegamente pelo teor das normas jurídicas, mas também pela jurisprudência dos Tribunais de Contas que, em sua inevitável atividade hermenêutica, confere sentido concreto a várias disposições normativas, especialmente nas hipóteses em que a texto normativo proporciona múltiplas interpretações que precisam ser filtradas à luz da Constituição.³⁶⁰

Princípio da irretroatividade

O princípio da irretroatividade da lei mais gravosa está previsto no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal, ao estabelecer que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, e é decorrência direta do princípio da legalidade previsto no inciso XXXIX do mesmo artigo, no sentido de que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, em virtude do necessário respeito ao Estado Democrático de Direito.

Irretroatividade da lei mais gravosa tem por fundamento evitar a punição de alguém que a quem não foi conferida a oportunidade de escolher entre delinquir ou se comportar de acordo com o direito, pois a retroação da lei implicaria a punição de conduta já praticada, consumada, sobre a qual o seu autor nada mais poderia fazer.

Trata-se de princípio cujo texto normativo se refere expressamente à lei penal, mas com aplicação no direito administrativo sancionador nas hipóteses em que se trata de lei mais gravosa. A questão instigante a saber é se, quando a lei é mais benéfica, também tem aplicação no âmbito do direito administrativo sancionador e, se sim, em que medida.

A questão é tormentosa. Na doutrina, em relação à improbidade administrativa, José Roberto Pimenta Oliveira admite a retroatividade da lei mais benéfica na hipótese de redução do prazo prescricional, mas não a admite no caso de revogação de tipos específicos, por

³⁶⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 23.

entender que a improbidade deriva de valoração constitucional, de modo que a tipificação legal apenas exerce a função descritiva das condutas proibidas.³⁶¹

Fábio Medina Osório, a seu turno, sustenta que, em regra, a norma mais benéfica retroage, desde que revele uma mudança significativa dos padrões valorativos da sociedade, mas admite a irretroatividade da norma mais benéfica quando decorre de alteração de normas inferiores, de natureza regulamentar, que exercem a função de complementar normas sancionadores em branco.³⁶²

No âmbito do direito administrativo sancionador, a cisão também se faz presente. Regis Fernandes de Oliveira, Heraldo Garcia Vitta, Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari entendem que a lei mais benéfica retroage, ao passo que Rafael Munhoz de Mello, Sandro Lúcio Dezan e Dante Aguiar Parente entendem que não há aplicação automática da retroatividade da lei mais benéfica prevista no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal, mas admitem a possibilidade de o legislador ordinário estabelecer tal retroação.³⁶³

Na jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar ação que discutia a retroatividade da Lei nº 14.230/2021 que alterou a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), decidiu que a revogação da modalidade culposa de improbidade administrativa não retroage, motivo pelo qual não atinge as decisões transitadas em julgado nem as que estão em fase de execução. Na mesma oportunidade, o STF decidiu também que

³⁶¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Op. cit., p. 210.

³⁶² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. Op. cit., p. 334-338.

³⁶³ Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. Op. cit., p. 64-65; VITTA, Heraldo Garcia. Op. cit., p. 112-114; FERRAZ, Sérgio; DALARRI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 253; MELLO, Rafael Munhoz de. Op. cit., p. 151-156; DEZAN, Sandro Lúcio; PARENTE, Dante Aguiar. Estado constitucional de direito e coerção: a irretroatividade da lei no direito administrativo sancionador. **Revista da AGU**. v. 22, n. 1, p. 119-148, jan./mar. 2023. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/issue/view/177/353>. Acesso em: 10 jan 2023.

os novos prazos prescricionais também não retroagem, “garantindo-se a plena eficácia dos atos praticados validamente antes da alteração legislativa”.³⁶⁴

Entendeu o Supremo Tribunal Federal que não há que se falar em aplicação automática à improbidade administrativa do princípio da retroatividade da lei penal, tendo em vista que não há “expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador”.

Adotamos posição intermediária sobre o assunto. É preciso distinguir a lei posterior que reduz o valor de uma multa, por exemplo, ou não mais considera merecedora de sanção determinada conduta (ex. reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal), em que é admissível a retroatividade benéfica, de outra que deixa de exigir determinada conduta (ex. estudo preliminar), pois neste caso houve alteração de um dever funcional, de gestão, de ordenação dos trabalhos, por circunstâncias próprias. Aqui não cabe a retroatividade benéfica.

Em outras palavras, quando a lei nova mais benéfica alterar o próprio tipo sancionador, pela redução da sanção administrativa ou pela sua revogação total, presume-se que retrata valores da sociedade quanto à reprovabilidade da conduta, de modo que aos olhos dos cidadãos aludida conduta não merece ser reprimida ou, ao menos, não ser reprimida com a intensidade de então. Nesses casos, não há motivo para negar a retroatividade, ao menos em

³⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário com Agravo nº 843.989**. Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ADMINISTRATIVO. IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA (LEI 14.230/2021) PARA A RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92). NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE REGRAS RÍGIDAS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS CORRUPTOS PREVISTAS NO ARTIGO 37 DA CF. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 5º, XL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO NORMATIVA. APLICAÇÃO DOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS SOMENTE A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA NOVA LEI, OBSERVADO O RESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E A COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO COM A FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL PARA O TEMA 1199. IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA (LEI 14.230/2021) PARA A RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92). NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE REGRAS RÍGIDAS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS CORRUPTOS PREVISTAS NO ARTIGO 37 DA CF. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 5º, XL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO NORMATIVA. APLICAÇÃO DOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS SOMENTE A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA NOVA LEI, OBSERVADO O RESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E A COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO COM A FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL PARA O TEMA 1199. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 18 de agosto de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=764875895>. Acesso em: 15 dez 2022.

relação aos processos ainda não transitados em julgado no âmbito do Tribunal de Contas, mas que se refiram a atos praticados em data anterior à da entrada em vigor da lei nova mais benéfica.

Situação muito distinta é a da lei nova que exerce a função de complementar o tipo sancionador nos casos de tipicidade indireta, consoante demonstrado anteriormente. Nessas situações a lei nova mais benéfica tem por finalidade ordenar, organizar o funcionamento da atividade administrativa, dispondo sobre as permissões, obrigações e proibições do agente público.

Portanto, alterações promovidas em normas desse jaez, em regra, decorrem de mudanças circunstanciais da própria gestão pública, tais como a implantação de nova tecnologia, que torna desnecessária, por exemplo, a apresentação de um documento, a reformulação da ordem dos trabalhos entre os órgãos públicos e seus agentes, ou ainda a necessidade de atendimento de demandas sociais que podem provocar o encurtamento de prazos para certas atividades com o seu consequente alargamento para outras.

Desse modo, não são alterações que retratem qualquer modificação dos valores da sociedade ou do seu grau de reprovabilidade quanto à conduta do agente público. Ao contrário, nesses casos a expectativa da sociedade é de que o gestor cumpra a lei e os regulamentos pertinentes, sejam eles quais forem. Portanto, a alteração posterior de uma regra qualquer não retira nem reduz a reprovabilidade da conduta de quem, na época pretérita, descumpriu a norma então em vigor. Aplica-se aqui o princípio de que *tempus regit actum* (o tempo rege o ato), motivo pelo qual a lei nova mais benéfica não deve retroagir.

Princípio da individualização da pena

O princípio da individualização da pena está previsto no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, no sentido de que “a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos;”.

Fábio Medina Osório entende que se trata de disposição a ser aplicada em três fases distintas, quais sejam a legislativa, a judiciária e a executória. Sustenta ainda o autor que referido princípio tem aplicabilidade ao direito administrativo sancionador, sendo direito

subjetivo do acusado perante o Poder Público e dever da autoridade administrativa, a quem compete observar, com as necessárias adequações, o art. 59 do Código Penal, pelo o qual o juiz, “atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.³⁶⁵

O § 2º do art. 22 da LINDB também cuida da matéria, ao dispor que “Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”.

Há duas questões interessantes sobre a aplicação do princípio da individualização das sanções no âmbito dos Tribunais de Contas: primeira, saber se os antecedentes do agente devem ser apenas aqueles relativos à própria Corte de Contas julgadora ou se, ao contrário, aplicam-se também os antecedentes formados no âmbito do Poder Judiciário; segunda, saber como traduzir na dosimetria da pena a presença ou ausência de antecedentes.

No tocante à primeira questão, entendemos que a verificação dos antecedentes deve ser limitada ao próprio Tribunal de Contas, em face do princípio da independência das instâncias, o que não quer dizer que eventuais precedentes do Poder Judiciário não possam ser considerados, para o bem e para o mal do acusado. Podem e devem, se deles a Corte de Contas tomar conhecimento, mas não é razoável exigir que o Tribunal de Contas faça ampla pesquisa nos Tribunais do Poder Judiciário para identificar cada processo relativo à parte e avaliar sua repercussão no processo de controle externo.

Em relação à segunda questão, o desafio parece ser maior, pois nem mesmo o Código Penal oferece balizas objetivas para traduzir em termos quantitativos na dosimetria da pena a repercussão decorrente da existência ou inexistência de antecedente. No âmbito dos Tribunais de Contas, a inexistência de antecedentes pode ser considerada para atenuar ou, até mesmo, isentar de sanção o agente público, com a substituição da sanção por determinação corretiva.

Por outro lado, a existência de precedente que tenha condenado o agente público por fato semelhante ou que tenha determinado a correção do ato, sem punição, exatamente por ele

³⁶⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. Op. cit., p. 463-465.

ser primário naquela oportunidade, pode, agora, ser considerado para fins de agravamento da sanção ou, no mínimo, como argumento de reforço à imposição da sanção.

Na linha do que se sustentou acima, o TCU tem efetuado pesquisa sobre os antecedentes do agente público apenas na sua base de jurisprudência e, com efeito, tem reduzido o valor da multa quando constata a sua inexistência, embora não haja um critério objetivo que traduza na dosimetria da sanção o reconhecimento da existência ou inexistência do antecedente, o que, inevitavelmente, tem induzido a Corte de Contas a se pautar apenas por critérios mais subjetivos, tais como a razoabilidade e proporcionalidade.³⁶⁶

Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade

O princípio da razoabilidade “remonta à cláusula *law of the land*, inscrita na Magna Charta, de 1215, documento que é reconhecido como um dos grandes antecedentes do constitucionalismo” e, a partir do surgimento do direito constitucional, passou a ser identificado com o direito norte-americano, no qual se desenvolveu arrimado no princípio do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão.³⁶⁷

O princípio da proporcionalidade, a seu turno, relativamente à imposição de sanção, já havia sido invocado na clássica obra de Cesare Beccaria, intitulada “Dos delitos e das penas”, publicada pela primeira vez no ano de 1764, na qual o referido autor sustentou a ideia de que “Os meios de que se utiliza a legislação para obstar os crimes devem, portanto, ser mais fortes à proporção que o crime é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais frequente. Deve, portanto, haver proporção entre os crimes e os castigos”.³⁶⁸

³⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1.176/2020**. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IRREGULARIDADES EM PREGÃO ELETRÔNICO PARA AQUISIÇÃO DE SOLUÇÃO DE TI. CITAÇÕES. AUDIÊNCIAS. AUSÊNCIA DE PARÂMETRO CONFIÁVEL PARA IMPUTAÇÃO DE DÉBITO. EXCLUSÃO DE ALGUNS RESPONSÁVEIS DO PROCESSO. ACOLHIMENTO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DA EMPRESA CONTRATADA. ACOLHIMENTO PARCIAL DOS ARGUMENTOS DE ALGUNS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DAS JUSTIFICATIVAS DE OUTROS. RECONVERSÃO DO PROCESSO À NATUREZA ORIGINAL DE REPRESENTAÇÃO. MULTAS. DETERMINAÇÕES. Relatora: Min. Ana Arraes, 13 de maio de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1176%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 15 out. 2022.

³⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista de Direito do Ministério Público**, Rio de Janeiro, RJ, n. 4, p. 160-175, jul./dez. 1996, p. 160. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2856472/Luis_Roberto_Barroso. Acesso em: 15 mar. 2022.

³⁶⁸ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Editora, 1994, p. 61.

Pouco tempo depois o princípio da proporcionalidade, na vertente do seu subprincípio da necessidade, passou a constar da primeira parte do art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, no sentido de que “A Lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias”.

No Brasil, embora os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não tenham previsão constitucional expressa, a doutrina tem identificado o seu fundamento em vários dispositivos constitucionais tais como o princípio da dignidade humana (art. 3º, inciso III), individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI), devido processo legal substantivo (art. 5º, inciso LIV) e princípio da legalidade (art. 37, *caput*).³⁶⁹

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios, quais sejam, o da adequação, que busca avaliar se a medida eleita é hábil a produzir o resultado desejado, o da necessidade, que averigua se a medida eleita é a menos onerosa entre as possíveis para produzir o resultado desejado, e o da proporcionalidade em sentido estrito, que diz respeito à avaliação do custo-benefício, mediante juízo de ponderação entre perdas e ganhos.³⁷⁰

A doutrina tem, em grande medida, entendido por certa fungibilidade dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, embora se possa extrair da literatura a compreensão de que a proporcionalidade é examinada à luz de seus três subprincípios, ao passo que a razoabilidade, por outro lado, é avaliada, para uns, a partir da ideia de justiça, de equilíbrio, de bom-senso ou, para outros, segundo a adequação entre meios utilizados e fins pretendidos.³⁷¹

A conceituação acima não conta com o abono pacífico da doutrina. José Roberto Pimenta Oliveira, por exemplo, rejeita a vinculação do princípio da razoabilidade à ideia de justiça, bom senso ou “qualquer outra virtude moral”, e sustenta o seguinte entendimento:

O princípio da razoabilidade significa, no contexto jurídico-sistemático da busca do interesse público primário, a exigência de justifica e adequada ponderação administrativa, aberta nos exatos limites constitucionais em que a regra de competência habilitadora autorizar, dos princípios, valores, interesses, bens ou direitos consagrados no ordenamento jurídico, impondo aos agentes administrativos que maximize a proteção jurídica dispensada

³⁶⁹ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 82; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Op. cit., p. 211.

³⁷⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011, p. 156.

³⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. Op. cit. 166-167.

para cada qual, segundo o peso, importância ou preponderância que venham adquirir e ostentar em cada caso objeto de decisão.³⁷²

Decorre do princípio da proporcionalidade a proibição do excesso, por um lado, e a vedação à proteção insuficiente, por outro, o que, no âmbito do direito administrativo sancionador significa a inadmissibilidade de imposição de sanção desnecessária ou excessiva, desproporcional ao grau de culpabilidade, mas significa também a exigência de o Poder Público reprimir condutas altamente reprováveis, quando a sanção se revelar necessária, sob pena de, ao não fornecer resposta proporcional à gravidade da conduta, deixar de proteger, como deveria, direitos fundamentais, a partir de uma postura tolerante com o ilícito, o que provavelmente servirá de incentivo para a prática de novos ilícitos.

No âmbito dos Tribunais de Contas a avaliação acerca do uso da sanção deve considerar o maior número de ferramentas de que dispõem as Cortes de Contas para o desestímulo à prática de ilícitos assim como para a correção de rumos, com vistas ao aperfeiçoamento da Administração Pública, que são aquelas decorrentes da competência corretiva da qual deriva o poder de expedição de determinações, de natureza mandamental, portanto, impositivas de obrigações de fazer ou de não fazer, conhecidas como “pedagógicas”.

Desse modo, aos Tribunal de Contas cumpre o dever de avaliar, antes da decisão punitiva, se a sanção que se cogita aplicar atende ao princípio da proporcionalidade, devendo, para tanto, testar se está de acordo com os seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Seria ofensiva ao subprincípio da adequação, ou seja, seria inadequada a sanção imposta ao administrador que praticou conduta ilegal, ilegítima ou antieconômica, mas decorrente de falha estrutural da própria Administração Pública. Dois exemplos, um da esfera federal e outro da municipal serão úteis para o que se pretende demonstrar.

Na esfera federal há diversos órgãos que celebram inúmeros convênios, termos de colaboração e de fomento e outros instrumentos congêneres de transferências voluntárias a outros membros da Federação brasileira ou a entidades do terceiro setor. As prestações de contas da gestão desses recursos devem ser apresentadas ao respectivo órgão federal repassador dos recursos, a quem compete examinar essas contas dentro do prazo previsto na legislação pertinente.

³⁷² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 185.

Há diversos precedentes do TCU nos quais foram identificadas falhas estruturais, relativas à carência de pessoal, pouca qualificação e outras precariedades que têm implicado grande atraso na análise das referidas prestações dos recursos repassados mediante transferências voluntárias. Nesses casos, a Corte de Contas não tem aplicado sanção, mas sim efetuado determinações que buscam corrigir as falhas.³⁷³

O aludido procedimento é, com efeito, o mais adequado, pois a imposição de sanção nesta hipótese se revelaria inadequada, tendo em vista que não produziria o efeito esperado de mudança de comportamento e evitabilidade de novos ilícitos, por se tratar de problemas cujas soluções ultrapassam a alçada do gestor ou requerem tempo razoável para a sua solução.

Na esfera municipal, a seu turno, há também problemas decorrentes de falhas estruturais inerentes à realidade brasileira, carente de recursos financeiros, cujas soluções são complexas e demandam tempo, a exemplo das elevadas exigências relativas à boa governança, com segregação de funções, gestão de riscos, realização de concursos públicos, e outras tantas previstas na nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, muito além da capacidade de resposta no curto prazo da maioria dos pequenos municípios.

Será inadequada e, portanto, desproporcional por ofensa ao subprincípio da adequação a imposição de sanção ao gestor municipal sob o argumento de descumprimento da referida lei, nas hipóteses em que, de fato, a sua implementação requer providências que ultrapassam a capacidade atual de gestão desses pequenos municípios, o que deve ser aferido em cada caso.

Consoante exposto neste trabalho quando se tratou da competência corretiva dos Tribunais de Contas, nessas hipóteses em que se constata problemas e irregularidades cuja solução é complexa ou demanda tempo, o Tribunal fixa um prazo razoável para que o próprio gestor apresente um plano de ação em que expõe como pretende resolver a questão e indique o cronograma de implementação da solução aventada, com a identificação de suas etapas e do nome dos responsáveis por cada uma.

³⁷³ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 476/2015**. Ementa: AUDITORIA OPERACIONAL. SISTEMAS DE CONTROLES INTERNOS NOS PROCESSOS DE ANÁLISE, CONCESSÃO E GESTÃO DAS TRANSFERÊNCIAS VOLUNTÁRIAS. RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA DAS CONSTATAÇÕES. ARQUIVAMENTO. Relator: Min. Benjamin Zymler, 11 de março de 2015. Disponível em:

<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%2528%2528%2528auditoria%2520adj5%2520%2528levantamento%2520ou%2520operacional%2529%2529%2520e%2520%2528transfer%25C3%25A2%2520adj10%2520volunt%25C3%25A2%2520ria%2529%2529.ACORDAO%2520/COPIATIPO%253A%2522AC%25C3%2593RD%25C3%2583O%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/5/%2520>. Acesso em: 10 mai. 2022.

Ao Tribunal de Contas compete avaliar o plano e, se entender que é razoável, acompanhar a sua implementação e cobrar os resultados com os quais o gestor se comprometeu. Mas, caso entenda que o plano de ação é inviável ou insuficiente para solucionar o problema da forma e no prazo necessário, o Tribunal pode fixar novo prazo para apresentação de outro plano de ação ou, em última análise, expedir uma determinação, uma decisão mandamental, portanto, na qual fixa prazo para o gestor adotar as providências indicadas pela Corte, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, segundo o qual compete ao Tribunal “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”.

Portanto, nessas hipóteses, a imposição de sanção é inadequada, ao menos em um primeiro momento, pois não haverá como o sancionado alterar a realidade dos fatos no curto prazo e de forma simplista. No entanto, efetuada a determinação corretiva pelo Tribunal, seja a partir de um plano de ação apresentado pelo gestor ou não, e não cumprida, sem motivo justo, aí sim abre-se a possibilidade legítima de imposição de sanção que, neste caso, passará a ser adequada.

No tocante ao subprincípio da necessidade, por vezes a imposição da sanção produzirá o efeito desejado de desestimular novos comportamentos faltosos e de provocar a correção do ato irregular, por requerer providências que estão na alçada do gestor e são plenamente viáveis operacionalmente no curso prazo. No entanto, é preciso que o Tribunal de Contas avalie se o mesmo resultado não poderia ser atingido sem a aplicação da sanção. Ou seja, é necessário avaliar se não há meio menos gravoso para se produzir o mesmo resultado.

A questão envolve duas perspectivas: a primeira, relativamente à correção do ato; a segunda, quanto ao efeito dissuasório. No tocante à correção do ato, se for plenamente viável apenas a partir de uma determinação do Tribunal que exija do gestor o cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer, então a sanção não atende ao subprincípio da necessidade, o que significa que é desproporcional, por ser desnecessária.

No que concerne ao efeito dissuasório, é importante avaliar se a sanção é necessária para produzir desestímulo das demais pessoas relativamente à prática do ilícito, a partir da sua função de prevenção geral. Isto é, aplica-se uma sanção não apenas para retribuir o mal praticado, com a finalidade de causar dor e, com isso, desestimular o autor da conduta a praticar novos ilícitos, mas também para que sirva de alerta a quem mais cogite de praticá-lo, pois assim terá a clareza de que poderá ser, de igual modo, punido.

Constatada a necessidade da sanção, impõe-se ao Tribunal de Contas a sua aplicação, sob pena de incorrer em proteção insuficiente dos direitos fundamentais titularizados por todos os membros da sociedade relativamente a ter uma boa administração pública. Por outro lado, quando desnecessária a sanção, a sua imposição é força motor de insegurança jurídica.

Por fim, é preciso considerar o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, de modo a avaliar se os custos decorrentes da imposição da sanção se justificam em face dos benefícios esperados. E eis aqui uma das razões pelas quais os Tribunais de Contas, de um modo geral, trabalham com os critérios de seletividade em relação ao objeto auditado, sob os parâmetros do risco, materialidade, relevância e oportunidade, pois a imposição da sanção requer devido processo legal, com todos os custos que lhe são inerentes.

O princípio da proporcionalidade já foi invocado pelo Supremo Tribunal Federal para fundamentar decisão na qual impediu o Tribunal de Contas da União de impor a sanção de declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443/1992) a empresas que haviam celebrado acordo de leniência com a Controladoria-Geral da União (CGU), a Advocacia-Geral da União (AGU) e o Ministério Público Federal (MPF), pelos mesmos fatos apurados pelo TCU, por entender que ofenderia, não apenas a segurança jurídica, mas também o princípio da proporcionalidade.³⁷⁴

Princípio do *non bis in idem*

³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 35.435**. Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU). TOMADAS DE CONTAS ESPECIAIS. INVESTIGAÇÕES RELACIONADAS A FRAUDES NA CONSTRUÇÃO DA USINA TERMONUCLEAR DE ANGRA III. IMPETRANTES SIGNATÁRIAS DE ACORDOS DE LENIÊNCIA DA LEI 12.846/2013 CELEBRADOS COM A CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU), COM A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU) OU COM O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). [...] 4. Diante da sobreposição fática entre os ilícitos admitidos pelas colaboradoras perante a CGU/AGU e o objeto de apuração do controle externo, a possibilidade de o TCU impor sanção de inidoneidade pelos mesmos fatos que deram ensejo à celebração de acordo de leniência com a CGU/AGU não é compatível com o princípio constitucional da segurança jurídica e com a noção de proporcionalidade da pena. 5. Apesar de a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) não precluir a incidência da Lei 8.443/1992, nos casos concretos a imposição de inidoneidade pelo TCU poderia resultar em ineficácia das cláusulas dos acordos de leniência que preveem a isenção ou a atenuação das sanções administrativas estabelecidas nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993, por consequência, esvaziando a força normativa do art. 17 da Lei 12.846/2013. 6. A Lei 8.433/1992 prevê outros meios menos gravosos para que o TCU possa garantir a reparação integral do dano ao erário, tais como a decretação de indisponibilidade de bens (art. 44, § 2º) e a aplicação de multa (arts. 57 e 58). Essas medidas sancionatórias devem ser manejadas pela Corte de Contas considerando a sua proporcionalidade e os impactos sobre os acordos pactuados com a Administração Pública. 7. Segurança concedida para afastar a possibilidade de o TCU declarar a inidoneidade das impetrantes pelos fatos abarcados por acordo de leniência firmado com a AGU/CGU ou com o MPF. Relator: Min. Gilmar Mendes, 30 de março de 2021. Disponível em: . Acesso em: 7 ago. 2022.

O princípio de que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo fato (*non bis in idem*) tem assento constitucional no princípio da legalidade, da tipicidade e do próprio Estado de Direito.³⁷⁵ Mas sua aplicação está limitada à mesma instância sancionadora, o que significa a possibilidade de punição cumulativa nas esferas penal, administrativa disciplinar e de controle externo, por exemplo, pelo mesmo fato.

Com Sandro Lúcio Dezan, é de se observar que a proibição do *bis in idem* tem dupla natureza: é de direito material, ao proibir a imposição de sanção a quem já foi apenado na mesma instância pelo mesmo fato, em respeito ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada na esfera administrativa; é de direito processual, ao impedir nova apuração sobre fato já apurado ou ainda em apuração, o que o relaciona com o instituto da litispendência.³⁷⁶

A Lei nº 14.230/2021, que alterou a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), parece ter alargado, em certa medida, o alcance da vedação do *bis in idem*, ao ter inserido o § 5º ao art. 21 no sentido de que “Sanções eventualmente aplicadas em outras esferas deverão ser compensadas com as sanções aplicadas nos termos desta Lei”.

No TCU há precedente no qual a Corte deixou de aplicar multa a gestor estadual por ele já ter sido multado pelo mesmo fato pelo Tribunal de Contas do Estado em valor que o TCU entendeu adequado para o caso. Tratava-se de contrato administrativo celebrado pelo Estado com o uso de recursos públicos federais que haviam sido repassados mediante convênio, mas também com recursos estaduais, decorrentes da contrapartida obrigatória nesses casos.³⁷⁷

Princípio da culpabilidade

³⁷⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. Op. cit., p. 339; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Op. cit., p. 230.

³⁷⁶ DEZAN, Sandro. **Princípios de direito administrativo sancionador**. Op. cit., p. 173.

³⁷⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 249/2021**. Ementa: REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADES EM PROCESSOS DE LICITAÇÃO PROMOVIDOS PELA SECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO E NA EXECUÇÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS FIRMADOS PELO HOSPITAL BARÃO DE LUCENA (HBL) E HOSPITAL DA RESTAURAÇÃO (HR). VERBA DO SUS NO CUSTEIO DE PARCELA DAS CONTRATAÇÕES. APURAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE PERNAMBUCO, COM APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. SUPOSTA FRAUDE NA UTILIZAÇÃO DE ATESTADOS FALSOS. PROCEDÊNCIA. NÃO APENAÇÃO TENDO EM VISTA OS RESPONSÁVEIS JÁ TEREM SIDO MULTADOS PELA CORTE DE CONTAS ESTADUAL PELAS MESMAS OCORRÊNCIAS. ARQUIVAMENTO. Relator: Min.-Subst. Marcos Bemquerer, 10 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/PROC%253A00370420173/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 25 out. 2022.

O princípio da culpabilidade não consta expressamente da Constituição Federal, mas ainda assim tem estatura constitucional porquanto decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente previsto no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, muito embora possa ser extraído também de outros, tais como o do devido processo legal substantivo e o da individualização da pena.

O princípio da culpabilidade é concretizado a partir de três dimensões:³⁷⁸

Primeira: como fundamento da pena, na medida em que expressa a censurabilidade da conduta, a reprovabilidade da conduta, a partir de um juízo de valor acerca da conduta praticada. Ou seja, constatado o fato típico e antijurídico, o passo seguinte é saber se o autor da conduta merece ser punido, o que somente ocorrerá caso se demonstre a sua culpabilidade, a censurabilidade da sua conduta. Para tanto, é preciso que haja imputabilidade, consciência da ilicitude do ato praticado e exigibilidade de conduta diversa.

Segunda: como limite ou medida da pena, de modo que, caso se conclua pela existência de fato típico, ilícito e culpável, caberá ao julgador encontrar a dosimetria da sanção que retrate, de modo proporcional, o grau de reprovabilidade da conduta, isto é, que retrate a culpabilidade, considerada a individualização da pena e as circunstâncias agravantes e atenuantes.

Terceira: como impeditiva da responsabilidade objetiva, o que significa a obrigatoriedade de que o suposto fato ilícito seja analisado na perspectiva da responsabilidade subjetiva, segundo a qual se exige a demonstração de dolo ou culpa para que alguém seja responsabilizado por um ato ilícito, além do nexo de causalidade.

Luigi Ferrajoli sustenta uma concepção deôntica da culpabilidade, no sentido de que o juízo de culpabilidade se forma a partir da ideia de que alguém "devia (deonticamente) ter atuado de outra forma", de modo que o autor chega mesmo a defender que essa opção por agir de acordo com o direito ou de modo reprovável deva ser denominada de livre-arbítrio *ex ante*. Dessa compreensão o autor indica duas consequências: primeira, a de que a culpabilidade é uma qualificação jurídica da ação e não de seu autor nem do seu status pessoal, motivo pelo qual, quando se afirma que Tício é culpável, quer-se dizer que Tício é culpável de uma ação; segunda, diz respeito às excludentes da culpabilidade, particularmente a inexigibilidade de

³⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 73-74; GRECO, Rogério. Op. cit., p. 94-96.

conduta diversa, pois, “se a culpabilidade de uma ação supõe a possibilidade ex ante da sua omissão, ela estará excluída sempre que tal possibilidade não subsista”.³⁷⁹

A aplicação do princípio da culpabilidade ao direito administrativo sancionador é amplamente admitida pela doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, por se reconhecer que se trata de princípio não exclusivo do direito penal, mas pertencente ao direito público sancionador, como necessário instrumento jurídico a pautar o exercício do *jus puniendi* estatal em suas mais variadas manifestações.³⁸⁰

De igual modo, o princípio da culpabilidade deve ter aplicação na responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas, não apenas em relação à imposição de sanção, mas também na condenação à reparação de dano e no julgamento pela irregularidade das contas, pois, conforme se afirmou anteriormente, o juízo sobre a conduta do agente público antecede o juízo sobre a existência do dano ou sobre as contas do gestor, tendo em vista que o dano ao erário e a irregularidade das contas são consequentes lógicos da antecedente conduta merecedora de reprovação, a retratar a ocorrência de descumprimento de deveres funcionais, com potencial repercussão na vida profissional do agente público e no bom funcionamento da Administração Pública.

Princípio do devido processo legal

Carlos Roberto Siqueira Castro observa que na formação histórica do devido processo legal merece destaque a Magna Carta de 1215, assinada pelo Rei João Sem Terra, em decorrência da pressão exercida pelos barões feudais saxônicos para que seus direitos à vida, à liberdade e, especialmente, à propriedade fossem respeitados e somente suprimidos mediante o devido processo legal, que a citada Carta denominava, à época, de “*law of the land*”. Tratava-se, a rigor, de reação da nobreza ao arbítrio característico dos atos da Monarquia inglesa.³⁸¹

A evolução do princípio do devido processo legal revela que, inicialmente, foi concebido como uma garantia processual penal pela Magna Carta de 1215, mas,

³⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 399-400.

³⁸⁰ NIETO, Alejandro. Op. cit., p. 371 e ss; OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. Op. cit., p. 425 e ss; MELLO, Rafael Munhoz de. Op. cit., p. 184 e ss.

³⁸¹ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5-7.

posteriormente, em especial após as diversas declarações de direitos das então colônias norte-americanas, ocorridas em meados do século XVIII, e, principalmente, com a inserção das 5ª e 14ª Emendas à Constituição dos Estados Unidos, de 1787, referido princípio passou a ser aplicado também ao processo civil.

Segundo informa Vera Scarpinella Bueno, embora os tribunais judiciais norte-americanos já discutissem a aplicação ou não do princípio do devido processo legal à atividade administrativa, foi apenas a partir da segunda guerra mundial que a matéria se consolidou, tanto na via jurisprudencial quanto na legislativa, com a aprovação, em 1946, da lei federal de processo administrativo, chamada “*Administrative Procedure Act*” (APA).³⁸²

É também dessa mesma época a Declaração Universal dos Direitos Humanos, elaborada pela Assembleia das Nações Unidas, em 1948, que assim dispõe:

Art. 8º Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Art. 10. Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Art. 11.

1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.³⁸³

A doutrina tem reconhecido a íntima relação do princípio do devido processo legal não apenas com os direitos fundamentais, mas com o próprio princípio do Estado de direito. Nesse sentido, Gomes Canotilho observa ser o princípio do Estado de direito um “princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal”, que “visa a dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado”, razão pela qual o direito prescreve formas e procedimentos que se traduzem em garantias jurídico-formais tendentes a evitar ações e comportamentos arbitrários dos poderes públicos.³⁸⁴

³⁸² BUENO, Vera Scarpinella. Devido processo legal e a Administração Pública no Direito Administrativo norte-americano: uma breve comparação com o caso brasileiro. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). **Devido processo legal na Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 15-17.

³⁸³ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>, Acesso em: 4 ago. 2021.

³⁸⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Op. cit., p. 243-244.

No Brasil, somente com a Constituição Federal de 1988 o princípio do devido processo legal passou a ter previsão expressa no Texto Maior, em cujo art. 5º, inciso LIV, prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Consoante se verá adiante, o Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que já havia feito a Suprema Corte norte-americana, tem entendido que o devido processo legal aplica-se a todos os ramos do direito, como um direito fundamental.

A concepção original do princípio do devido processo legal era de natureza eminentemente processual, na medida em que se buscava garantir o respeito aos direitos de ação e de defesa perante o Poder Público. Sem dúvida, o devido processo legal processual é até hoje de altíssimo prestígio, sendo considerado um sobreprincípio, porquanto significa impor ao Poder Público o respeito a regras e princípios processuais dos mais variados, como meio de evitar o arbítrio da atuação estatal.

Desse modo, o devido processo legal processual preocupa-se em disciplinar a constituição, o desenvolvimento e a extinção de um processo, no tocante ao seu objeto, às partes e demais legitimados para intervir no processo, ao órgão estatal competente para conduzir o processo e nele proferir decisões, aos atos processuais que cada agente pode praticar, às nulidades, e a tudo concernente ao regular desenvolvimento de um processo.

Em um segundo momento, porém, particularmente a partir no final do século XIX, por construção da Suprema Corte norte-americana, passou-se a aplicar o princípio do devido processo legal também sob a ótica substantiva. Segundo informa Christopher Wolfe, foi no julgamento do caso *Allgeyer versus Louisiana*, em 1897, que a Suprema Corte norte-americana, pela primeira vez, aplicou declarada e inequivocamente o princípio do devido processo legal substantivo, ou seja, como verdadeiro *standard*, como aferição da razoabilidade e da racionalidade das leis e dos atos do Poder Público.³⁸⁵

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, de igual modo, tem aplicado o princípio do devido processo legal também em sua vertente substantiva não apenas aos atos legislativos, mas inclusive na avaliação da razoabilidade e da proporcionalidade dos atos administrativos e jurisdicionais do Poder Público.³⁸⁶

³⁸⁵ WOLFE, Christopher. **La transformacion de la interpretacion constitucional**. Madrid: Civitas Ediciones, 1991, p. 209.

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus nº 109363**. Ementa: [...] 1. A norma legal que descreve o delito e comina a respectiva pena atua por modo necessariamente binário, no sentido de que, se, por um lado, consubstancia o poder estatal de interferência na liberdade individual, também se traduz na garantia de que os eventuais arroubos legislativos de irrazoabilidade e desproporcionalidade se expõem a

No que concerne aos Tribunais de Contas é vasta e pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que tem reafirmado sempre a incidência do princípio do devido processo legal aos processos de controle externo, mas tem também ressaltado que referido princípio assim como os princípios do contraditório e da ampla defesa não são absolutos, tendo em vista que “seu exercício se perfaz nos termos das normas processuais que regem a matéria, em conformidade com o que dispõem as normas instrumentais, *in casu*, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei nº 8.443/92) e o Regimento Interno do TCU (RITCU)”.³⁸⁷

O princípio do devido processo legal, muito embora seja com frequência invocado juntamente com os princípios do contraditório e da ampla defesa, com eles não se confunde, pois estes, a rigor, são uma das facetas daquele, cuja amplitude é muito maior, a abarcar a regular constituição do processo, seu desenvolvimento, com hígida tramitação, e sua extinção, relativamente a todos os atos do processo e à competência para sua prática em relação a cada ator processual.

Princípio do contraditório e ampla defesa

controle jurisdicional. Donde a política criminal-legislativa do Estado sempre comportar mediação judicial, inclusive quanto ao chamado “crime de bagatela” ou “postulado da insignificância penal” da conduta desse ou daquele agente. Com o que o tema da significância penal confirma que o “devido processo legal” a que se reporta a Constituição Federal no inciso LIII do art. 5º é de ser interpretado como um devido processo legal **substantivo ou material**. Não meramente formal. [...] (grifos do original). Relator: Min. Ayres Britto, 11 de outubro de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2218104>. Acesso em: 10 nov. 2022. No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 551556**. Ementa: TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ADMINISTRAÇÃO PORTUÁRIA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA (“DOCAS DE SÃO PAULO” - CODESP). INSTRUMENTALIDADE ESTATAL. DESCARACTERIZAÇÃO. DEVER DA AUTORIDADE FISCAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. [...] Como responsável pelo ato administrativo, é o ente tributante a parte dotada dos melhores instrumentos para demonstrar ter seguido os preceitos que dão densidade ao devido processo legal formal e **substantivo**. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (grifos não são do original). Relator: Min. Joaquim Barbosa, 1º de março de 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621352>. Acesso em: 10 nov. 2022.

³⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 28.156**. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS INTEMPESTIVOS. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PETIÇÃO. O entendimento deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o direito de petição e as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não são absolutos e seu exercício se perfaz nos termos das normas processuais que regem a matéria, em conformidade com o que dispõem as normas instrumentais, *in casu*, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443/92) e o Regimento Interno do TCU (RITCU). Agravo regimental conhecido e não provido. Relatora: Min. Rosa Weber, 2 de setembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6749768>. Acesso em: 25 out. 2022.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa estão previstos no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, no sentido de que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A doutrina nacional tem entendido que o direito de defesa não diz respeito apenas ao direito de manifestação no processo, mas, para além disso, é uma pretensão à tutela jurídica, de modo que, inspirada na doutrina alemã, tem sustentado que se traduz nos seguintes direitos: primeiro, direito de informação, relativamente aos atos do processo e a seus elementos; segundo, direito de manifestação sobre os atos e elementos do processo; terceiro, direito de ver seus argumentos considerados pelo julgador de maneira isenta, atenciosa e fundamentada.³⁸⁸

Juan Carlos Cassagne apresenta entendimento similar, ao sustentar que o direito de defesa contempla o direito de ser ouvido, o direito de oferecer e de produzir provas e o direito a uma decisão fundamentada.³⁸⁹

Em sua aplicação aos Tribunais de Contas, o Supremo Tribunal Federal, consoante comentado no item anterior, também em relação ao princípio do contraditório tem entendido que “seu exercício se perfaz nos termos das normas processuais que regem a matéria, em conformidade com o que dispõem as normas instrumentais, in casu, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443/92) e o Regimento Interno do TCU (RITCU)”.³⁹⁰

Por essa razão, o STF já denegou a ordem em mandado de segurança impetrado contra decisão do TCU que havia indeferido o pedido de produção de prova testemunhal. No caso, a Corte de Contas fundamentou a sua decisão no art. 162 do seu Regimento Interno, segundo o

³⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 464-465.

³⁸⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. Tomo II. Op. cit., p. 530.

³⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 28.156**. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RECURSOS INTEMPESTIVOS. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO DE PETIÇÃO. O entendimento deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que o direito de petição e as garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal não são absolutos e seu exercício se perfaz nos termos das normas processuais que regem a matéria, em conformidade com o que dispõem as normas instrumentais, in casu, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (Lei 8.443/92) e o Regimento Interno do TCU (RITCU). Agravo regimental conhecido e não provido. Relatora: Min. Rosa Weber, 2 de setembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6749768>. Acesso em: 25 out. 2022.

qual “As provas que a parte quiser produzir perante o Tribunal devem sempre ser apresentadas de forma documental, mesmo as declarações pessoais de terceiros”.³⁹¹

A relatora, ministra Cármen Lúcia, ponderou que “A circunstância de a produção dessas provas naquele Tribunal ser feita apenas de forma documental não conduz ao reconhecimento da alegada contrariedade ao princípio da ampla defesa.” Além disso, a relatora lembrou que o não cabimento de oitiva de testemunha não é uma exclusividade dos processos no TCU, pois “o único meio de prova admitido em mandado de segurança é o documental”.

A restrição regimental do TCU é justificada pela relação jurídica estabelecida entre o gestor público e a Administração Pública, regida por normas de direito administrativo e, especialmente, de direito financeiro impositivas do dever de prestar contas que, no plano instrumental, deve ser cumprido por meio da apresentação de documentos previamente indicados pela legislação pertinente e por diversas normas infralegais de natureza regulamentar.

Mais recentemente, dado o avanço tecnológico, a prestação de contas de gestão tem sido realizada por meio eletrônico, seja pela disponibilização da documentação pertinente no sítio eletrônico do órgão ou entidade, a fim de que fique disponível não apenas para o órgão de controle, mas para toda a sociedade, em homenagem ao princípio da transparência, seja pela inserção das informações e dados em sistema eletrônico mantido pelo respectivo Tribunal de Contas, nos termos de norma regulamentar específica que dispõe sobre o conteúdo, o modo, a forma e os prazos para tanto.

Em face dessas peculiares circunstâncias, a produção de prova testemunhal para provar o que já deveria ter sido provado pelos meios especificados na legislação pertinente não se justifica e, a rigor, conduz a uma solução desproporcional para a sociedade.

³⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Mandado de Segurança nº 29.137**. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PLANO NACIONAL DE QUALIFICAÇÃO DO TRABALHADOR – PLANFOR. IRREGULARIDADES NA APLICAÇÃO DE RECURSOS DO FUNDO DE AMPARO AO TRABALHADOR – FAT. ILEGALIDADE DA CELEBRAÇÃO DE TERMO ADITIVO. RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. APLICAÇÃO DE MULTA A EX-GESTOR PÚBLICO. PRODUÇÃO DE PROVAS TESTEMUNHAIS, PERICIAIS E REQUISIÇÃO DE DOCUMENTOS. INDEFERIMENTO. EXAME RESTRITO ÀS PROVAS DOCUMENTAIS. NÃO OCORRÊNCIA DE CONTRARIEDADE ÀS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. SEGURANÇA DENEGADA. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3447098>. Acesso em: 25 out. 2022.

Primeiro, porque, na perspectiva do subprincípio da adequação, raros serão os depoimentos de testemunhas que se revelarão adequados para provar questões relativas à gestão da coisa pública que, em regra, exige prova documental, a exemplo de notas fiscais, termos de recebimento de produtos, e outros.

Segundo, porque, mesmo nos raros casos em que a prova testemunhal possa ser adequada para provar fatos relativos à gestão da coisa pública, referida produção de prova, na perspectiva do subprincípio da necessidade, não se mostra necessária, porquanto há meio menos gravoso para se produzir aludida prova, que é aquele definido previamente pela legislação pertinente e que, invariavelmente, requer a apresentação dos documentos probatórios cabíveis.

Terceiro, porque, na perspectiva do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, a admissão da prova testemunhal não apresenta uma boa relação custo-benefício para a sociedade, que fica tolhida no seu direito de acesso à prova documental, regularmente exigida dos gestores públicos, com injustificado comprometimento do princípio da transparência.

Considerado esse cenário, a admissão da prova testemunhal poderia até mesmo conduzir ao benefício da própria torpeza do gestor que negligencia o seu dever de prestar contas, deixando de apresentar a documentação exigida pela legislação, mas depois transfere ao Poder Público o ônus de viabilizar a produção da prova testemunhal.

Há duas hipóteses em que se poderia buscar uma justificativa para a admissão da prova testemunhal nos processos de controle externo: primeira, quando a produção da prova documental, por meio da apresentação da prestação de contas fica inviabilizada em virtude de caso fortuito ou força maior como, por exemplo, no caso de uma enchente que leva toda a documentação que seria usada para compor a prestação de contas; segunda, quando o agente público ou o particular chamado ao processo do Tribunal de Contas não tinha o dever de prestar contas e, portanto, não tinha obrigação de apresentar qualquer documento voluntariamente.

Para as duas hipóteses, porém, o Regimento Interno do TCU oferece solução razoável, proporcional e viável operacionalmente tanto para a parte interessada na oitiva de testemunha quanto para a Corte de Contas, que é a tomada de depoimento da testemunha pela própria

parte e a sua redução a termo assinado pelo depoente e juntada aos autos do processo de controle externo pela parte.

Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência está previsto no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, ao estabelecer que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, e tem por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana.

O aludido princípio tem ampla aplicação no direito administrativo sancionador, consoante reconhecido por autorizada doutrina nacional e estrangeira.³⁹² Na Espanha, a matéria está pacificada tanto na jurisprudência do Tribunal Supremo quanto do Tribunal Constitucional, sob o entendimento de que a presunção de inocência alcança qualquer atividade sancionadora administrativa, inclusive a tributária.³⁹³

Importante enfatizar que o princípio da presunção de inocência não varia de acordo com o sujeito passivo do processo acusatório, a depender do cargo público ou da posição social ou econômica que ocupa, de modo que, ao menos no ponto inicial, todos são presumidamente inocentes, pois lhes é assim garantido pela Constituição Federal.

Não há, portanto, que se falar em alguns mais presumidamente inocentes do que outros, pois afirmações desse jaez refletem, em verdade, horrendo prejulgamento ou, até mesmo, preconceito com certas atividades públicas ou econômicas, cujos exercentes estariam, de antemão, já julgados e sentenciados pelo simples fato de serem, por exemplo, políticos ou empresários.

O princípio da presunção de inocência refere-se a uma presunção relativa (*juris tantum*), ou seja, admite prova em sentido contrário que, em um processo administrativo sancionador, se dá nos termos do devido processo legal que permita a regular e ampla produção de provas lícitas. Mas há duas compreensões que decorrem desse princípio: primeira, a de que o ônus da prova é de quem acusa, no caso a Administração Pública; segunda, a de que a dúvida favorece o réu (*in dubio pro reo*) na etapa do julgamento.

³⁹² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. Op. cit., p. 477 e ss; DEZAN, Sandro. **Princípios de direito administrativo sancionador**. Op.cit., p. 164-166; NIETO, Alejandro. Op. cit., p. 414-420.

³⁹³ NIETO, Alejandro. Ibidem, p. 414.

Trata-se de compreensões que requerem aplicação ajustada à natureza e características da responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas, cujo âmbito de incidência é o direito administrativo e o direito financeiro. Isso porque, em regra, no direito financeiro lida-se com a administração de recursos alheios, no caso, da sociedade, motivo pelo qual, em regra, o ônus da prova é do gestor.

Não por outra razão, dispõe o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal que “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

Não se trata de negar ao gestor o princípio da presunção de inocência, mas a sua omissão no dever de prestar contas desfaz a referida presunção, pois não se pode entender que se cuida de presunção incondicional. Ao contrário, praticados atos comissivos ou, como no exemplo, omissivos por parte de quem até então era alcançado pela presunção em sentido contrário ao da própria presunção, não há como continuar a sustenta-la.

Seria desproporcional e injusto atribuir ao titular dos recursos financeiros ou patrimoniais o ônus de provar a destinação que lhes deu o seu administrador omissivo no dever de prestar contas. Desse modo, nessas hipóteses, a presunção de inocência não mais subsiste e, ao contrário, forma-se presunção de culpa em relação ao administrador omissivo. Neste caso, é também presunção relativa que admite, portanto, prova em sentido contrário, a ser feita pelo gestor, mediante a apresentação das contas faltosas. Mas, enquanto não vier a ocorrer a prestação de contas, não é de se impor ao órgão de controle o ônus de provar a destinação dos recursos sob administração do gestor. A prova a ser feita pelo Tribunal de Contas nessa hipótese limita-se ao fato de o gestor ter estado na condição de administrador da coisa pública.

No caso de recursos repassados mediante convênio, por exemplo, entre a União e um município para a construção de um posto de saúde, caberá ao Tribunal de Contas da União provar a celebração do convênio, com a assunção das responsabilidades de parte a parte, o efetivo repasse dos recursos e seu recebimento pelo município e o vencimento do prazo, sem o recebimento da prestação de contas. Mas não lhe é exigido provar o paradeiro desses recursos nem muito menos enviar auditor de controle externo ao município para verificar se o posto de saúde foi construído nem para auditar as contas municipais, a fim de averiguar se referida construção se deu no período de execução do convênio e com os recursos da União.

Sobre o prefeito recairá, nesses casos, a consequência jurídica prevista na Lei Orgânica dos Tribunais de Contas em geral, no sentido de serem suas contas julgadas irregulares com condenação à reparação do dano ao erário e aplicação de multa. Como se vê, inverte-se a presunção nessas hipóteses, de inocente presumido o prefeito passa a culpado presumido, assim como é também presumido o dano ao erário ao qual será condenado a ressarcir.

Portanto, é de se constatar que o princípio do *in dubio pro reo* nessa hipótese também deve ceder diante da natureza das relações jurídicas estabelecidas pelo direito financeiro quando há a gestão de recursos alheios, com posterior omissão no dever de prestar contas, pois sequer, a rigor, se pode falar em dúvida, já que a condenação não se assenta em uma dúvida, mas sim em uma presunção constitucional e também legal decorrente do descumprimento do dever de prestar contas.

2.2.1.2. Princípios constitucionais do direito do controle externo sancionador

Alguns princípios constitucionais do controle externo sancionador são o da *accountability*, da economicidade do controle e da oportunidade do controle.

O **princípio da *accountability*** decorre do parágrafo único do art. 70, no tocante ao dever de prestar contas, em leitura combinada com o inciso II do art. 71 da Constituição, relativamente à competência dos Tribunais de Contas para julgar contas. Trata-se do que Schedler denominou de conceito bidimensional da *accountability*, que se desdobra em *answerability* e *enforcement*.³⁹⁴

Ou seja, é um princípio de mão-dupla, como as duas faces de uma mesma moeda, pois, de um lado, os administradores públicos têm o dever de prestar contas, de dar satisfação dos seus atos, a partir das informações que prestam; de outro, os Tribunais de Contas têm a competência para julgá-las e, se for o caso, impor as sanções cabíveis. Por essa razão, talvez seja o princípio mais característico do controle externo sancionador, pois retrata, de modo genuíno, a essência de atividade exercida pelos Tribunais de Contas.

O **princípio da economicidade do controle** diz respeito à relação custo/benefício do controle para a sociedade. Decorre da leitura combinada das competências dos Tribunais de

³⁹⁴ SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing Accountability. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. **The self-restraining state: power and accountability in new democracies**. Boulder, Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1999, p. 13-28.

Contas previstas no art. 71 da Constituição Federal, em especial no inciso IV, relativo à competência para a realização de auditorias de ofício, com o princípio da eficiência previsto no *caput* do seu art. 37. Essa avaliação é feita a partir dos critérios internacionais de auditoria relativos a risco, materialidade e relevância, que são usados para fins de seleção de amostras de objetos a serem auditados.

O **princípio da oportunidade** do controle refere-se não apenas ao tempo do controle, mas também ao foco do controle, no sentido de que o controle deve ser realizado no momento oportuno e sobre tema que seja importante para a sociedade naquele momento. Por essa razão, trata-se de princípio que se extrai da leitura combinada das competências dos Tribunais de Contas previstas no art. 71 da Constituição Federal, em especial no inciso IV, relativo à competência para a realização de auditorias de ofício, com o seu art. 3º, concernente aos objetivos fundamentais da República.³⁹⁵

2.2.1.3. Princípios infraconstitucionais do direito do controle externo sancionador

As Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas contemplam diversas regras e princípios do controle externo sancionador, dos quais destacamos o princípio do controlador natural e o princípio da tutela da boa-fé.

O **princípio da autoridade de controle externo natural** decorre da atividade processual tripartite dos Tribunais de contas, no sentido de que a fase de instrução processual, embora presidida pelo relator, é realizada pelo auditor de controle externo, de modo independente, a quem incumbe a investigação e a acusação, ao passo que a fase decisória compete aos julgadores (ministros e conselheiros). O Ministério Público junto ao Tribunal de Contas atua como fiscal da lei.

Por essa razão, pode-se dizer que o princípio da autoridade de controle externo natural se desdobra em três outros: princípio do auditor de controle externo natural, princípio do procurador de contas natural e princípio do julgador natural.

³⁹⁵ CF: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

O **princípio do auditor de controle externo natural** decorre, antes de tudo, da previsão constitucional do art. 73 que fez menção expressa ao “quadro próprio de pessoal” para o TCU e, por aplicação do princípio da simetria, para os demais tribunais de contas também. É o único órgão da República que recebeu essa atenção do constituinte, provavelmente preocupado com a politização da área técnica da Corte de Contas. Trata-se de atividade típica do Estado, indelegável e insubstituível, a ser exercida, obrigatoriamente, por agente público concursado especificamente para tal atribuição, cujo desempenho exige independência e imparcialidade, como, aliás, prevê o inciso I do art. 86 da Lei Orgânica do TCU que, indo além, tratou a independência não apenas como direito, mas como dever do auditor, juntamente com a imparcialidade e a serenidade.

A matéria já foi objeto de julgamento pelo STF que declarou a inconstitucionalidade de norma estadual por autorizar o exercício por ocupante de cargo em comissão de atribuições próprias e exclusivas do cargo de auditor de controle externo, a ser provido mediante concurso público.³⁹⁶

O **princípio do procurador de contas natural** exige que a designação do membro do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas que for atuar no processo decorra de regra transparente e imparcial, sem casuísmos. Além disso, referido princípio garante absoluta independência de atuação ao procurador, embora a instituição Ministério Público de Contas não goze de autonomia orçamentária, consoante já decidiu o STF, para quem o ministério público junto ao TCU “encontra-se consolidado na ‘intimidade estrutural’ da Corte de Contas”.³⁹⁷

³⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6655**. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES DE CONTROLE EXTERNO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS DO BRASIL. ANTICIPAÇÃO. LEGITIMIDADE. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL DE SERGIPE N. 232/2013. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL DE SERGIPE N. 204/2011. CARGOS EM COMISSÃO. PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO. TEMA 1.010 REPERCUSSÃO GERAL. INCONSTITUCIONALIDADE. FUNÇÕES E QUADRO PRÓPRIO DO TRIBUNAL DE CONTAS. CARGOS DE PROVIMENTO EFETIVO. SIMETRIA. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. MODULAÇÃO. [...] 4. Inconstitucionalidade material do §3º e caput do art. 9º da LCE 232/2013, na redação dada pelo art. 1º da LCE 256/2015, visto que conferem a um “cargo em comissão” (Coordenadores de Unidade Orgânica do Tribunal), atribuições de Estado exclusivas de cargo de provimento efetivo integrante do quadro próprio do TCE/SE, em violação aos arts. 37, II e V, e também aos arts. 70, 71, 73 e 75 da CRFB. [...]. Relator: Min. Edson Fachin, 9 de maio de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=761117074>. Acesso em: 12 out. 2022.

³⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 789**. Ementa: ADIN - LEI N. 8.443/92 - MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU - INSTITUIÇÃO QUE NÃO INTEGRA O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - TAXATIVIDADE DO ROL INSCRITO NO ART. 128, I, DA CONSTITUIÇÃO - VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA A CORTE DE CONTAS - COMPETÊNCIA DO TCU PARA FAZER INSTAURAR O PROCESSO LEGISLATIVO CONCERNENTE A ESTRUTURAÇÃO ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PERANTE ELE ATUA (CF, ART. 73, CAPUT, IN FINE) - MATÉRIA SUJEITA AO DOMÍNIO NORMATIVO DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - ENUMERAÇÃO

O **princípio do julgador natural**, a seu turno, também requer respeito ao critério de distribuição da relatoria dos processos que, nos termos do art. 107 da Lei Orgânica do TCU, deve observar os “os princípios da publicidade, da alternatividade e do sorteio”. Além disso, nos termos do art. 11 da mesma lei, segundo o qual compete ao relator presidir a instrução do processo, o princípio do julgador natural impede qualquer outro membro do Colegiado de praticar atos da competência do relator, sob pena de ilegítima subtração de competência.

O **princípio da tutela da boa-fé** está expresso no §2º do art. 12 da Lei Orgânica do TCU e em algumas leis orgânicas de outros Tribunais de Contas. Referido dispositivo é no sentido de que “§ 2º Reconhecida pelo Tribunal a boa-fé, a liquidação tempestiva do débito atualizado monetariamente sanará o processo, se não houver sido observada outra irregularidade nas contas”.

Na prática significa que, em processo de contas, se houver um dano ao erário, mas o Tribunal de Contas entender que foi decorrente de conduta de boa-fé do agente público, o Tribunal, antes de julgar as contas do gestor, fixa prazo para que ele, querendo, recolha o valor devido. Caso ele decida recolher, ganhará dois benefícios: primeiro, sobre o valor original do dano não incidirão juros de mora, mas apenas correção monetária; segundo, se essa for a única irregularidade verificada, suas contas serão julgadas regulares com ressalva.

Caso, porém, não recolha o valor devido dentro do prazo fixado pelo Tribunal de Contas, suas contas serão julgadas irregulares, com condenação ao pagamento do dano ao erário, acrescido de juros de mora e correção monetária. Se, após esse julgamento, decidir pagar o valor devido, receberá a quitação, mas o julgamento das contas permanecerá pela irregularidade.

2.2.2. Por aplicação subsidiária, relativamente ao direito material

2.2.2.1. Princípios infraconstitucionais do direito administrativo sancionador

No tocante aos princípios infraconstitucionais do direito administrativo sancionador, dois merecem destaque: o princípio da tipicidade mitigada e o princípio da predominância da imputação subjetiva culposa.

O **princípio da tipicidade mitigada** significa que, contrariamente à realidade do direito penal, marcada pelo uso intenso e predominante de tipos fechados, no direito administrativo sancionador a regra é o tipo aberto, sem que isso implique qualquer nulidade, desde que haja um mínimo de informações sobre o que é permitido, proibido ou obrigatório, a fim de possibilidade ao agente ter consciência das suas opções de agir e das possíveis consequências delas decorrentes.

Segundo o **princípio da predominância da imputação subjetiva culposa**, contrariamente ao que ocorre no direito penal, cuja regra é o crime ser doloso, e somente se admite a modalidade culposa se expressamente prevista na legislação, no direito administrativo sancionador o dolo não é a regra, mas sim a culpa *stricto sensu*, nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia, embora isso não impeça a imputação de responsabilidade por conduta dolosa, se assim ficar demonstrado no processo. No dizer de Sandro Lúcio Dezan, no direito administrativo sancionador, “o agir doloso seria um *plus* à conduta, também passível de sanção e até mesmo de agravamento desta, se assim previsto em lei”.³⁹⁸

2.2.2.2. Princípios e regras infraconstitucionais do direito penal

Consoante já se demonstrou e ainda se demonstrará ao longo deste trabalho, são diversos os institutos do direito penal que se aplicam, usualmente, ao direito administrativo sancionador, em geral, e ao direito do controle externo sancionador, no particular.

As disposições da parte geral do Código Penal relativas ao nexo de causalidade, excludentes de ilicitude e de culpabilidade, além dos conceitos de dolo e culpa, de ilícito de mera conduta, de ilícito continuado e de ilícito permanente, de erro de tipo e erro de proibição, e de concurso de pessoas, são apenas alguns dos diversos institutos do direito penal que se aplicam ao direito do controle externo sancionador.

³⁹⁸ DEZAN, Sandro. **Princípios de direito administrativo sancionador**. Op. cit., p. 248.

2.2.2.3. Princípios e regras infraconstitucionais do direito civil

Não obstante a predominância do direito penal como fonte de aplicação por analogia ao direito do controle externo sancionador, há diversos institutos do direito civil usados frequentemente pelos Tribunais de Contas. E não poderia ser diferente, pois entre as suas competências está a de condenar à reparação de dano ao erário. Por essa razão, vários institutos previstos na parte geral do Código Civil são aplicáveis aos Tribunais de Contas, tais como os relativos aos atos ilícitos, à responsabilidade solidária, à responsabilidade extracontratual e à contratual e à responsabilidade subjetiva.

Entre os princípios, merece destaque o princípio do não enriquecimento sem causa, com base no qual o TCU, em 10 de agosto de 2022, acolheu o voto do relator, Ministro Antonio Anastasia, e decidiu pela viabilidade jurídica de o Tribunal exigir da Administração Pública a aplicação do instituto do *disgorgement*.³⁹⁹

A decisão é relevante dada a importância desse instituto. O *disgorgement* é a restituição de lucros indevidos auferidos por empresa em virtude de contrato nulo, quando a nulidade foi provocada pela própria empresa. Exemplo emblemático é o contrato decorrente de licitação vencida por determinada empresa mediante fraude, em virtude da apresentação de documento falso ou de formação de cartel.

A jurisprudência do TCU, até então, era controvertida. Havia precedente que aplicara a teoria do *disgorgement*, por entender que o lucro ilegítimo compõe o valor do dano ao erário a ser ressarcido.⁴⁰⁰ Mas também havia precedente que recusara a sua aplicação, sob dois

³⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1.842/2022**. Ementa: Recurso de reconsideração interposto pelo Ministério Público junto ao TCU em face de acórdão que arquivou esta tomada de contas especial, sem julgamento do mérito, por entender ausentes os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, sob o fundamento de que esta Corte de Contas não tem competência para exigir a restituição de lucros ilegítimos por parte de empresa privada, nas hipóteses em que tenha dado causa à nulidade de um contrato administrativo, como, por exemplo, no caso de fraude à licitação. - Matéria que discute a denominada, no direito espanhol, teoria do produto bruto mitigado e, no direito norte-americano, disgorgement. [...]. Relator: Min. Antonio Anastasia, 10 de agosto de 2022. Disponível em: . Acesso em: 15 dez. 2022.

⁴⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1.306/2017**. Ementa: AUDITORIA DE CONFORMIDADE. PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. (PETROBRAS). CONTRATOS DE OPERAÇÃO DO NAVIO-SONDA VITÓRIA 10.000. DIRECIONAMENTO FRAUDULENTO. POTENCIAL DANO AO ERÁRIO. CAUTELAR. RETENÇÃO PARCIAL DE PAGAMENTOS. CONVERSÃO DO PROCESSO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. Relator: Min. José Múcio Monteiro, 21 de junho de 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1306%2520ANOACORDAO%253A2017%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 15 dez. 2022.

argumentos principais: primeiro, o de que o lucro ilegítimo não faria parte do valor do dano ao erário; segundo, o de que a exigência de restituição do lucro ilegítimo se assemelharia à pena de perdimento de bens, motivo pelo qual somente poderia ser aplicada pelo TCU se sua Lei Orgânica a tivesse previsto.⁴⁰¹ Foi exatamente contra essa última decisão que o Ministério Público junto ao TCU interpôs recurso que permitiu ao Tribunal a rediscussão da matéria.

Analizada a matéria, o relator apresentou as seguintes conclusões, acolhidas, na íntegra, pelo Plenário do TCU:

Primeira: a restituição de lucros ilegítimos está fundamentada no princípio da vedação do enriquecimento sem causa, assim como no princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza e ainda nos efeitos retroativos da declaração de nulidade, no sentido de que se deve buscar a restauração do status quo ante.

Segunda: a restituição dos lucros ilegítimos tem amparo legislativo amplo no art. 884 do Código Civil brasileiro e, especificamente, no art. 59 da Lei 8666/1993 e nos artigos 148 e 149 da Lei 14.133/2021.

Terceira: a teoria do deslocamento patrimonial unitário deve ser superada em relação à restituição dos lucros ilegítimos, pois o enriquecimento sem causa de uma pessoa não necessariamente decorre do empobrecimento de outra.

Quarta: nos termos do Enunciado n. 35 da Jornada de Direito Civil em 2002, “A expressão enriquecer à custa de outrem do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.

Quinta: conforme observado pelo Ministério Público junto ao TCU, em sua peça recursal, a restituição dos lucros ilegítimos não importa qualquer redução do patrimônio das empresas infratoras, mas apenas promove o seu retorno ao estado em que se encontrava antes da prática do ilícito.

Sexta: a restituição de lucros ilegítimos não é, em regra, uma sanção, mas sim uma consequência jurídica de natureza predominantemente civil, ainda que possa ser exigida também na esfera penal, quando o ilícito for tipificado como crime, ou na esfera administrativa, quando decorrente de ilícito dessa mesma natureza.

Desse modo, o TCU decidiu, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, ser competente para “assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as

⁴⁰¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 129/2020**. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DECORRENTE DO SUBITEM 9.14 DO ACÓRDÃO 2.677/2018-PLENÁRIO. REFINARIA ABREU E LIMA (RNEST). CONTRATOS DE IMPLANTAÇÃO DAS UNIDADES DE HIDROTRATAMENTO DE DIESEL (U-31 E U-32), DE HIDROTRATAMENTO DE NAFTA (U-33 E U-34) E DE GERAÇÃO DE HIDROGÊNIO (U-35 E U-36) - CONTRATO UHDT-RNEST - E DE IMPLANTAÇÃO DAS UNIDADES DE DESTILAÇÃO ATMOSFÉRICA - UDA (U-11 E U-12) - CONTRATO UDA-RNEST. APURAÇÃO DE DANO COMPLEMENTAR DECORRENTE DOS VALORES AUFERIDOS PELO CONSÓRCIO A TÍTULO DE LUCRO ILEGÍTIMO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DO DÉBITO. ARQUIVAMENTO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, POR AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DE CONSTITUIÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. Relator: Min. Benjamin Zymler, Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A129%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 15 dez. 2022.

providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade”, a fim de que a Administração Pública, ao efetuar a indenização decorrente de contrato nulo para o qual concorreu a empresa contratada, o faça pelo custo do serviço prestado, excluída a parcela relativa ao lucro.

Mas, caso a Administração Pública já tenha efetuado o pagamento da indenização, o TCU entendeu que, com fundamento no citado art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, tem competência para exigir da Administração Pública que busque a restituição dos lucros ilegítimos. O Tribunal reconheceu também a sua competência para atuar nesses casos de contratos nulos decorrentes de fraude praticada pela empresa contratada no tocante ao não pagamento dos lucros ilegítimos ou à sua restituição, quando já pagos.

Contudo, entendeu o Tribunal que essa atuação deve se dar de modo indireto, com fundamento no art. 71, inciso IX, da Constituição Federal, no sentido de que seja fixado prazo para o administrador público adotar as devidas providências ao exato cumprimento da lei incidente na espécie, seja um dispositivo expresso constante da lei de licitações (art. 59 da Lei nº 8.666/1993 ou arts. 148 e 149 da Lei nº 14.133/2021) ou do Código Civil (art. 884), seja um princípio jurídico, tal como o do não enriquecimento sem causa.

A justificativa para esse entendimento constou do voto do relator no sentido de que o “pagamento de lucros ilegítimos não é, a rigor, um dano ao erário, porquanto o Poder Público terá recebido, em contrapartida, o bem ou serviço que lhe foi prestado, não se podendo, a meu ver, falar em diminuição patrimonial a ser recomposta”.

2.2.3. Por aplicação subsidiária, relativamente ao direito processual

2.2.3.1. Princípios infraconstitucionais do processo administrativo sancionador

Entre os vários princípios do processo administrativo sancionador aplicáveis ao direito do controle externo sancionador, pode-se destacar o da busca da verdade material ou real, e o do formalismo moderado.

Em virtude do princípio da verdade material ou real, a Administração Pública deve buscar no processo descobrir o que de fato ocorreu, contrariamente ao processo civil, que se

informa pelo princípio da verdade formal, em que são admitidas presunções sobre fatos desfavoráveis ao réu, do que é exemplo a pena de confissão no caso de revelia.

Conforme já se acentuou, o princípio da verdade material assume profunda relevância porque o Poder Público participa dos processos não apenas como julgador, mas também como acusador, seja no processo penal em decorrência da atuação do Ministério Público como titular da ação penal pública, seja na esfera do controle das finanças públicas em virtude das competências dos Tribunais de Contas traçadas pela Constituição Federal.

Por essas razões, nos processos penal e administrativo, embora o Poder Público seja o acusador, não tem qualquer interesse em condenar quem não mereça ser condenado. Ao contrário, tanto no processo penal quanto no administrativo a preocupação é com a busca da verdade material, motivo pelo qual nesses processos o Estado não se contenta com a verdade formal apenas. Há nisso mais uma demonstração da proximidade do processo penal com o processo administrativo sancionador.

O princípio do formalismo moderado, a seu turno, de certo modo é derivado do princípio da busca da verdade material, porquanto o importante é descobrir a verdade dos fatos, motivo pelo qual impropriedades processuais devem ser relevadas, até mesmo porque não se requer atuação assistida por advogado, podendo a defesa do agente público ser elaborada e apresentada diretamente por ele, que nem sempre tem familiaridade com o processo de controle externo.

2.2.3.2. Princípios e regras infraconstitucionais do processo civil

Os institutos do processo civil aplicam-se intensamente ao direito do controle externo sancionador que se realiza por meio de um processo de controle externo, cuja natureza é administrativa. Ora, o próprio Código de Processo Civil determina, no art. 15, a sua aplicação subsidiária e supletiva aos processos administrativos.

A exceção fica por conta dos dispositivos do processo civil que encerram comandos contrários aos princípios próprios do processo administrativo como, por exemplo, o princípio da verdade formal ou a pena de confissão no caso da revelia, ambos institutos incompatíveis com a natureza do processo administrativo.

2.2.3.3. Princípios e regras infraconstitucionais do processo penal

O processo penal, consoante se afirmou anteriormente, tem pontos importantes de conexão com o processo administrativo como, por exemplo, serem informados pelo princípio da busca da verdade material. O Código de Processo Penal, a seu turno, traz alguns comandos úteis e aplicáveis ao processo administrativo, a exemplo do art. 157 acerca dos limites e das possibilidades do uso da prova relativamente à sua ilicitude, com o seguinte teor:

CPP, art. 157. ...

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

2.5. Sujeitos passivos da responsabilização pelos Tribunais de Contas

Os sujeitos passivos da responsabilização pelos Tribunais de Contas estão definidos no parágrafo único do art. 70 e no inciso II do art. 71 da Constituição federal, com o seguinte teor:

Art. 70. (...)

Parágrafo único. Prestará contas **qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada**, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

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

II - julgar as contas dos **administradores e demais responsáveis** por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, **e as contas daqueles** que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; (grifos não são do original)

À luz da redação desses dispositivos, algumas questões controvertidas têm sido objeto de discussão, conforme demonstrado a seguir.

2.5.1. Agentes públicos

Em relação aos agentes públicos, o STF já decidiu que a competência do Tribunal de Contas não se limita ao ordenador de despesas, mas alcança qualquer agente público. Cuidou-se de mandado de segurança impetrado por esposa de magistrado do TRT da 17ª Região que havia sido nomeada para cargo em comissão por juiz do TRT da 1ª Região contra decisão do TCU que a responsabilizou por dano ao erário, tendo em vista ter constatado a prática de nepotismo cruzado, agravada pelo fato de a nomeada nunca ter prestado os serviços decorrentes do cargo para o qual havia sido nomeada.⁴⁰²

Diante da alegação da impetrante de que o TCU não teria competência para lhe responsabilizar por não ser ordenadora de despesas, o relator, ministro Eros Grau, afirmou que o argumento é irrelevante, “vez que todos aqueles que causarem dano ao erário submetem-se à fiscalização do TCU, bem como às penalidades previstas em lei”, nos termos do art. 71, inciso II, da Constituição Federal e do art. 8º da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/1992), com a seguinte redação:

Art. 8º Diante da omissão no dever de prestar contas, da não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, na forma prevista no inciso VII do art. 5º desta Lei, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração da tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.

2.5.2. Membros da Federação brasileira

Outra questão que já foi objeto de controvérsia diz respeito a se saber se um Tribunal de Contas pode responsabilizar algum membro da Federação brasileira, sem que isso represente ofensa ao pacto federativo. O tema é interessante porque os Tribunais de Contas são órgãos e, como tais, sem personalidade jurídica, pertencentes a um dos membros da Federação brasileira.

⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança 25.880**. Ementa: EMENTA: [...] 1. A competência do Tribunal de Contas da União para julgar contas abrange todos quantos derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário, devendo ser aplicadas aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, lei que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado aos cofres públicos [art. 71, II, da CB/88 e art. 5º, II e VIII, da Lei n. 8.443/92] [...]. Relator: Min. Eros Grau, 7 de fevereiro de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=409762>. Acesso em: 30 abr. 2022.

Essa discussão surgiu em virtude de alguns casos enfrentados pelo TCU. Um deles diz respeito ao desvio de finalidade na execução de convênio celebrado pela União com algum município. O desvio de finalidade ocorre quando o objeto do convênio é, por exemplo, para a construção de uma escola, mas o município constrói um posto de saúde. Nesses casos, a Corte de Contas entende que a irregularidade é grave, porquanto houve o descumprimento de uma política pública federal de educação e ainda a realização de despesa sem previsão orçamentária, pois a autorização era para despesas na área de educação e não de saúde.

Por essa razão, o gestor municipal, nessas hipóteses, terá as suas contas relativas ao convênio julgadas irregulares, com aplicação de multa. No entanto, caso fique provado que o posto de saúde foi, de fato, construído com os recursos do convênio, o TCU entende que houve um enriquecimento ilícito do município. Desse modo, após o devido processo legal, ao qual o município também é chamado a participar, o Tribunal não condena o gestor municipal à reparação do dano ao erário federal, mas sim o município.

Em relação aos estados da Federação brasileira, essa discussão surgiu em face dos denominados convênios guarda-chuva, nos quais a União repassa determinado valor ao estado, para a consecução de um objeto específico, que, por sua vez, o transfere a diversos municípios daquele Estado. Em época anterior a 1993, quando o Brasil convivia com inflação mensal muito alta, 10%, 20%, 30%, tendo chegado até 84,32% no seu maior pico, os estados, após receberem os recursos da União, não os repassavam imediatamente aos municípios, mas os aplicavam no mercado financeiro por um ou dois meses. Auferidos os rendimentos financeiros pelo estado, que deles se apropriava, os recursos eram repassados aos municípios pelos seus valores nominais.

No ano de 2004, o TCU editou a Decisão Normativa 57/2004, que passou a regulamentar a hipótese de responsabilização direta dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, nos casos de transferência de recursos públicos federais cujo art. 3º estabelece o seguinte:

Art. 3º Caso comprovado que o ente federado se beneficiou pela aplicação irregular dos recursos federais transferidos, o Tribunal, ao proferir o julgamento de mérito, condenará diretamente o Estado, o Distrito Federal ou o Município, ou a entidade de sua administração, ao pagamento do débito, podendo, ainda, condenar solidariamente o agente público responsável pela irregularidade e/ou cominar-lhe multa.⁴⁰³

⁴⁰³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 57, de 5 de maio de 2004**. Regulamenta a hipótese de responsabilização direta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de

A questão já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal, em mandado de segurança impetrado pelo Estado do Rio Grande do Sul em face de decisão do TCU que o havia responsabilizado pelo descumprimento de convênio celebrado com a União para a construção de um posto de saúde, cuja execução o aludido Estado delegou ao Município de Pelotas que, sua vez, não cumpriu com a sua obrigação.⁴⁰⁴

O relator, ministro Dias Toffoli, não apenas considerou correta a citada Decisão Normativa 57/2004 como também entendeu que a possibilidade de responsabilização do Estado pelo TCU não se limita à hipótese prevista na mencionada norma, que requer a demonstração do benefício auferido pelo Estado, pois “não implica vedação a que se responsabilize o estado conveniente pelo descumprimento do convênio, apenas traça regras para a condenação direta do Estado sem necessidade de identificação da má-fé de qualquer dos seus agentes”.

Com efeito, não admitir a responsabilização de outro membro da Federação brasileira pelo Tribunal de Contas do membro credor é desestabilizar o pacto federativo e instaurar grave insegurança jurídica nas relações federativas, porquanto enfraqueceria os instrumentos à disposição do ente credor para exigir o seu crédito, com a probabilidade de se produzir ainda risco moral, pela ciência antecipada do ente devedor de que a cobrança da dívida seguirá caminhos jurídicos mais onerosos.

Trata-se de questão relevante, em face do federalismo cooperativo praticado no Brasil, país de grande extensão territorial e profunda assimetria entre os membros da Federação, agravada pela carência de efetivação de direitos fundamentais. É na busca da superação dessas dificuldades que se justifica a intensa cooperação financeira entre seus membros, por meio, principalmente, de transferências voluntárias da União para estados e destes para os municípios, para a execução de políticas públicas de interesse não apenas local, mas nacional.

transferência de recursos públicos federais. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528%2522Decis%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A57%2520NUMANOATO%253A2004/score%2520desc/0/%2520. Acesso em: 30 abr. 2022.

⁴⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 30.946**. Ementa: Agravo interno em mandado de segurança. Convênio firmado entre entes políticos. Repasse de verbas federais ao estado. Prestação de contas. Responsabilidade do estado-membro por irregularidades constatadas. Controle pelo TCU. Possibilidade. Agravo interno do qual se conhece e ao qual se nega provimento. [...] 2. Na condição de conveniente, o estado pode ser responsabilizado pela má utilização de verbas públicas federais repassadas por convênio, submetendo-se, portanto, ao controle do TCU, sem prejuízo, ainda, de eventual responsabilidade concorrente do gestor estadual. [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 4 de abril de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14777719>. Acesso em: 30 abr. 2022.

A estratégia é necessária como mecanismo importante para a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais, na qualidade de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, conforme expressamente estampado no inciso III do art. 3º da Constituição Federal.

2.5.3. Agentes privados

A questão relativa à competência dos Tribunais de Contas sobre os particulares de modo geral, agentes privados, deriva da redação tanto do parágrafo único do art. 70, relativamente ao dever de pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, de prestar contas, quanto do inciso II do art. 71 da Constituição, no tocante especialmente à sua parte final, no sentido de que compete ao Tribunal julgar as “contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

Há quatro hipóteses de responsabilização do particular pelo Tribunal de Contas:

- **Primeira hipótese de responsabilização do particular:** quando o particular está na condição de quem utiliza, arrecada, guarda, gerencia ou administra dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.

Nesta hipótese, o particular atua como *longa manus* do Poder Público, na execução de uma atividade cujo interesse de ambos é convergente, pela consecução de uma finalidade pública. Exemplo disso são as entidades do terceiro setor, fundações privadas, associações e pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, qualificadas como organizações sociais ou organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIPs), que exercem atividades de interesse da coletividade, em complementação à atuação estatal na efetivação de políticas públicas de educação, saúde e outras.

Referidas entidades têm o dever de prestar contas ao Poder Executivo, ainda que de modo simplificado ou específico, e poderão ter seus atos auditados diretamente pelo Tribunal de Contas competente, especialmente se derem causa a um dano ao erário. Desse modo, podem ser responsabilizadas diretamente pela Corte de Contas.

Sobre o tema, o STF tem reiteradamente afirmado que “não é a natureza do ente envolvido na relação que permite, ou não, a incidência da fiscalização da Corte de Contas,

mas sim a origem dos recursos envolvidos, conforme dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal”.⁴⁰⁵

- **Segunda hipótese de responsabilização do particular:** quando o particular está na condição de contratado do Poder Público e concorre para o cometimento de um dano ao erário juntamente com um agente público.

Nessas circunstâncias, não há convergência de interesses nem de finalidades, mas sim uma relação comutativa, na qual o interesse de uma das partes, no caso, o Poder Público, é receber o bem ou serviço e da outra parte, o contratado, é receber a contraprestação pecuniária.

Em regra, as leis orgânicas dos Tribunais de Contas preveem, expressamente, a possibilidade de responsabilidade solidária do particular contratado juntamente com o agente público quando tiver concorrido para o cometimento do dano ao erário, em dispositivo normativo que, na sua imensa maioria, é muito similar ao que consta da alínea b do §2º do art. 16 da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/1992), com o seguinte teor:

Art. 16. As contas serão julgadas:

III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

a) do agente público que praticou o ato irregular, e

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

A possibilidade de o Tribunal de Contas imputar responsabilidade solidária a empresa contratada pelo Poder Público juntamente com o agente público foi admitida pelo Supremo Tribunal Federal, no precedente citado no mesmo Mandado de Segurança nº 24.379, citado no tópico anterior, com fundamento na parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, ao estabelecer que compete ao Tribunal julgar as “contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” e no inciso VIII do mesmo artigo, segundo o qual compete ao Tribunal de Contas “aplicar aos responsáveis, em

⁴⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança 24.379**. Ementa: [...] 3. Em decorrência da amplitude das competências fiscalizadoras da Corte de Contas, tem-se que não é a natureza do ente envolvido na relação que permite, ou não, a incidência da fiscalização da Corte de Contas, mas sim a origem dos recursos envolvidos, conforme dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal 4. Denegação da segurança. Rel. Min. Dias Toffoli, 7 de abril de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8634710>. Acesso em: 30 abr. 2022.

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;”⁴⁰⁶

- **Terceira hipótese de responsabilização do particular:** quando o particular está na condição de contratado do Poder Público e causa um dano ao erário, por inexecução contratual ou por sua má execução, sem que, para tanto, tenha concorrido qualquer agente público.

Essa hipótese envolve a discussão sobre qual a extensão da parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, cujo redação convém reproduzir para melhor exposição do tema:

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

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas **daqueles** que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público; (o grifo não é do original)

Ou seja, a pergunta é: quem são os “daqueles”. Há, ao menos, quatro respostas a se cogitar:

Primeira resposta: a expressão “daqueles” se refere aos “administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos” mencionados na primeira parte do dispositivo.

Essa resposta conduziria à inutilidade da parte final do dispositivo que seria letra morta, pois nada acrescentaria ao que já prevê a sua primeira parte. Por essa razão, esta resposta deve ser descartada.

Segunda resposta: a expressão “daqueles” se refere aos demais agentes públicos não alcançados pela expressão “administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos” contida na primeira parte do dispositivo, que seriam aqueles que não têm o dever de prestar contas ordinárias de gestão, isto é, seriam aqueles que não são ordenadores de despesa.

⁴⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança 24.379**. Ementa: Mandado de segurança. Competência do Tribunal de Contas da União. Inclusão dos impetrantes em processo de tomada de contas especial. Responsabilidade solidária. Ressarcimento ao erário. Ilegalidade e abuso de poder não configurados. Denegação da segurança. [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 7 de abril de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8634710>. Acesso em: 30 abr. 2022.

A expressão “daqueles” se refere também ao agente privado a que alude a alínea b do § 2º do art. 16 da Lei Orgânica do TCU, segundo a qual o Tribunal pode fixar a responsabilidade solidária do agente público com o “terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado”.

Essa resposta foi adotada pelo Tribunal de Contas da União até 2013, quando a abandonou a partir da prolação do Acórdão nº 946/2013 – Plenário para adotar o entendimento da resposta a seguir comentada.⁴⁰⁷

A imputação de responsabilidade solidária do particular com um agente público pelo TCU em relação à obrigação de reparar o dano ao erário tem sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal em diversos precedentes, dos quais o Mandado de Segurança nº 24.379, anteriormente citado, merece destaque, por ter sido o resultado de julgamento no qual o tema foi intensamente debatido e cuja decisão foi por ampla maioria, com um único voto vencido, do ministro Marco Aurélio.⁴⁰⁸

Terceira resposta: a expressão “daqueles” se refere a quem quer que cause um dano ao erário, ou seja, reescrevendo a parte final do dispositivo, seria o equivalente a seguinte

⁴⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 946/2013**. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL DECORRENTE DA CONVERSÃO DO PROCESSO DE AUDITORIA RELATIVO AO FISCOBRAS/2001. SOBREPÊÇO NOS CUSTOS UNITÁRIOS DOS SERVIÇOS DE ESCAVAÇÃO, CARGA E TRANSPORTE DE MATERIAIS DE 1ª E 3ª CATEGORIA, NAS OBRAS DO CANAL ADUTOR DA SERRA DA BATATEIRA/BA. IRREGULARIDADE DAS CONTAS DOS RESPONSÁVEIS CITADOS, COM A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA E DO DÉBITO CORRESPONDENTE AOS RESPECTIVOS PERÍODOS DE GESTÃO EM SOLIDARIEDADE COM A EMPRESA BENEFICIÁRIA. RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO DAS PEÇAS RECURSAIS. PROVIMENTO TOTAL E INTEGRAL QUANTO A ALGUNS RESPONSÁVEIS, E NEGATIVA DE PROVIMENTO EM RELAÇÃO A OUTROS. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. Relator: Min. Benjamin Zymler, 17 de abril de 2013. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A946%2520ANOACORDAO%253A2013%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 14 mai. 2022.

⁴⁰⁸ No mesmo sentido do MS 24.379, entre outros: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança nº 29.599**. Ementa: Mandado de segurança. Ato do Tribunal de Contas da União. Competência prevista no art. 71, IX, da Constituição Federal. Contrato rescindido unilateralmente pela Administração. Abertura de processo de tomada de contas especial. Dano ao erário configurado. Devolução de valores a título de sobrepreço. Necessidade de dilação probatória. Não ocorrência de violação do princípio do devido processo legal. Segurança denegada. 1. É legítima a condenação solidária da impetrante ao ressarcimento do dano causado ao erário, bem como sua consequente inscrição no CADIN, no caso de inadimplemento, tudo em consonância com a Lei nº 8.443/92. Devolução de valores ao erário em razão de superfaturamento de preços constatado em aditamentos contratuais. Valores calculados com base não na execução do contrato, mas sim na diferença dos valores apurados a título de sobrepreço pelo TCU. [...]. Rel. Min. Dias Toffoli, 1º de março de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11338267>. Acesso em: 14 mai. 2022.

expressão: “de qualquer pessoa, física ou jurídica, pública ou privada que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

Conforme afirmado anteriormente, esta resposta passou a ser adotada a partir de 2013, com a prolação do Acórdão 946/2013 – Plenário que imprimiu nova interpretação à parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, sob o fundamento, constante do voto do relator, Ministro Benjamin Zymler, de que a “não há qualquer razão jurídica para delimitar o sentido da expressão “daqueles” aos agentes administrativos ou particulares no exercício de múnus público”, motivo pelo qual aludida interpretação seria uma “restrição não autorizada ao significado da norma constitucional”.

Curioso observar que esse entendimento supostamente inaugurado com o mencionado Acórdão nº 946/2013 – Plenário já constava da Súmula nº 187 do TCU, editada em 1982, ou seja, na vigência ainda da Constituição Federal de 1969 e da anterior Lei Orgânica do TCU (Decreto-Lei nº 199/1967), com o seguinte teor:

Súmula 187: Sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, nas instâncias, próprias e distintas, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, dispensa-se, a juízo do Tribunal de Contas, a tomada de contas especial, quando houver dano ou prejuízo financeiro ou patrimonial, causado por pessoa estranha ao serviço público e sem conluio com servidor da Administração Direta ou Indireta e de Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, de qualquer outra entidade que gerencie recursos públicos, independentemente de sua natureza jurídica ou do nível quantitativo de participação no capital social.⁴⁰⁹

É de se lembrar que não havia na Constituição Federal de 1969 nem na Lei Orgânica anterior do TCU (Decreto-Lei nº 199/1967) qualquer dispositivo com redação semelhante à que consta da parte final do inciso II do art. 71 da atual Constituição Federal de 1988, no sentido de que compete ao Tribunal de Contas julgar as “contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”.

Talvez essa circunstância explique o fato de que o TCU, até 2013, não havia invocado referida Súmula para prolar qualquer condenação contra “pessoa estranha ao serviço público e sem conluio” com agente público. A prática, até então adotada, era a de invocar aludida Súmula exatamente com a finalidade oposta, ou seja, para não autuar processo de tomada de contas especial contra o particular nessas hipóteses.

⁴⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Súmula nº 187**. Rel. Min. Octávio Gallotti, 26 de outubro de 1982. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/sumula/*/NUMERO%253A187/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMEROINT%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue. Acesso em: 14 mai. 2022.

Mas, repare-se: a Súmula nº 187 trata essa questão como discricionariedade do Tribunal e não como resultado da interpretação acerca dos limites subjetivos de sua competência que, pela expressão usada na Súmula, “dispensa-se, **a juízo do Tribunal de Contas**, a tomada de contas especial”, evidencia a premissa adotada no sentido do reconhecimento dessa competência.

Ao retomar esse entendimento no Acórdão nº 946/2013 – Plenário, o Tribunal adotou interpretação que, no extremo, poderia autorizar a abertura de processo de tomada de contas especial em face de um motorista particular que colidisse com o seu carro em um carro pertencente à União, pois teria, no caso, havido um dano ao erário. Mas, caso o TCU não instaurasse referido processo, o fundamento usado não seria relativo à competência do Tribunal para tanto, pois esta estaria presumidamente reconhecida, mas sim a sua discricionariedade, o que não nos parece acertado.

A questão requeria ajustes, pois a Constituição Federal não outorgou aos Tribunais de Contas competência para responsabilizar quem cause dano ao erário em qualquer circunstância. A parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, ao prever a competência para o Tribunal de Contas julgar as “contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” indicou com a expressão “contas” que não se trata de qualquer prejuízo ao erário, mas apenas aqueles que possam ser alcançados por essa expressão.

Não se pode perder de vista que o Tribunal de Contas exerce o controle externo da Administração Pública. Portanto, todos os comandos constitucionais requerem leitura deferente aos princípios da interpretação constitucional, comentados anteriormente, especialmente os da unidade da Constituição e o da concordância prática que, neste caso, conduzem o intérprete para uma leitura adequada à natureza jurídica dos Tribunais de Contas.

Desse modo, por mais extensiva que seja a interpretação a ser conferida à expressão “contas”, não alcançará o particular sem qualquer vínculo ou relação jurídica com o Poder Público, a exemplo do motorista particular cujo carro colide com um carro pertencente à União.

Quarta resposta: a expressão “daqueles” se refere aos agentes públicos em geral e às pessoas físicas ou jurídicas de direito privado que causarem dano ao erário, independentemente da coparticipação de servidor, empregado ou agente público, desde que as

ações do particular contrárias ao interesse público derivem de ato, contrato administrativo ou instrumento congênere sujeitos ao Controle Externo.

Essa resposta retrata, atualmente, o entendimento adotado pelo TCU, consolidado no Acórdão nº 321/2019 – Plenário, prolatado em incidente de uniformização de jurisprudência, no qual, a rigor, apenas reiterou o entendimento firmado no citado Acórdão nº 946/2013 – Plenário, mas com o acréscimo da limitação do alcance da atuação do Tribunal, pois esclareceu que o particular somente poderá ser responsabilizado pela Corte de Contas se o dano ao erário que cometeu tiver decorrido de ato, contrato administrativo ou instrumento congênere sujeitos ao Controle Externo.⁴¹⁰

Desse modo, a partir do Acórdão nº 321/2019 – Plenário, o TCU soluciona a questão apontada na resposta anterior quanto à amplitude que o Acórdão nº 946/2013 – Plenário havia dado à interpretação da parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, o que, até então, permitiria a instauração de uma tomada de contas especial contra o motorista cujo carro colidisse com um carro pertencente à União.

Embora o Supremo Tribunal Federal não tenha ainda julgado qualquer ação oferecida em face de decisão do TCU que tenha condenado uma empresa privada à reparação de dano ao erário decorrente da prática de ato que não tenha contado com a participação de algum agente público, há sinalizações importantes daquela Corte no sentido de admitir a hipótese.

A mais expressiva sinalização do STF sobre o assunto consta do Mandado de Segurança nº 30.788, impetrado em face de decisão do TCU que aplicou à impetrante, empresa privada, a sanção prevista no art. 46 da sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443/1992), segundo o qual “Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”. De acordo com a decisão do TCU, a impetrante havia

⁴¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 321/2019**. Ementa: INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM O OBJETIVO DE DIRIMIR DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTOS A RESPEITO DA COMPETÊNCIA DO TCU PARA JULGAR CONTAS DE TERCEIROS PARTICULARES QUE CAUSEM DANO AO ERÁRIO. FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTO SOBRE O ASSUNTO. Compete ao TCU, de acordo com as disposições dos artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição de 1988 c/c os artigos 5º, inciso II, 16, § 2º, e 19 da Lei 8.443/1992 e o artigo 209, § 6º, do Regimento Interno, julgar as contas de pessoa física ou jurídica de direito privado que causarem dano ao erário, independentemente da coparticipação de servidor, empregado ou agente público, desde que as ações do particular contrárias ao interesse público derivem de ato ou contrato administrativo sujeitos ao Controle Externo. Rel. Min. Ana Arraes, 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A321%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 14 mai. 2022.

praticado fraude à licitação ao apresentar notas fiscais e atestados de capacidade falsos, sem participação, portanto, de qualquer agente público.⁴¹¹

O relator, ministro Marco Aurélio, sustentou a inconstitucionalidade do art. 46 da Lei Orgânica do TCU, por entender que a Constituição Federal não outorga à Corte de Contas a competência para impor sanção a empresa privada.

O redator para o acórdão, ministro Roberto Barroso, a seu turno, ponderou que a sanção de declaração de inidoneidade por fraude à licitação, prevista na Lei Orgânica do TCU, “encontra fundamento de validade nas previsões constitucionais que autorizam a lei a prever penalidades aplicáveis pelo TCU a pessoas físicas e jurídicas que recebam recursos públicos, independentemente da sua natureza pública ou privada (CF, arts. 70, p. único, e 71, II e VIII)”.

Como se vê, a hipótese envolve a mesma questão ora examinada, ou seja, trata-se de decisão do TCU que imputa responsabilidade a empresa privada pela prática de um ilícito praticado no âmbito de uma relação jurídica com o Poder Público, sem que, para tanto, tenha concorrido qualquer agente público.

Há, porém, três distinções: primeira, neste caso a relação jurídica ainda não é contratual, mas entre um licitante e o Poder Público; segunda, a decisão do TCU, neste caso, não condena à reparação de um dano ao erário, mas aplica a sanção de declaração de inidoneidade; terceira, neste caso, a sanção aplicada tem expressa previsão na Lei Orgânica do TCU, ao passo que naquele a condenação à reparação de dano ao erário decorre da interpretação dos incisos II e VIII do art. 71 da Constituição Federal e da interpretação sistemática dos artigos 5º, inciso II, 16, § 2º, e 19 da Lei nº 8.443/1992.

Apesar dessas diferenças, o precedente é representativo por expor a compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre o alcance da competência do Tribunal de Contas, cujos limites são fixados pela Constituição Federal e não por norma infraconstitucional. Por essa razão, para fins de aplicação desse mesmo entendimento à hipótese em que o TCU condena uma empresa à reparação de dano ao erário, quando não há o concurso de um agente público,

⁴¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 30.788**. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. SANÇÃO DE INIDONEIDADE. [...] 2. É constitucional o art. 46 da Lei nº 8.443/1992, que institui sanção de inidoneidade a particulares por fraude a licitação, aplicável pelo TCU. Precedente: Pet 3.606 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. 3. Ordem denegada. Relator: Min. Marco Aurélio. Red. para o acórdão: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9028492>. Acesso em: 14 mai. 2022.

não é relevante o fato de não haver previsão específica na Lei Orgânica do TCU para tanto, por dois motivos.

Primeiro, porque, como se afirmou, é a Constituição Federal que define as possibilidades e os limites da competência dos Tribunais de Contas e não normas infraconstitucionais, a quem compete apenas regulamentar a matéria. Segundo, porque, embora não haja previsão expressa na Lei Orgânica do TCU, essa possibilidade é também extraída da citada lei a partir da interpretação sistemática de seus dispositivos, consoante indicado anteriormente.

No mesmo sentido foi a decisão monocrática do ministro Edson Fachin no Mandado de Segurança nº 34.793, impetrado por empresa contratada pela Petrobras, em face de decisão do TCU que havia decretado, cautelarmente, a indisponibilidade dos seus bens. O relator afirmou que “em especial quando se analisa o rol constitucional de atribuições do Tribunal de Contas da União, é claramente perceptível que também se enquadram como responsáveis pela aplicação dos recursos públicos os particulares que contratem com a Administração”.⁴¹²

Poucos meses após a citada decisão, o ministro Edson Fachin prolatou decisão monocrática no Mandado de Segurança nº 35.004, impetrado por duas empresas contratadas pela Petrobras, em face de decisão do TCU que, cautelarmente, determinou à empresa estatal o não pagamento às contratadas de determinadas quantias, por meio da retenção de valores contratuais, na qual enfatizou que “é claramente perceptível que também se enquadram como responsáveis pela aplicação dos recursos públicos os particulares que contratem com a Administração”.⁴¹³

⁴¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). **Mandado de Segurança nº 34.793**. Relator: Min. Edson Fachin, 29 de junho de 2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=312128285&ext=.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2022.

⁴¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). **Mandado de Segurança nº 35.004**. Trecho da decisão: [...] Logo, em especial quando se analisa o rol constitucional de atribuições do Tribunal de Contas da União, é claramente perceptível que também se enquadram como responsáveis pela aplicação dos recursos públicos os particulares que contratem com a Administração: [...] Assim, dispondo o próprio texto constitucional acerca daqueles que podem ter contas e mesmo condutas averiguadas pelo Tribunal de Contas da União, não antevejo a existência de qualquer discrimen que permita a conclusão pela impossibilidade de decretar-se medida cautelar que acabe por interferir na esfera jurídica de particulares que, ao contratarem com a Administração, viram esses contratos submetidos à auditoria que detectou fortes indícios de sobrepreço e fraude à licitação. Portanto, por se tratar de pretensão ao ressarcimento ao erário, apreensível a competência da Corte de Contas do próprio texto constitucional, não merecem acolhidas as alegações das Impetrantes. [...] Diante do entendimento pacífico da Corte acerca da competência constitucional do TCU para aferir a regularidade dos repasses de dinheiro público a terceiros que contratam com a Administração Pública, bem como em face da manifesta inadequação da via eleita pela necessidade de dilação probatória incabível na presente seara, nego seguimento ao presente mandado de segurança. Relator: Min. Edson Fachin, 25 de agosto de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho775443/false>. Acesso em: 10 jun. 2022.

O ministro ainda afirmou que é o próprio Texto Constitucional que dispõe acerca de quem pode ter, não apenas contas, mas também condutas averiguadas pelo TCU, motivo pelo qual reconheceu a competência da Corte de Contas para imputar responsabilidade a empresa privada contratada pelo Poder Público quando se tratar de pretensão de ressarcimento ao erário. E, ao final, enfatizou o “entendimento pacífico da Corte [STF] acerca da competência constitucional do TCU para aferir a regularidade dos repasses de dinheiro público a terceiros que contratam com a Administração Pública”.⁴¹⁴

O ministro Luiz Fux, a seu turno, bem resumiu a leitura que o Supremo Tribunal Federal tem feito das disposições constitucionais relativas aos Tribunais de Contas, ao sustentar que a interpretação deve ser a mais ampla possível, nos termos defendidos pela doutrina dedicada ao tema. Em seu voto o relator fez a seguinte afirmação que reproduziu na íntegra na ementa do julgado:

“É cediço na doutrina pátria que “o alcance do inciso [II do art. 71] é vasto, de forma a alcançar todos os que detenham, de alguma forma, dinheiro público, sem seu sentido amplo. Não há exceção e a interpretação deve ser a mais abrangente possível, diante do princípio republicano, (...)”. (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 564)”.⁴¹⁵

O que se depreende dos precedentes do Supremo Tribunal Federal acima mencionados é a aplicação do princípio de interpretação constitucional da máxima efetividade das normas constitucionais em relação ao estatuto constitucional que rege a atuação dos Tribunais de Contas, a fim de que tenham suporte jurídico para a adoção de múltiplas providências, próprias de órgãos de controle, necessárias e suficientes ao desestímulo e repressão de condutas atentatórias à efetivação do direito fundamental à boa Administração Pública, praticadas por agentes públicos e privados que licitem ou contratem com o Poder Público.

- **Quarta hipótese de responsabilização do particular:** quando o particular está na condição de licitante e comete fraude comprovada à licitação, sem que, para tanto, tenha concorrido qualquer agente público. Nessa hipótese, o Tribunal declarará a inidoneidade do

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão monocrática). **Mandado de Segurança nº 35.004**. Rel. Min. Edson Fachin, 25 de agosto de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho775443/false>. Acesso em: 14 mai. 2022.

⁴¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança nº 26.969**. Ementa: 1. O Tribunal de Contas tem atribuição fiscalizadora acerca de verbas recebidas do Poder Público, sejam públicas ou privadas (MS nº 21.644/DF), máxime porquanto implícito ao sistema constitucional a aferição da escorreita aplicação de recursos oriundos da União, mercê da interpretação extensiva do inciso II do art. 71 da Lei Fundamental. [...]. Relator: Min. Luiz Fux, 18 de novembro de 2014. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7459206>. Acesso em: 10 jun. 2022.

licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

Consoante exposto no item anterior, a responsabilização direta do particular que pratica fraude à licitação é realizada pelo TCU com fundamento no art. 46 da sua Lei Orgânica (Lei nº 8.443/1992), segundo o qual “Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal”. Referido artigo de lei foi considerado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 30.788, comentado no item anterior.

Há, porém, um precedente anterior, Agravo Regimental na Petição nº 3.606, no qual se discutiu decisão do TCU que havia aplicado a uma empresa privada, autora da ação judicial, a sanção de declaração de inidoneidade, por entender que teria praticado fraude à licitação. No entanto, anteriormente à decisão do TCU, o ministro de Estado da área respectiva na qual foi processada a licitação já havia apreciado o mesmo fato e havia decidido não aplicar a sanção de inidoneidade prevista no art. 87, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993. O STF evidenciou que a não aplicação da sanção pelo ministro de Estado não impede o TCU de, ao analisar o mesmo fato, aplicá-la à empresa autora do ilícito.⁴¹⁶

2.5.4. Sócios ou administradores de empresas privadas

Outra possibilidade de responsabilização de particulares pelos Tribunais de Contas tem sido por meio da aplicação da teoria da descon sideração de personalidade jurídica. Não obstante a ausência de previsão legal expressa para os Tribunais de Contas se valerem dessa teoria, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, nos casos de abuso de direito, é possível

⁴¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Agravo Regimental na Petição nº 3.606**. Ementa: Conflito de atribuição inexistente: Ministro de Estado dos Transportes e Tribunal de Contas da União: áreas de atuação diversas e inconfundíveis. 1. A atuação do Tribunal de Contas da União no exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades administrativas não se confunde com aquela atividade fiscalizatória realizada pelo próprio órgão administrativo, uma vez que esta atribuição decorre da de controle interno insito a cada Poder e aquela, do controle externo a cargo do Congresso Nacional (CF, art. 70). 2. O poder outorgado pelo legislador ao TCU, de declarar, verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da L. 8.443/92), não se confunde com o dispositivo da Lei das Licitações (art. 87), que - dirigido apenas aos altos cargos do Poder Executivo dos entes federativos (§ 3º) - é restrito ao controle interno da Administração Pública e de aplicação mais abrangente. [...]. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 21 de setembro de 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388724>. Acesso em: 10 jun. 2022.

a sua aplicação pelos Tribunais de Contas, com fundamento na teoria dos poderes implícitos, no princípio da moralidade e na superveniência da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) que, em seu art. 14, prevê a aplicação dessa teoria pela Administração Pública.⁴¹⁷

⁴¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 36.849**. Ementa: Agravo regimental em mandado de segurança. Ordem denegada. Inexistência do alegado direito líquido e certo. Inclusão de sócios de empresa investigada no polo passivo de procedimento de tomada de contas especial ao cabo de auditoria preparatória. Inexistência de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Agravo regimental a que se nega provimento. [...]. Relator: Min. Dias Toffoli, 28 de setembro de 2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15349521701&ext=.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2022.

CAPÍTULO 3: A RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E SUA APLICAÇÃO NOS TRIBUNAIS DE CONTAS, CONSIDERADAS SUAS PECULIARIDADES

3.1. A responsabilidade subjetiva e seus elementos como pressupostos para a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas

Conforme exposto no tópico que tratou do princípio da culpabilidade, a responsabilidade subjetiva decorre da sua terceira dimensão que veda a responsabilidade objetiva, pois referido princípio exige a demonstração de dolo ou culpa para que haja a responsabilização de alguém pela prática de um ato ilícito.

A doutrina civilista brasileira, inspirada pela francesa, aponta que a responsabilidade subjetiva tem três elementos ou pressupostos: primeiro, o fato ilícito, na qualidade de elemento formal, que representa uma contrariedade ao direito decorrente de conduta voluntária; segundo, o dolo ou a culpa, na condição de elemento subjetivo; terceiro, o dano e o nexo de causalidade, como elemento causal-material.⁴¹⁸

Referidos elementos constam do art. 186 do Código Civil, segundo o qual “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

São elementos também exigidos pelo direito público sancionador, o que inclui o direito penal, o administrativo em suas variadas vertentes e o de controle externo, com a única exceção de que nem sempre o dano será requerido, porquanto há diversos ilícitos penais e administrativos que não exigem o resultado dano, mas revelam uma ofensa ao ordenamento jurídico, por serem ilegais em sentido amplo, ilegítimos ou antieconômicos.

Conforme alertado, porém, por Sandro Dezan e Paulo Carmona, a voluntariedade do agente não é suficiente para fundamentar a aplicação de uma sanção administrativa, pois requer também a demonstração do dolo ou da culpa, sob pena de se aceitar, indevidamente, aplicação de sanção com base em responsabilidade objetiva. Por essa razão, os autores sustentam que o elemento anímico da conduta é aferido em duas fases ou etapas: na primeira,

⁴¹⁸ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 17-18.

avalia-se se a ação praticada pelo agente foi voluntária ou involuntária; na segunda, avalia-se se a ação do agente foi dolosa ou culposa.⁴¹⁹

Portanto, a responsabilidade subjetiva é critério obrigatório para os Tribunais de Contas imputarem responsabilidade a quem quer que seja. Diferentemente do que prevê a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), não há qualquer hipótese de aplicação da responsabilidade objetiva nos Tribunais de Contas, não apenas pela ausência de autorização legal, mas também e, principalmente, porque são órgãos comprometidos com a verdade material e com a tutela de bens jurídicos que, pelo seu grande valor para a sociedade e para cada pessoa, não admitem a imputação de responsabilidade sem culpa.

Desse modo, os elementos da responsabilidade subjetiva são o fato ilícito, a conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, e o nexo de causalidade. Além disso, os Tribunais de Contas ainda têm de avaliar eventuais excludentes de ilicitude, excludentes de culpabilidade e causas de extinção de punibilidade.

3.2. Fato ilícito

O fato ilícito pode ocorrer por ofensa a regras ou princípios infraconstitucionais ou por ofensa direta à constituição. Cada qual dessas categorias tem suas peculiaridades e, por isso mesmo, desafios a serem superados pelos Tribunais de Contas na aferição de sua ocorrência e na decisão sobre a imposição ou não de consequências jurídicas aos autores das condutas causadoras desses ilícitos, razão pela qual requerem abordagem individualizada.

3.2.1. Fato ilícito pela prática de decisão pautada em regras

Sem dúvida que tanto o cumprimento de regras quanto o controle sobre condutas submetidas a regras são tarefas, comparativamente, mais fáceis, em regra, do que o cumprimento de princípios e o seu controle, pois as regras são comando mais objetivos, de fácil compreensão e, em regra, de cumprimento também.

⁴¹⁹ DEZAN, Sandro Lúcio; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 11, n. 1, p. 690-709, abr. 2021, p. 697. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7346>. Acesso em: 20 jun. 2022.

Há, porém, o outro lado da moeda. Por serem comandos mais objetivos e detalhados, as regras, se, por um lado, facilitam a compreensão e a identificação de suas possibilidades e de seus limites, por outro, concedem ao agente público menor margem de liberdade de atuação do que um princípio, cuja abertura semântica permite certa flexibilidade de aplicação decorrente das circunstâncias do caso concreto.

Não se pode perder de vista, no entanto, que certas regras são dispostas com o uso de conceitos jurídicos indeterminados o que, em última análise, as transformam em significativo desafio para o gestor e, por consequência, para o órgão de controle. Exemplo do que ora se trata é a disciplina relativa ao projeto básico constante da Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), pois o art. 18, inciso III, exige, como regra, a sua elaboração na fase preparatória da licitação e o art. 6, inciso XXV define o que é projeto básico nos seguintes termos:

XXV - projeto básico: conjunto de elementos **necessários e suficientes**, com nível de precisão **adequado** para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos: [...]

Ora, embora se trate de uma regra que deve ser lida em conjunto com a definição do que seja projeto básico, os termos “necessários”, “suficientes” e “adequado” são conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado que oferecem desafios tanto ao aplicador da norma na hipótese de decidir elaborar a referida peça assim como ao órgão de controle. A solução, nos dois casos, passa pela necessária fundamentação do ato de gestão e da decisão do Tribunal de Contas, de modo que não se limitem às alegações genéricas e desprovidas de dados empíricos.

3.2.2. Fato ilícito pela prática de decisão pautada em princípios ou juízos consequencialistas

No tocante ao fato típico administrativo-financeiro, a extensa lista de princípios a serem observados pelo administrador público e serem controlados pelos Tribunais de Contas certamente significa um desafio enorme para ambos. Mais recentemente a previsão pelo art.

20 da LINDB do consequencialismo como técnica de decisão e, portanto, como mais um parâmetro de controle também, tornou essa matéria ainda mais complexa.⁴²⁰

Após a aprovação da Lei nº 13.655/2021 que alterou a LINDB e inseriu o citado art. 20, outras normas foram editadas e passaram a prever também o consequencialismo, algumas até mesclando, expressamente, a aplicação dos princípios com o consequencialismo, do que é exemplo a Lei nº 14.133/2021, especialmente os artigos 5º e 147, com a seguinte redação:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

- I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
- III - motivação social e ambiental do contrato;
- IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;
- V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;
- VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;
- VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;
- VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;
- IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;
- X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;
- XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

⁴²⁰ LINDB, art. 20. Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Desse modo, a Administração Pública passou a ser regida tanto por princípios quanto pelo consequencialismo, o que impacta também os parâmetros de controle sobre os atos de gestão, porque competirá aos Tribunais de Contas considerarem essa nova realidade. Por esses motivos, é necessário tecer algumas considerações sobre o assunto.

A Administração Pública brasileira, especialmente a partir da Constituição Federal de 1988, tem a tarefa de tornar efetivos os direitos fundamentais e, para tanto, é regida por normas estruturadas na forma de regras ou princípios. A fluidez dos princípios jurídicos aliada à presença crescente na legislação de conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado é campo fértil para a invocação de princípios jurídicos de modo acrítico e para a adoção de decisões voluntaristas, distanciadas da realidade e reveladoras de preferências pessoais em substituição à deferência ao ordenamento jurídico.

Como reação a esse voluntarismo e à ausência de fundamentação das decisões, especialmente em relação aos fatos, o novo Código de Processo Civil trouxe disciplina específica sobre os elementos essenciais da sentença, de aplicação supletiva e subsidiária às decisões administrativas. Uma segunda reação legislativa veio com a edição da Lei nº 13.655/2018 que, ao alterar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, inseriu, formalmente, no ordenamento jurídico nacional o dever de o decisor avaliar as consequências práticas da decisão a ser tomada, mas não ofereceu os critérios e parâmetros a serem observados no uso do consequencialismo, o que pode produzir resultados idênticos àqueles que se buscou evitar.

Diante desse cenário, sustenta-se neste trabalho que o uso do consequencialismo nas decisões administrativas no Brasil não deve se dar como principal critério de decisão, mas sim como recurso moderado a ser usado apenas nos casos em que a solução que seria, em virtude da norma posta, a mais natural ao caso for causar mais desordem do que ordem ou admitir mais de uma solução razoável. Nesses casos, a decisão consequencialista deve, na medida do possível, estar ancorada em dados empíricos que considerem não apenas as consequências individuais, mas também as consequências sistêmicas.

A Constituição Federal de 1988 é marcadamente comprometida com os direitos fundamentais, com o estabelecimento de extenso catálogo de direitos e garantias individuais e coletivos, além de elevado número de normas programáticas como instrumento de indução de políticas públicas voltadas à efetivação desses direitos. Nesse desiderato, o constituinte, na

linha da tendência mundial, recheou a Constituição Federal de inúmeros princípios jurídicos, muitos deles voltados diretamente para a atuação da Administração Pública.

Embora a constitucionalização do direito tenha ganhado força somente com a Constituição Federal de 1988, trata-se de processo que em diversos outros países começou a partir da metade do século XX e que provocou a crise da lei, em virtude do desprestígio do legislador ordinário, o que produziu o efeito colateral de ampliar o espaço da regulamentação promovida pelo Executivo, a ponto de se falar hoje em Estado Administrativo, com o surgimento de diversos ordenamentos administrativos setoriais. O fato é que a constitucionalização do direito administrativo, com o conseqüente enfraquecimento da lei permitiu que a doutrina cunhasse o termo “Constituição Administrativa”, cujos comandos, em sua maioria, são de aplicação imediata, sem requerer, portanto, qualquer regulamentação, seja legal ou infralegal.⁴²¹

Com efeito, o Direito administrativo brasileiro teve diversos de seus objetos regulados pela Constituição e, em alguns casos, de forma até mesmo demasiadamente detalhada para os padrões usuais de uma Constituição, tais como os princípios informadores da atividade administrativa, o regime jurídico dos servidores públicos e das contratações públicas, o regime próprio de previdência dos servidores públicos, a organização da Administração Pública para a promoção de interesses públicos, inclusive em parcerias com a iniciativa privada ou com entidades da sociedade civil, a desapropriação, entre outros.

Referida característica da Constituição brasileira de 1988, ainda que possa trazer alguns inconvenientes decorrentes da extensão do texto constitucional, revela a preocupação do legislador constituinte em fornecer um arcabouço normativo de estatura constitucional que não apenas garanta, mas também induza o bom funcionamento da Administração Pública, a fim de melhor promover a efetivação de direitos fundamentais.

Semelhante compreensão já havia sido sustentada por Canotilho, para quem a “Constituição deve ser considerada como lei regulatória em que *a good governance* assume uma dimensão básica, não apenas de ‘Estado administrativo’”, mas também em relação aos atos praticados pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, que, de igual modo, devem ser responsáveis e deferentes à boa governança, particularmente no tocante às questões

⁴²¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Op. cit., p. 09-45.

politicamente sensíveis, tais como a governabilidade, a responsabilidade, no sentido de *accountability*, e a legitimação dos atos públicos.⁴²²

Juarez Freitas defende um direito fundamental à boa administração, que entende ser o "direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas". Na dicção do autor, o direito fundamental à boa administração é o somatório de direitos subjetivos públicos que abrangem o direito à administração pública transparente, dialógica – o que implica respeitar o devido processo legal –, imparcial, proba, respeitadora da legalidade temperada e sem absolutização irrefletida das regras, eficiente, eficaz, econômica e teleologicamente responsável.⁴²³

Portanto, o que se depreende do ordenamento jurídico brasileiro é que, em virtude da preocupação com a boa governança e, principalmente, com a efetivação dos direitos fundamentais, há um elevado número de normas constitucionais e infraconstitucionais a impor ao administrador público assim como aos órgãos de controle o dever de pautar as decisões não apenas em regras, mas também em princípios jurídicos aplicáveis a cada caso, entre os tantos previstos na legislação, tais como, por exemplo, os disciplinados no *caput* do art. 37 da Constituição Federal,⁴²⁴ no *caput* do art. 2º da Lei Federal nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal,⁴²⁵ e no art. 3º do Decreto Federal nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional,⁴²⁶ sempre com o intuito de maximizar a efetivação dos direitos fundamentais e, portanto, de produzir as melhores consequências para a sociedade.

⁴²² CANOTILHO, J. J. Gomes. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **"Brançosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 326-327.

⁴²³ FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 20-21.

⁴²⁴ Constituição Federal: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:"

⁴²⁵ Lei Federal 9.784/1999: "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

⁴²⁶ Decreto Federal 9.203/2017: "Art. 3º São princípios da governança pública: I - capacidade de resposta; II - integridade; III - confiabilidade; IV - melhoria regulatória; V - prestação de contas e responsabilidade; e VI – transparência."

Ocorre que, a partir do novo cenário traçado pela Constituição Federal de 1988, a decisão administrativa, antes pautada primordialmente por normas estruturadas sob a forma de regras, cuja aplicação se dava pelo método dedutivo, passou a ter de aplicar normas estruturadas sob a forma de princípios, como resultado de um processo histórico que conduziu ao que se convencionou denominar de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo.⁴²⁷

Ou seja, se o jusnaturalismo era marcado pela ideia de que os princípios morais e de justiça deveriam prevalecer como principal critério de decisão e, posteriormente, o positivismo jurídico ficou conhecido pela separação entre direito e moral, de modo que a decisão deveria tomar como balizas as regras postas e aplicá-las de modo mecanicista, o neoconstitucionalismo ou pós-positivismo surgido a partir do constitucionalismo do segundo pós-guerra provocou o retorno da moral ao direito e passou a fazer uso intenso de normas estruturadas na forma de princípios jurídicos que requerem concretização. No dizer de Cristina Queiroz, a interpretação do direito passou, em virtude do reconhecimento dos direitos fundamentais, a ter de ser feita sempre a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e da força normativa dos princípios e teve de abandonar o método dedutivo, substituindo-o pelo método concretizador.⁴²⁸

Também a partir da segunda guerra mundial, houve uma mudança na técnica legislativa que começou a recorrer com mais intensidade aos conceitos jurídicos indeterminados como forma de melhor reger as relações em uma sociedade cada vez mais pluralista e complexa, o que, por si só, ofereceu maior espaço de discussão e de desafios na aplicação do direito ao caso concreto.⁴²⁹ Expressões tais como “motivo justo”, “razoável”, “eficiente”, “adequado”, “proporcional”, “econômico”, “oneroso”, e tantas outras se tornaram frequentes nas normas jurídicas, desafiando o operador do direito no momento da aplicação desses conceitos jurídicos que abstratamente são indeterminados, mas que requerem a devida fundamentação relativamente a cada caso concreto.

Como se vê, o princípio da legalidade sofreu alterações quanto à sua extensão, pois a própria lei não mais contém todos os elementos para a sua aplicação automática ao caso concreto. Consequentemente, a Administração Pública, conforme afirmado por Odete

⁴²⁷ Sobre a evolução histórica da interpretação do direito, do jusnaturalismo até o neoconstitucionalismo, cf. MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁴²⁸ QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais: teoria geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 24.

⁴²⁹ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 70-98.

Medauar, deixou de ser vista como mera executora da lei e sua vinculação à lei passou, por vezes, a ficar restrita à atribuição de competência, sem que a lei indique como deve agir o decisor para alcançar determinados fins, o que deu ensejo à expressão “direito fluído ou suave”. Além disso, a multiplicidade das fontes fez com que o princípio da legalidade passasse a ser referido como princípio da juridicidade.⁴³⁰

Portanto, a partir da Constituição Federal de 1988, principalmente, a decisão administrativa, antes pautada predominantemente em regras, passou a ter balizas mais amplas, complexas e fluídas, pois, além das regras, agora tem de considerar os princípios também. Segundo Robert Alexy, a distinção entre regras e princípios reside no fato de os princípios serem “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ou seja, princípios são mandamentos de otimização, cujo “âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”, ao passo que as regras são “normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”. Por essa razão, conclui o autor que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau.⁴³¹

No entanto, a decisão baseada em princípios oferece ainda uma dificuldade adicional decorrente da complexidade do sistema jurídico, pois, consoante observado por Paulo Otero, a unidade do sistema jurídico, especialmente no caso de Constituições compromissórias, tais como a portuguesa, de 1976, e a brasileira, de 1998, tem sido desafiada pelo fato de serem o resultado de uma sociedade plural e diversificada e, por essa razão, terem incorporado diversos valores e princípios que, nem sempre, são de fácil harmonização, o que requer do aplicador da norma a busca por uma interpretação que promova a concordância prática e a ponderação entre os princípios envolvidos. São contradições verificadas no decorrer da elaboração das normas que empurram para o seu aplicador, sejam os tribunais ou a Administração Pública, a tarefa de buscar solução razoável para o caso.⁴³²

⁴³⁰ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 166-175. Sobre a substituição do princípio da legalidade pelo da juridicidade, ver no mesmo sentido: OTERO, Paulo. Op. cit., p. 198; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Op. cit., p. 142-149.

⁴³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 90-91.

⁴³² OTERO, Paulo. Op. cit., p. 250-251.

Referidas contradições não ocorrem apenas entre comandos constitucionais, mas se prolongam por todas as normas do ordenamento jurídico e, segundo Otero, podem ser de seis espécies: antinomias jurídicas, concorrência alternativa entre princípios jurídicos contrários, concorrência coexistencial entre princípios jurídicos contrários, incongruências valorativas (valorizar mais os crimes contra o patrimônio do que os crimes contra as pessoas), contradição teleológica, contradições de técnica normativa (usar o mesmo conceito jurídico com significados distintos em normas distintas; ex: conceito de funcionário público, para o direito penal e para o direito administrativo).⁴³³

Para Alexy, havendo um conflito entre regras, há duas possibilidades de solução: primeira, pela introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito; segunda, pela declaração de invalidade de uma das regras, o que, nesta segunda hipótese, deve ser feito seguindo as regras de “lei posterior derroga lei anterior” e “lei especial derroga lei geral” e ainda segundo o critério da importância de cada regra em conflito.⁴³⁴

Por outro lado, havendo colisão entre princípios, a solução não é no sentido de declarar inválido um dos princípios nem de inserir uma cláusula de exceção à sua aplicação, mas sim de decidir qual princípio deve, no caso concreto, ceder diante do outro, ou seja, deve-se decidir qual dos princípios em jogo tem precedência sobre o outro em determinada situação. Trata-se do que Alexy denominou de “relação condicionada de precedência”, pois a precedência de um princípio sobre outro nunca se dá abstratamente, mas, ao contrário, está condicionada ao caso concreto. Desse modo, conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, ao passo que colisões entre princípios ocorrem na dimensão do peso.⁴³⁵

O problema é que decidir sobre qual princípio deve prevalecer no caso concreto não é tarefa fácil, porquanto inexistente critério objetivo para tanto, o que submete o decisor ao risco de tomar uma decisão que reflita mais as suas preferências pessoais do que o direito a ser aplicado ao caso concreto. Para minimizar esses riscos, Alexy sustenta que a colisão entre princípios deve ser resolvida pelo o que denominou de “lei da ponderação”, segundo a qual “Quanto maior é o grau de não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”. A lei da ponderação decorre do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.⁴³⁶

⁴³³ Ibidem, p. 258-262.

⁴³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 93-99.

⁴³⁵ Ibidem.

⁴³⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Op. cit., p. 156.

O princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios, quais sejam, o da adequação, que busca avaliar se a medida eleita é hábil a produzir o resultado desejado, o da necessidade, que averigua se a medida eleita é a menos onerosa entre as possíveis para produzir o resultado desejado, e o da proporcionalidade em sentido estrito, que diz respeito à avaliação das possibilidades jurídicas à luz também de um mandamento de otimização, e no qual se situa a lei da ponderação.⁴³⁷

Ronald Dworkin oferece solução parecida com a de Alexy para a colisão de princípios, ao defender que compete ao decisor considerar a força relativa de cada um.⁴³⁸ Ciente da alta subjetividade dessa tarefa, Dworkin alerta que “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou se derivam dos princípios de *justiça, equidade e devido processo legal* que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.⁴³⁹ Por essa razão o autor sustenta a importância do direito como integridade, de modo que as decisões judiciais devem ser deferentes ao princípio da integridade, que exige do intérprete o respeito ao conjunto coerente de princípios, a fim de que possa “descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”.⁴⁴⁰

Importante observar que as teorias de Alexy e Dworkin, entre tantos outros doutrinadores pertencentes ao período pós-positivista, buscam oferecer algum critério que favoreça a produção de decisões racionalmente fundamentadas, em contraposição à discricionariedade decisória admitida pelo positivismo jurídico, sem, no entanto, que isso signifique um retorno puro e simples ao jusnaturalismo no qual cada decisor aplicava o seu critério de justiça, com grave comprometimento da segurança jurídica.

Isso porque Kelsen sustentava que, no caso das indeterminações não intencionais do ato de aplicação do Direito, decorrente da pluralidade de significações, não há qualquer critério que possa subsidiar a decisão ser tomada, motivo pelo qual nas palavras do autor “é um esforço inútil querer fundamentar `juridicamente` uma, com exclusão da outra”.⁴⁴¹ Em semelhante toada, Hart entendia que nessas circunstâncias o decisor age como um legislador consciencioso, “decidindo de acordo com as suas próprias convicções e valores”, de modo

⁴³⁷ Ibidem.

⁴³⁸ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p. 39-42.

⁴³⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p. 272.

⁴⁴⁰ Ibidem, p. 261.

⁴⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 389-392.

que o poder discricionário conferido aos juízes nesses casos “é o preço necessário a ser pago para evitar o transtorno que decorreria dos métodos alternativos de regulamentar essas disputas, como, por exemplo, seu encaminhamento ao legislativo”.⁴⁴²

No Brasil, a constitucionalização do direito e a internalização da teoria dos princípios como critério de decisão parece ter produzido em muitos decisores efeito inverso àquele idealizado por seus mentores, pois, em vez de aplicarem os princípios como instrumento de justificação racional das decisões nos limites admitidos pelo ordenamento jurídico, passaram a invocá-los indiscriminadamente apenas para disfarçar preferências pessoais. No dizer de Streck, o Brasil passou a viver o que denominou de “panprincipiologismo”, em virtude não apenas do uso sem critério da teoria dos princípios, mas até mesmo pela criação de princípios pelo próprio decisor.⁴⁴³

O § 1º do art. 489 do novo Código de Processo Civil, aprovado em 2015, foi uma reação a esse estado de coisas, ao dispor que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que incorrer em um dos erros arrolados nos seus incisos, que, no modo geral, demonstram preocupação com a argumentação genérica, abstrata e distanciada do caso concreto sob julgamento. Além disso, o § 2º impõe ao juiz o dever de, no caso de colisão entre normas, “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.⁴⁴⁴

Uma segunda reação legislativa às decisões carentes de fundamentação veio com a Lei nº 13.655/2018, que inseriu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942) o dever de as decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial considerarem as consequências práticas da decisão, quando tomadas com base em valores

⁴⁴² HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 352-355.

⁴⁴³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 517-540.

⁴⁴⁴ O § 1º art. 489 do CPC, e seus respectivos incisos, tem a seguinte redação: § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

jurídicos abstratos.⁴⁴⁵ Para Fredie Didier, Paula Braga e Rafael de Oliveira, o art. 20 da LINDB funciona como um parágrafo a mais no art. 489 do Código de Processo Civil, de modo que o seu desatendimento pode dar ensejo à oposição de embargos de declaração.⁴⁴⁶ Importante lembrar que referido artigo do Código de Processo Civil aplica-se, no que couber, supletiva e subsidiariamente ao processo administrativo, conforme disposto em seu art. 15.⁴⁴⁷

As origens do consequencialismo são associadas ao trabalho publicado, em 1789, por Jeremy Bentham, intitulado “Uma introdução aos princípios da moral e da legislação”, em que o autor discorre sobre o utilitarismo. Partindo da ideia de que a humanidade é governada por dois mestres, quais sejam, dor e prazer, Bentham sustenta que as ações devem ser avaliadas de acordo com o que denominou de princípio da utilidade, segundo o qual uma ação, seja ela de um indivíduo ou de um governo, deve ou não ser aprovada a depender de sua tendência para aumentar a felicidade e reduzir a dor, o que significa admitir o sacrifício da dor de alguns em benefício da felicidade de uma maioria.⁴⁴⁸

A inserção do consequencialismo como critério de decisão aproxima o direito brasileiro, alinhado com o *civil law*, do pragmatismo jurídico, instituto que deita raízes no direito norte-americano pertencente ao sistema da *common law*. O pragmatismo jurídico tem como principais características o antifundamentalismo, que rejeita os dogmas, o contextualismo, que vê o direito como experiência e, por isso, demanda decisões baseadas sobretudo no contexto, e o consequencialismo, segundo o qual o decisor deve atentar para as consequências práticas da decisão e buscar aquela que produza o melhor resultado para a sociedade.⁴⁴⁹

O mútuo aproveitamento de institutos do *civil law* e da *common law* por ordenamentos jurídicos pertencentes a um ou outro sistema não é fato que, atualmente, deva causar estranheza. Já na década de 1970, Giannini, ao tratar das tendências então contemporâneas

⁴⁴⁵ LINDB: Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

⁴⁴⁶ DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Vol. 2. 14. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019, p. 403.

⁴⁴⁷ CPC: Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

⁴⁴⁸ BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. White Dog Publishing. 1781. Edição do Kindle, 2010, pos. 247-253 equivalentes à p. 7 da versão impressa.

⁴⁴⁹ POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005, p. 24.

nas Administrações Públicas, identificava um movimento de aproximação com o *common law*, em virtude do surgimento de relações decorrentes da atividade administrativa que se submeteriam a um regulamento privado.⁴⁵⁰ Ainda que por outros motivos, essa foi também a conclusão de Perelman, para quem há uma aproximação da concepção continental do direito com a concepção anglo-saxã, regida pela tradição da *common law*”.⁴⁵¹

Desse modo, decidir preocupado com as consequências é uma medida potencialmente muito boa para o direito brasileiro, pois chama a atenção do decisor para a necessidade de não tomar decisões puramente abstratas e, portanto, desconectadas da realidade, nem interferir na vida social quando essa interferência causar mais desordem do que ordem. A preocupação com as consequências se justifica também pelo fato de que o direito administrativo, conforme assevera Schmidt-Assmann, não pode se conformar com a mera construção dogmática de técnicas, categorias ou regras jurídicas, porquanto tem o dever de buscar a eficácia e a efetividade de suas normas, como forma de garantir a sua função ordenadora.⁴⁵²

Há, no entanto, riscos associados à decisão consequencialista que precisam ser mitigados, dos quais merecem destaque os seguintes: a) uso estratégico do argumento consequencialista para decidir segundo preferências pessoais; b) dificuldade de identificação das consequências práticas; c) ausência de critério seguro para decidir sobre qual consequência prática deve prevalecer entre as várias possíveis.

No que concerne ao uso estratégico do argumento consequencialista para decidir segundo preferências pessoais, Luis Fernando Schuartz apresenta uma interessante classificação não exaustiva de três tipos de consequencialismo à brasileira que, em regra, devem ser tidos como ilegítimos, embora o autor ressalve a possibilidade remota e excepcional de haver situações nas quais quaisquer deles possa se revelar legitimamente útil. Os tipos são o festivo, o militante e o malandro que têm em comum o uso do consequencialismo como estratégia para afastar a incidência da norma que seria naturalmente aplicável ao caso concreto para dar lugar a uma decisão que nada mais é do que a preferência pessoal do decisor.⁴⁵³

⁴⁵⁰ GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. Volume Primo. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1970, p. 22.

⁴⁵¹ PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 185.

⁴⁵² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 27.

⁴⁵³ SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 408-410.

Não se trata, portanto, das hipóteses nas quais, dada a complexidade da matéria, o ordenamento jurídico não oferece solução fácil e, por consequência, contempla uma concorrência de opções jurídicas igualmente defensáveis na perspectiva jurídica, pois para essas hipóteses o autor aceita o que denominou de consequencialismo residual em relação ao qual as características dos três tipos acima mencionados se aplicariam somente parcialmente.

Para Schuartz, as diferenças entre os três tipos de consequencialismo decorrem do “grau de reverência formal à dogmática e às figuras tradicionais da argumentação jurídica, principalmente o raciocínio analógico e o respeito ao precedente”. Nesse sentido, o consequencialismo festivo é marcado pelo seu desprezo ao modo convencional adotado pelos juristas para a solução dos casos concretos e pelo uso superficial de teorias e métodos cientificamente credenciados, especialmente da área econômica, como estratégia para constranger aquele com quem se mantém uma discussão jurídica. O consequencialismo militante, a seu turno, embora recorra às formas canônicas de interpretação do direito, se vale do recurso às consequências, mas teórica e metodologicamente desamparado, como “forma a conduzir a discussão para um terreno no qual todos os gatos são pardos: o sujeito que faz uso do argumento não tem como prová-lo aos demais; mas estes tampouco poderão provar a sua negação”.⁴⁵⁴

Por fim, Schuartz se refere ao consequencialismo malandro, que usa a estratégia de recorrer à “ordem para promover a desordem e apresentar a desordem como proposta de nova ordem”. Reconhece o autor que o consequencialismo malandro tem atributos positivos, tais como: primeiro, fazer uso de profundo conhecimento de teoria do direito e de dogmática jurídica; segundo, orientar-se para a solução de problemas jurídicos específicos e concretos, com grande potencial para produzir soluções inovadoras no direito; terceiro, ter a pretensão de generalidade relativamente às soluções inovadoras que produz, o que está de acordo com as exigências da isonomia ou justiça formal; quarto, superar “regras amplamente percebidas como inadequadas, por exemplo, que produzam, em série, decisões tidas por injustas ou contrárias a valores progressistas”. O autor ressalva, porém, que o consequencialismo malandro existe para o bem e para o mal, e os seus riscos associados não podem ser desconsiderados, entre outros motivos porque, embora, em regra, não se trate de um tipo oportunista de consequencialismo, pode acabar dando espaço ao oportunismo e facilitar a

⁴⁵⁴ Ibidem, p. 410-414.

corrupção e privilégios individuais, se conduzir a soluções casuísticas que não venham a ter aplicação generalizada nas hipóteses semelhantes.⁴⁵⁵

Georges Abboud, por sua vez, analisa o uso estratégico do consequencialismo pelo Supremo Tribunal Federal e, para tanto, pontua que a resposta privilegiada na atuação ativista-consequencialista não é a jurídica, aquela dada pelo direito vigente, mas sim aquela pretensamente apta a produzir as melhores consequências práticas, sejam elas econômicas, sociais ou políticas. Desse modo, o ativismo judicial consequencialista aparece, na jurisprudência brasileira, como verdadeiro subterfúgio retórico para substituir o direito vigente pela subjetividade do intérprete. O autor sistematiza alguns traços essenciais que a jurisprudência consequencialista do STF costuma apresentar: (i) remissão frequente ao que denomina de “régua única”, como se um determinado fator pudesse medir o custo benefício consequencial, sendo que referida régua geralmente aparece sob o nome de “clamor popular”; (ii) efetiva substituição do direito vigente; e (iii) pouco ou nenhum lastro em dados empíricos que sirvam de supedâneo às consequências antevistas.⁴⁵⁶

Portanto, em uma cultura na qual a decisão voluntarista tem campo fértil e, por outro lado, o exercício da autocontenção é raro, a ideia do consequencialismo autoriza a justificada preocupação quanto às infinitas possibilidades de decisões com alta carga de subjetividade decorrente de preferências pessoais não confessadas, mas, ao contrário, disfarçadas em um discurso consequencialista abstrato e genérico, ou seja, sem respaldo em dados empíricos. O risco parece ser maior ainda no caso do direito administrativo, pois a aplicação das normas administrativas é, em muitos casos, realizada por profissionais sem a familiaridade necessária com esse tipo de técnica de decisão, o que pode dificultar ainda mais a tarefa de decidir com base em consequências sem escorregar para o decisionismo das preferências pessoais.

O segundo risco de se decidir com base em consequências é relativo à dificuldade de identificação das consequências práticas, pois aqui se trata de um exercício de prognoses. Ou seja, avaliar as consequências possíveis de uma decisão é trabalhar com probabilidades, o que significa alta complexidade por várias razões.

Primeiro, porque pode haver uma incômoda ausência de dados confiáveis sobre o assunto, o que, no Brasil, não é improvável de acontecer dada a cultura limitada que se tem no país relativamente à realização de pesquisas empíricas.

⁴⁵⁵ Idem, p. 414-417.

⁴⁵⁶ ABBoud, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**. Vol. 1009/2019. Nov/2019. DTR\2019\40632.

Segundo, porque, ainda que haja dados disponíveis, a variedade de assuntos envolvidos ultrapassa em muito a formação acadêmica do profissional do direito, a exemplo de questões nas áreas de economia, finanças, contabilidade, engenharia, saúde, educação, psicologia, sociologia, e tantas outras.

Terceiro, porque, mesmo diante de estudos técnicos produzidos por especialistas dessas áreas o decisor não se livraria da circunstância de serem estudos meramente especulativos, realizados com base em critérios probabilísticos e segundo cenários futuros que podem estar muito distantes do que realmente pode acontecer.

No tocante ao terceiro risco, concernente à ausência de critério para decidir acerca de qual consequência deve prevalecer, uma resposta intuitiva, no caso de decisão administrativa, seria dizer que a melhor consequência é a atende em maior grau o interesse público. No entanto, a expressão “interesse público” é um conceito jurídico indeterminado que, por essa razão, oferece dificuldades para sua identificação, especialmente porque, na linha de Gabardo e Rezende, é preciso reconhecer que, em um Estado Social e Democrático de Direito, a noção de interesse público pode contemplar uma pluralidade de interesses que podem até mesmo ser contraditórios, em virtude da sociedade plural dos dias atuais. Os autores, porém, advertem que a vagueza e imprecisão do termo “interesse público” não pode servir para lhe retirar a eficácia, mas apenas significa que não é possível definir, *a priori*, sua extensão e limites, pois somente diante de cada caso concreto será possível identificar essas questões.⁴⁵⁷

De qualquer modo, continuam os autores, “interesse público”, na condição de conceito jurídico de conteúdo indeterminado, apresenta uma zona de certeza e uma zona de incerteza. A zona de certeza pode ser positiva, relativa àquilo que é considerado, sem maiores controvérsias, interesse público, e uma zona de certeza negativa, concerne àquilo que é considerado, amplamente, como não sendo interesse público. A zona de incerteza ou penumbra, a seu turno, vai requerer do aplicador da norma um esforço interpretativo muito maior. É preciso considerar ainda que o interesse público é utilizado de acordo com duas noções diferentes, pois possui uma estrutura dúplice: ora se dará “em sentido amplo, genérico, considerado como todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico”, ora “em sentido estrito, especial, que se estiver presente autoriza a Administração Pública a agir”.⁴⁵⁸

⁴⁵⁷ GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. **O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017, p. 271.

⁴⁵⁸ Ibidem, p. 280.

Mártin Haeberlin chama a atenção para o fato de parte da doutrina advogar uma diferença relevante entre o interesse público e o privado, no sentido de que o público impõe um comportamento à Administração de acordo com as determinações legais e visando um fim público, ao passo que o interesse privado se move pela vontade do particular. Defende o autor que a supremacia do interesse público não deve ser entendida como determinante de uma relação de verticalidade entre a Administração Pública e o particular, tal como assim defende Celso Antônio Bandeira de Mello, mas sim deve ser ponderada com a supremacia dos direitos fundamentais, de modo que, a depender do caso concreto, deverá prevalecer uma ou outra, a exemplo do que ocorre com um pêndulo.⁴⁵⁹

Isso porque o interesse público é um elemento que autoriza a imposição de restrições aos direitos fundamentais, mas, paradoxalmente, é também um elemento que impõe restrições às restrições aos direitos fundamentais. Ressalta o autor que o privado depende do público e vice-versa, de modo que nessa relação não há que se falar em supremacia, mas sim em dialética, pois se deve considerar que é também do interesse público que, de algum modo, haja a consecução de interesses privados, em certas circunstâncias.⁴⁶⁰

Ainda sobre a supremacia do interesse público Binenbojm afirma que a doutrina brasileira, em sua maioria, adota a teoria unitária sobre o conceito de interesse público, segundo a qual haveria uma concepção única de interesse público, de modo que o interesse coletivo sempre deveria prevalecer sobre o interesse individual, *a priori*. No entanto, sustenta o autor que o reconhecimento da centralidade dos direitos fundamentais, prevista na Constituição Federal, não admite essa solução, pois a prevalência de um ou outro dependerá de um juízo de ponderação a ser feito em cada caso concreto, a depender das circunstâncias, devendo, para tanto, se valer do princípio da proporcionalidade, a fim de que se formulem *standards* de decisão que, embora permitam certa flexibilização, de acordo com caso concreto, evitam a incerteza jurídica provocada por esses juízos de ponderação feitos a cada caso, de modo que se pode afirmar que o Estado democrático de direito é, a rigor, um Estado de ponderação.⁴⁶¹

Como se vê, a própria identificação do que seja interesse público já é um desafio para se decidir acerca de qual consequência prática deve prevalecer em um caso concreto. Além

⁴⁵⁹ HAEBERLIN, Mártin. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do estado meritocrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, p. 175-180.

⁴⁶⁰ Ibidem.

⁴⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Op. cit., p. 31-32.

disso, é preciso considerar que uma única decisão, não raras vezes, provoca consequências jurídicas, econômicas, sociais, administrativas, internacionais, morais, sanitárias, entre outras, que acabam por envolver distintos direitos fundamentais e princípios jurídicos, o que autoriza concluir que, ao fim e ao cabo, disputas entre consequências práticas podem retornar o debate para competições entre valores abstratos e princípios jurídicos.

Depreende-se dos riscos do consequencialismo, portanto, que alguns deles são comuns também às decisões principiológicas, razão pela qual é de se reconhecer que decisões baseadas em consequências, assim como decisões fundamentadas em princípios, podem incorrer em voluntarismo inadmitido pelo direito. Não obstante haja alguns riscos próprios do consequencialismo, há, desse modo, alguns pontos em comum que podem fragilizar tanto a decisão principiológica quanto a consequencialista.

Sobre essa convergência Jorge Galvão apresenta críticas ao neoconstitucionalismo que, conforme reconhece ao final, são plenamente aplicáveis também ao consequencialismo. Nesse sentido, diz o autor que o neoconstitucionalismo se vale não apenas de argumentos de princípio, decorrentes do próprio ordenamento jurídico, mas, indevidamente, de argumentos de política que são aqueles relativos aos objetivos coletivos na busca do bem-estar de uma parcela dos membros da sociedade.⁴⁶²

Galvão identifica nisso um viés redistributivo e emancipatório dos adeptos do neoconstitucionalismo, pois admite que decisões políticas definidoras de direitos sejam deixadas de lado sempre que o juiz entender, em um caso concreto, que são contrárias às metas coletivas encampadas pelo magistrado como corretas. Embora reconheça que não se pode identificar nisso a incorporação jurídica de uma doutrina de cunho socialista, entende que, de fato, os juízes neoconstitucionalistas tendem a decidir do modo que mais prestigie a redistribuição de renda, razão pela qual, muitas vezes, nesse desiderato, acabam por invocar argumentos de política. Entende o autor que essa postura decorre do fato de não se considerar a Constituição uma ordem prioritária de valores, o que, neste específico ponto, aproxima o neoconstitucionalismo do pragmatismo jurídico.⁴⁶³

Diante dos riscos inerentes ao consequencialismo, a doutrina tem oferecido algumas soluções. Com o intuito de evitar que o uso do consequencialismo sirva de instrumento para legitimar uma decisão política em ilegítima substituição a uma decisão que deveria ser técnica

⁴⁶² GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 203.

⁴⁶³ GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. Op. cit., p. 203-204.

e conforme o direito, é importante atentar para a distinção feita por Gaston Jèze entre a política e a técnica jurídica, de grande utilidade para a contenção do consequencialismo voluntarista. Segundo o autor, a política se ocupa da necessidade social, política e econômica, ou seja, das condições econômicas, sociais e políticas relativamente aos serviços públicos, assim como no que concerne ao seu rendimento prático do ponto de vista social, político e econômico.⁴⁶⁴

Um exemplo diz respeito ao recrutamento de funcionários públicos que, a depender das condições políticas, sociais e econômicas, pode se dar por meio de concurso público, de eleição ou de escolha direta e discricionária. Por outro lado, a técnica jurídica diz respeito às regras e aos procedimentos jurídicos por meio dos quais se busca alcançar a finalidade do serviço público, que é o seu bom funcionamento. Isto é, do ponto de vista da técnica jurídica é de se estudar, por exemplo, o regime de direitos e deveres dos funcionários públicos, as relações jurídicas entre os agentes públicos e as diversas categorias, assim como estudar em que condições a manifestação de vontade dos eleitores produzirá efeitos jurídicos e quais serão esses efeitos.⁴⁶⁵

Richard Posner, um dos maiores expoentes do pragmatismo jurídico norte-americano, sustenta que a avaliação de consequências individuais não pode desconsiderar as consequências sistêmicas, especialmente as econômicas e sociais, de modo que eventual decisão consequencialista que prestigie as consequências individuais precisa se certificar se não estará comprometendo as consequências sistêmicas.⁴⁶⁶

Neil MacCormick, por sua vez, sugere um consequencialismo moderado. Ou seja, rejeita, de um lado, a decisão pautada apenas em consequências, mas rejeita, por outro lado, a decisão que ignora completamente as consequências. Entende o autor que a decisão pautada em consequências teve ter lugar naqueles casos problemáticos, que comportam possibilidades rivais de interpretação, com respostas variadas, mas admitidas pelo ordenamento jurídico.⁴⁶⁷

À hipótese levantada pelo referido autor concernente a múltiplas interpretações razoáveis é de se acrescentar outra na qual o uso do consequencialismo é importante, relativa

⁴⁶⁴ JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**: la técnica jurídica del derecho público francés. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1948, p. 5-27.

⁴⁶⁵ Ibidem, p. 5-27.

⁴⁶⁶ POSNER, Richard A. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, *e-book Kindle*, pos. 753-760.

⁴⁶⁷ MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc., 2005, *e-book Kindle*, pos. 2463-2491, equivalentes a p. 101-102 da versão física.

aos casos em que a aplicação da norma ordinariamente incidente ao caso concreto tiver o elevado potencial de provocar mais desordem do que ordem. Exemplo recente do que ora se trata foi positivado no art. 147 da Lei nº 14.133/2021 que disciplina as licitações e contratos administrativos, na medida em que, em face de uma irregularidade ocorrida no procedimento licitatório ou na execução contratual, impõe ao decisor o dever de avaliar as consequências práticas e, a depender do caso, evitar a declaração de nulidade do contrato, sem prejuízo da adoção de outras providências que tutelem o interesse público.⁴⁶⁸

Portanto, é correto afirmar que decisões consequencialistas percorrem duas etapas: na primeira, verifica-se se a decisão consequencialista é cabível ou necessária; na segunda, atenta-se para o modo como será feito o juízo consequencialista.

Pelas razões expostas, entendemos que o uso do consequencialismo como técnica de decisão deve ser feito observados os seguintes parâmetros:

Primeiro: o consequencialismo somente deve ser adotado como critério de decisão se a solução que, dada a norma posta, naturalmente seria aplicável ao caso concreto tiver potencial significativamente alto para produzir mais desordem do que ordem ou nas hipóteses em que a norma aplicável comporta mais de uma interpretação razoável para o caso concreto;

Segundo: a decisão consequencialista deve, na medida do possível, estar amparada em dados empíricos que sustentem as prognoses realizadas quanto às prováveis consequências;

Terceiro: a decisão a favor das consequências individuais deve ser precedida de avaliação acerca da sua repercussão nas consequências sistêmicas, com as devidas justificativas jurídicas e práticas para a escolha;

⁴⁶⁸ Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos: I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato; III - motivação social e ambiental do contrato; IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas; V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados; VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades; VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados; VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas; IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação; X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato; XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação. Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

Quarto: havendo a disputa entre consequências variadas, tais como as de curto ou longo prazo, as regionais ou nacionais, as econômicas ou sociais, entre outras, a decisão deve ter como ponto de partida a ponderação entre os direitos ou princípios tutelados por cada uma das opções envolvidas, à luz da Constituição Federal, com as devidas justificativas jurídicas e práticas para a escolha;

Quinto: a decisão consequencialista deve sempre buscar a opção que melhor promova a efetivação de direitos fundamentais.

Portanto, a constitucionalização do direito administrativo, particularmente com o estabelecimento de diversos princípios como força motriz da gestão pública, seguida de uma aproximação com institutos da *common law*, entre eles o consequencialismo, impõe ao operador do direito o desafio de encontrar uma solução constitucionalmente adequada para o caso concreto que, a um só tempo, identifique os princípios em jogo, faça a devida ponderação, conferindo maior peso a uns e menor a outros, e ainda busque a promoção das melhores consequências práticas, sem que para tanto recorra a argumentos de política.

Como se vê, a submissão da Administração Pública tanto aos princípios quanto ao consequencialismo é matéria altamente complexa e desafiadora a requerer do decisor fundamentação densa e, preferencialmente, respaldada em dados empíricos. Por consequência, os Tribunais de Contas têm de enfrentar o mesmo desafio e sob os mesmos critérios, sob pena de se correr o risco de ativismo decisório ou ainda de condenações injustas apenas por distintas preferências pessoais.

3.2.3. Fato inconstitucional, embora pautado em norma legal

A Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal diz que “O Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público”. Se o controle jurisdicional de constitucionalidade é tema que, desde o surgimento do direito constitucional, tem sido objeto de controvérsias, maior ainda é a polêmica quando se trata de recusa à aplicação de lei ao caso concreto por órgão não jurisdicional quando considera a referida lei inconstitucional.

Trata-se de questão extremamente impactante para o exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas, pois não são raros os casos em que o administrador público pratica

atos de gestão com base em leis flagrantemente inconstitucionais. Considerando que citados atos de gestão submetem-se ao controle dos Tribunais de Contas, instaura-se um dilema: cumprir a lei, mas descumprir a Constituição ou recusar a aplicação a lei ao caso concreto, mas cumprir a Constituição?

Entendemos que a Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal é constitucional, razão pela qual deve ser mantida, a fim de que se reconheça que os Tribunais de Contas, na qualidade de órgãos de estatura constitucional, podem e devem, não apenas no exercício de suas atribuições, mas principalmente na defesa de suas prerrogativas, quando ameaças por norma infraconstitucional, se recusar a aplicar ao caso concreto lei que considerem inconstitucional, em homenagem à supremacia da Constituição, independentemente de já haver ou não jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto tratado pela lei considerada inconstitucional.

No que concerne ao controle jurisdicional de constitucionalidade, embora a doutrina busque identificar focos embrionários do direito constitucional em tempos remotos, tal como fez Loewenstein,⁴⁶⁹ a doutrina reconhece, como o fazem Gilmar Mendes e Paulo Branco, que o julgamento do caso *Marbury versus Madison*, em 1803, pela Suprema Corte norte-americana é o marco inicial do denominado *judicial review* que, na contramão da tradição inglesa, ciosa da soberania do Parlamento, passa a prestigiar a supremacia da Constituição.⁴⁷⁰

Diante dessa realidade, saber a quem compete defender a Constituição tem sido, historicamente, objeto de intensas discussões. As soluções encontradas para essa questão são variadas de acordo com a tradição jurídica de cada país. No Brasil adota-se um modelo de controle de constitucionalidade do qual participam, de modos distintos, não apenas o Poder Judiciário, mas também o Legislativo e o Executivo.

O controle de constitucionalidade não necessariamente, porém, é exercido apenas pelo Poder Judiciário. Ao contrário, há países que adotam o controle político de constitucionalidade em detrimento do controle jurisdicional. É o caso da França e do Reino Unido, embora mais recentemente tenha havido uma tendência de alguns países de prever mecanismos de controle que se aproximam da jurisdição constitucional.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit., p. 154-160.

⁴⁷⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1062.

⁴⁷¹ Ibidem.

Por outro lado, países como Brasil e Portugal admitem tanto o controle político quanto o jurisdicional de constitucionalidade. No caso brasileiro, o controle político é exercido não apenas pelo Poder Legislativo, mas também pelo Executivo.

O Poder Legislativo pratica o controle de constitucionalidade quando, por exemplo, por meio de suas Comissões de Constituição e Justiça e pelas demais comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, examina os projetos de lei e as propostas de emendas à Constituição. O Poder Executivo, a seu turno, exerce o controle de constitucionalidade quando o Presidente da República veta um projeto de lei, sob o fundamento de inconstitucionalidade da proposta, nos termos previstos no art. 66, §1º, da Constituição Federal.⁴⁷²

No que toca ao controle não jurisdicional de constitucionalidade, é de se ressaltar que a Súmula nº 347 do STF, ao prever a competência do Tribunal de Contas para, no exercício de suas atribuições, recusar a aplicação de lei ao caso concreto, afastou desse órgão de controle a competência para exercer o controle abstrato de constitucionalidade, porquanto referida súmula diz respeito apenas ao controle concreto.

A Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal foi editada com base no precedente firmado no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 8.372, julgado pelo Pleno em 11.12.1961, ou seja, sob a égide da Constituição Federal de 1946, no qual o relator, Ministro Pedro Chaves, afirmou que “há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado”.⁴⁷³

Após a Constituição Federal de 1988 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221-DF, ratificou o entendimento acerca da possibilidade de negativa de aplicação de lei considerada inconstitucional pelos chefes dos Poderes Legislativo e Executivo, oportunidade na qual o relator, Ministro Moreira

⁴⁷² CF, art. 66, § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

⁴⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso em Mandado de Segurança nº 8.372**. Ementa: Não ofende a direito líquido e certo o ato do Tribunal de Contas que nega registro a aposentadoria fundada em lei revogada. Recurso não provido. Rel: Min. Pedro Chaves, 11 de dezembro de 1961. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=108082>. Acesso em: 10 out. 2022.

Alves, reiterou que não se tratava, no caso, de controle de constitucionalidade, mas sim de não aplicação de lei considerada inconstitucional.⁴⁷⁴

No entanto, a partir da decisão monocrática proferida pelo relator do Mandado de Segurança nº 25.888, Ministro Gilmar Mendes, impetrado pela Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras – em face de decisão do TCU que havia deixado de aplicar um artigo de lei por considerá-lo inconstitucional, na qual houve o deferimento do pedido de medida liminar para suspender a decisão daquela Corte de Contas, houve uma sucessão de novos mandados de segurança, todos impetrados contra decisões do TCU, e de novas decisões monocráticas de variados relatores, nas quais se afirmou a necessidade de rediscussão da Súmula nº 347 e, até mesmo, de sua revogação, tendo em vista a nova ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988.⁴⁷⁵

Contudo, a sinalização inicial de revogação da Súmula nº 347 não se confirmou no julgamento da Petição nº 4656, quando o Supremo Tribunal Federal, por seu Pleno, em votação unânime manteve decisão do Conselho Nacional de Justiça – CNJ - que havia determinado a um Tribunal de Justiça a exoneração de todos os ocupantes dos cargos em comissão criados por determinada lei estadual que o CNJ considerou inconstitucional.⁴⁷⁶

No citado julgamento houve a defesa de duas teses opostas: primeira, a de que órgãos autônomos, com previsão constitucional, especialmente no caso do Conselho Nacional de Justiça, do Conselho Nacional do Ministério Público e dos Tribunais de Contas, somente

⁴⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221**. Ementa: [...] EM NOSSO SISTEMA JURÍDICO, NÃO SE ADMITE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU DE ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POR LEI OU POR ATO NORMATIVO COM FORÇA DE LEI POSTERIORES. O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI OU DOS ATOS NORMATIVOS E DA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PODER JUDICIÁRIO. OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO, POR SUA CHEFIA - E ISSO MESMO TEM SIDO QUESTIONADO COM O ALARGAMENTO DA LEGITIMAÇÃO ATIVA NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -, PODEM TÃO-SÓ DETERMINAR AOS SEUS ÓRGÃOS SUBORDINADOS QUE DEIXEM DE APLICAR ADMINISTRATIVAMENTE AS LEIS OU ATOS COM FORÇA DE LEI QUE CONSIDEREM INCONSTITUCIONAIS [...]. Relator: Min. Moreira Alves, 29 de março de 1990. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346262>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁴⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática de natureza liminar. **Mandado de Segurança nº 25.888**. Rel. Min. Gilmar Mendes, 22 de março de 2006. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2371137>. Acesso em 10 out. 2022.

⁴⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Petição nº 4656**. Ementa: [...] 3. Insere-se entre as competências constitucionalmente atribuídas ao Conselho Nacional de Justiça a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, a aplicação de lei aproveitada como base de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos a seu espaço de influência a observância desse entendimento, por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta dos membros dos Conselho [...]. Rel. Min. Cármen Lúcia, 19 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14164297>. Acesso em 10 out. 2022.

podem afastar a aplicação de uma lei, por considerá-la inconstitucional, nas hipóteses em que já haja decisão do STF sobre o assunto, mesmo que não seja em controle concentrado, conformes votos dos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli; segunda, a de que o afastamento da aplicação de uma lei, por inconstitucionalidade, pode ser feito por esses órgãos autônomos, com previsão constitucional, independentemente de já haver ou não decisão do STF sobre o assunto, conforme voto do Ministro Luiz Fux.

A primeira tese assentou-se na compreensão de que a negativa, por órgão autônomo com previsão constitucional, de aplicação de lei que trata de assunto já considerado inconstitucional pelo STF é uma solução que racionaliza o sistema, pois prestigia a segurança jurídica e a própria autoridade das decisões do STF, sem inovação no mundo jurídico, tendo em vista que, se a matéria da referida lei for submetida à apreciação do STF, aquela Corte julgará exatamente na mesma linha da decisão do órgão administrativo.

A segunda tese, a seu turno, adotou o entendimento de que a exigência de jurisprudência do STF para autorizar o órgão administrativo a negar a aplicação de lei que considere inconstitucional infantiliza o aludido órgão e se opõe à ideia de sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, além de desprestigiar o princípio da força normativa da Constituição, motivo pelo qual a existência de jurisprudência do STF não deve ser vista como condição para o afastamento da lei considerada inconstitucional, mas sim como ônus argumentativo para justificar a decisão do órgão administrativo.

No julgamento do Mandado de Segurança nº 35.410, rel. Min. Alexandre de Moraes, o Supremo Tribunal Federal enfatizou que o TCU não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes.⁴⁷⁷

Na doutrina estrangeira, Rui Medeiros informa que, na Itália, a doutrina se divide sobre o tema. Para alguns autores, a Administração Pública não pode deixar de aplicar a lei inconstitucional enquanto assim não a declarar o Tribunal Constitucional. O principal fundamento invocado pelos defensores dessa tese é o artigo 136º da Lei Fundamental italiana,

⁴⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 35.410**. Ementa: [...] 1. O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal. 2. Decisão do TCU que acarretou o total afastamento da eficácia dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, no âmbito da Administração Pública Federal. 3. Impossibilidade de o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas trazer consigo a transcendência dos efeitos, de maneira a afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, não só para o caso concreto, mas para toda a Administração Pública Federal, extrapolando os efeitos concretos e interpartes e tornando-os *erga omnes* e vinculantes [...]. Rel. Min. Alexandre de Moraes, 13 de abril de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755772012>. Acesso em 10 out. 2022.

cujo teor prevê o efeito *ex nunc* da declaração de inconstitucionalidade, ou seja, a lei somente deixa de ser válida a partir do dia seguinte ao da publicação da decisão. Diante desse dispositivo sustentam os adeptos dessa teoria que a norma é eficaz até a decisão do tribunal, não sendo, por esse motivo, juridicamente possível à Administração Pública afastar a sua aplicação *sponte sua*.⁴⁷⁸

Medeiros, no entanto, chama a atenção para a existência de numerosos juristas italianos que defendem a tese contrária, entre eles Mauro Cappelletti e Gustavo Zagrebelsky. Para essa corrente, a interpretação sistemática e evolutiva, atualmente admitida de forma pacífica, reconhece o efeito retroativo das declarações de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional. De qualquer modo, o efeito *ex nunc* da citada declaração não poderia ser interpretado como a possibilidade de execução provisória da lei ainda não declarada inconstitucional, sob pena de se subverter a lógica jurídica, ao se prestigiar a lei em detrimento da Constituição. Alertam que um sistema de controle concentrado se esgota na própria jurisdição, sem afetar o poder e, até mesmo, o dever de a autoridade administrativa competente não cumprir a lei inconstitucional até a manifestação do tribunal competente sobre o assunto.⁴⁷⁹

Na Alemanha, a doutrina majoritária admite a competência administrativa para analisar a constitucionalidade das leis, sendo que alguns autores, como Otto Bachof, Hartmut Maurer e Ernst Forsthoff, admitem também a competência das autoridades administrativas de nível hierárquico mais elevado para rejeitar a aplicação das leis inconstitucionais. Medeiros sistematiza a discussão na doutrina alemã dividindo os teóricos em dois grupos bem distintos.⁴⁸⁰

O primeiro é composto daqueles que, ressalvados os casos de leis manifestamente inconstitucionais, negam à Administração Pública o poder de rejeição das leis pretensamente inconstitucionais, mas reconhecem o poder de apreciação dessas leis. Dentro desse grupo, porém, há duas teorias: a teoria da mera competência de apreciação da constitucionalidade da lei e a teoria da competência de suspensão da lei até que o tribunal competente se manifeste sobre o assunto. Para essa segunda teoria, portanto, a autoridade administrativa competente,

⁴⁷⁸ MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**. Lisboa. Universidade Católica Editora. 1999, p. 152.

⁴⁷⁹ Ibidem, 153-154.

⁴⁸⁰ Idem, 155-157.

fundada no princípio da constitucionalidade, deve suspender a aplicação da lei pretensamente inconstitucional, nas hipóteses em que a suspensão não equivalha à rejeição da lei.⁴⁸¹

O segundo grupo sustenta a competência administrativa de rejeição de leis pretensamente inconstitucionais, com fundamento no princípio da vinculação imediata da Administração à Constituição. Para esse grupo, no entanto, também há duas teorias sobre o assunto: a teoria da competência de rejeição geral, que tem como um de seus expoentes Hartmut Maurer, e a teoria da competência de rejeição limitada, defendida, entre outros, por Otto Bachof, segundo a qual a recusa da aplicação de uma lei pretensamente inconstitucional somente deve ocorrer quando a inconstitucionalidade for evidente.⁴⁸²

Informa Medeiros que em Portugal é majoritária a doutrina que nega à Administração o poder ilimitado de fiscalização da constitucionalidade das leis. No mesmo sentido já se manifestou o Tribunal Constitucional e o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República. Entende a maioria que, em regra, havendo tensão entre o princípio da constitucionalidade e o princípio da legalidade, a Administração Pública deve privilegiar o princípio da legalidade, porquanto não detém competência para apreciar a constitucionalidade das leis. No entanto, também é dominante a doutrina que admite o poder administrativo de rejeição de leis inconstitucionais em situações excepcionais, quando, por exemplo, violadoras de direitos, liberdades e garantias. Nesse sentido já se manifestaram nomes de expressão como Joaquim José Gomes Canotilho, Vital Moreira, Jorge Miranda, José Carlos Vieira de Andrade, Paulo Otero e Marcelo Rebelo de Sousa.⁴⁸³

A doutrina nacional anterior à Constituição Federal de 1988 sustentava, majoritariamente, a possibilidade de o chefe do Poder Executivo rejeitar a aplicação de lei que considerasse inconstitucional. Nesse sentido foram, segundo Rosane Schmitt, as manifestações de Miguel Reale, Temístocles Brandão Cavalcanti, Caio Tácito, Francisco Campos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e José Luiz de Anhaia Mello.⁴⁸⁴

Na vigência da atual Constituição, já se manifestaram pela possibilidade de o chefe do Poder Executivo rejeitar a aplicação de lei que considerasse inconstitucional, os seguintes

⁴⁸¹ Idem, 157.

⁴⁸² Idem, 158-159.

⁴⁸³ Idem, 159-161.

⁴⁸⁴ SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e controle de constitucionalidade**. 2006. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 109-113.

juristas, entre outros: Ronaldo Polletti,⁴⁸⁵ Luís Roberto Barroso,⁴⁸⁶ Clèmerson Merlin Clève⁴⁸⁷ e Gustavo Binimbojm.⁴⁸⁸ Especificamente sobre a possibilidade de os Tribunais de Contas rejeitarem a aplicação de lei que considerem inconstitucional, é de citar os juristas Pontes de Miranda,⁴⁸⁹ Themistocles Brandão Cavalcanti,⁴⁹⁰ José Luiz Anhaia de Mello,⁴⁹¹ Ricardo Lobo Torres⁴⁹² e Juarez Freitas.⁴⁹³ Em sentido contrário, podem ser citados, entre outros, os juristas Zeno Veloso⁴⁹⁴ e Ivo Dantas.⁴⁹⁵ Os principais argumentos arrolados pela doutrina acima referenciada serão analisados a seguir.

Algumas objeções que podem ser opostas à possibilidade de Tribunal de Contas negar aplicação à lei que considere inconstitucional são as seguintes: primeira, seria um risco para a democracia;⁴⁹⁶ segunda, o alargamento da legitimação ativa para o oferecimento da ação direta de inconstitucionalidade não mais justifica essa possibilidade, em face da sua desnecessidade;⁴⁹⁷ terceira, haveria grave insegurança jurídica, caso se reconhecesse a possibilidade de negativa de aplicação de lei por Tribunal de Contas, com um preocupante aumento desse tipo de decisão;⁴⁹⁸ quarta, ausência de previsão na Constituição Federal da competência referida na Súmula 347.⁴⁹⁹

Os argumentos acima elencados, em sua maioria, são invocados para fundamentar críticas à possibilidade de órgão não jurisdicional afastar a aplicação de lei que considere inconstitucional. Pela sua relevância serão pontualmente analisados, mas apenas em relação aos Tribunais de Contas, porquanto não é objeto desta investigação acadêmica o exame das

⁴⁸⁵ POLLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001, p. 148.

⁴⁸⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2008, p. 69-72

⁴⁸⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São: Editora Revista dos Tribunais. 2000, p. 247-248

⁴⁸⁸ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 215.

⁴⁸⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969**. V. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970, p. 249.

⁴⁹⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Op. cit., 1972.

⁴⁹¹ MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da competência do Tribunal de Contas para negar aplicação a leis inconstitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 17.

⁴⁹² TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Volume V: O Orçamento na Constituição**. Op. cit., p. 507.

⁴⁹³ FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **RDA - Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011.

⁴⁹⁴ VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003, p. 322.

⁴⁹⁵ DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001, p. 185.

⁴⁹⁶ VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 322.

⁴⁹⁷ Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes no MS 25.888, referido anteriormente.

⁴⁹⁸ Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes no MS 25.888, referido anteriormente.

⁴⁹⁹ Decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes no MS 25.888, referido anteriormente.

outras hipóteses de afastamento, pela via administrativa, de lei que se considere inconstitucional.

Para Zeno Veloso, haverá grave risco para a democracia caso se permita que o chefe do Poder Executivo negue eficácia de norma jurídica, por considerá-la inconstitucional, especialmente em um país, como o Brasil, que ainda está em desenvolvimento, com imensas carências e com “uma vocação histórica – e até o momento incontrolável – para o autoritarismo, com um executivo verdadeiramente formidável e imperial, significando o princípio da divisão de poderes quase uma letra morta no Texto Magno”.⁵⁰⁰

A preocupação do autor com uma exacerbação do poder nas mãos do chefe do Poder Executivo tem respaldo histórico não só no Brasil. Particularmente quanto à defesa da Constituição em face dos excessos do legislador ordinário, trata-se de questão que ensejou acirrado debate travado entre Carl Schmitt e Hans Kelsen, no qual o primeiro sustentou ser o chefe do Poder Executivo o mais indicado para funcionar como guardião da Constituição,⁵⁰¹ ao passo que o segundo refutou a tese, invocando, como um de seus argumentos, exatamente a ausência de neutralidade do chefe do Poder Executivo para o desempenho dessa tarefa.⁵⁰²

Não obstante a relevância que assume esse debate – relativo à possibilidade ou não de o Presidente da República negar a aplicação de lei que considere inconstitucional –, a discussão dessa matéria pouco socorre para o deslinde da controvérsia suscitada em torno da Súmula 347 do STF, porquanto há de se reconhecer a acentuada distinção existente entre a situação do Chefe do Poder Executivo e a dos Tribunais de Contas.

As Cortes de Contas estão em posição diametralmente oposta à do chefe do Poder Executivo, eis que este pratica atos de execução, muitos dos quais motivados por questões político-partidárias e amparados inclusive em norma por ele mesmo editada, como é o caso das medidas provisórias, ao passo que os Tribunais de Contas fiscalizam esses atos, mediante o exercício do controle externo, com base em critérios técnicos.

Em outras palavras, o reconhecimento aos Tribunais de Contas da possibilidade de negarem a aplicação de lei que considerem inconstitucional produz efeito inverso, na medida

⁵⁰⁰ VELOSO, Zeno. Op. cit., p. 322.

⁵⁰¹ SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey. 2007, p. 232-233.

⁵⁰² KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduardo Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 2007, p. 285.

em que incrementa a fiscalização que exercem sobre o Poder Executivo e, com isso, aumenta o coeficiente democrático da sua atuação, porquanto fortalece o sistema de freios e contrapesos, pois, consoante observa Ayres Britto, os Tribunais de Contas “se assumem como órgãos impeditivos do desgoverno e da desadministração”.⁵⁰³

No tocante à alegação de alargamento da legitimação ativa para o oferecimento da ação direta de inconstitucionalidade, prevista no art. 103 da Constituição Federal, é de se notar que em nada prejudica a validade da Súmula 347 do STF, por dois motivos: primeiro, porque aludido dispositivo constitucional trata da legitimação apenas para o controle concentrado, nada dizendo sobre o controle difuso e concreto, cuja hipótese é a que mais se assemelha à da referida súmula; segundo, porque, mesmo em relação ao controle concentrado, os Tribunais de Contas não foram incluídos entre os legitimados a provocá-lo. Isso significa que, diante de um ato administrativo praticado com base em uma norma entendida inconstitucional, as Cortes de Contas não têm instrumentos processuais para provocar diretamente o Poder Judiciário. Assim era na vigência da Constituição de 1946, assim continua sendo na vigência da Constituição de 1988.

O fato de as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal figurarem entre os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade não contribui para a solução do caso, pois, embora se afirme que o Tribunal de Contas da União é órgão auxiliar do Poder Legislativo, é certo que não se trata de relação de subordinação, conforme tem ressaltado tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a exemplo do que foi decidido nos Mandados de Segurança nºs 24.510, 23.550 e 25.092.⁵⁰⁴

⁵⁰³ BRITTO, Carlos Ayres. Regime constitucional dos tribunais de contas. Op. cit., p. 74.

⁵⁰⁴ Na doutrina: TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Op. cit., p. 177-178; BRITTO, Carlos Ayres. Regime constitucional dos tribunais de contas. Op. cit., p. 62. Na jurisprudência do STF: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 24.510**. Ementa: PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO [...]. Rel. Min. Ellen Gracie, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 10 out. 2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 23.550**. Ementa: [...] I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (CF, art. 71, IX e §§ 1º e 2º) [...]. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para o Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, 4 de abril de 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85979>. Acesso em: 25 out. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 25.092**. Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA: FISCALIZAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. ADVOGADO EMPREGADO DA EMPRESA QUE DEIXA DE APRESENTAR APELAÇÃO EM QUESTÃO RUMOROSA. [...]. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 10 de novembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86258> Acesso em 10 out. 2022.

Além disso, não se pode submeter o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas, impulsionado por critérios técnicos, ao juízo político inerente aos órgãos inseridos na estrutura das Casas Legislativas. As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal seguem a lógica da política partidária, sendo, portanto, improvável a sua movimentação no sentido do oferecimento da ação direta de inconstitucionalidade em defesa das prerrogativas do TCU. Não se pode desconsiderar que as decisões da Corte de Contas repercutem na vida política, agradando a uns e desagradando a outros, dependendo das circunstâncias.

De igual modo, a legitimação do Procurador-Geral da República pouco colabora para o tema, pois, não obstante o entendimento prevalecente na vigência da Constituição de 1946, conforme lembram Mendes e Branco, no sentido de que o Chefe do Ministério Público, na condição de único legitimado, deveria oferecer a representação interventiva, mesmo quando dela discordasse, mas, nesse caso, encaminhando parecer contrário à citada ação, o atual Texto Constitucional apenas faculta ao Procurador-Geral da República a iniciativa de provocação do controle concentrado.⁵⁰⁵

Por conseguinte, ainda que o TCU entenda haver a necessidade de declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em face da prática de diversos atos administrativos irregulares dela decorrentes, causadores de prejuízo ao erário, o Titular da Procuradoria-Geral, entendendo de modo diverso, pode simplesmente deixar de oferecer a ação direta de inconstitucionalidade.

A atual legitimação do chefe do Poder Executivo para o oferecimento da ação direta de inconstitucionalidade também não ajuda. Considerando que o Poder Executivo é quem sofre com maior intensidade o controle exercido pelo TCU, é de se supor que o Presidente da República dificilmente ofereceria a ação direta de inconstitucionalidade na defesa das prerrogativas do Tribunal. Aliás, tudo leva a crer que, de fato, a hipótese é bem mais remota do que se possa imaginar, pois a União já se posicionou ao lado das empresas estatais contra o TCU em três mandados de segurança que discutiam a competência da Corte de Contas para

⁵⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Op. cit., p. 1101-1102.

fiscalizar as empresas públicas e sociedades de economia mista, quais sejam os Mandados de Segurança nºs 25.092 e 25.181.⁵⁰⁶

Em relação à terceira alegação, no sentido de que haverá grave insegurança jurídica, caso se mantenha a Súmula nº 347, é da natureza do controle de constitucionalidade, especialmente o difuso, certa insegurança jurídica, plenamente tolerável, diante dos benefícios que proporciona. Além disso, contrariamente ao que ocorre com as decisões de primeiro grau de jurisdição que, em controle difuso, declaram a inconstitucionalidade de uma norma, o TCU tem suas decisões de controle externo passíveis de impugnação diretamente no Supremo Tribunal Federal, pela via do mandado de segurança, conforme estabelecido no art. 102, inciso I, alínea d, da Constituição Federal, o que permite aos interessados verem suas contendas com o TCU serem julgadas definitivamente pela Corte Suprema em tempo significativamente menor do que o verificado nos casos de impugnações a decisões judiciais de primeira instância, fato que só vem a demonstrar a inexistência de qualquer risco ao princípio da segurança jurídica.

No tocante à quarta alegação, no sentido de que não há previsão na Constituição Federal da competência referida na Súmula nº 347, o art. 71 da Constituição Federal de 1988, com efeito, a exemplo do que ocorria com o art. 77 da Constituição Federal de 1946, não prevê, entre as atribuições do TCU, o afastamento da norma considerada inconstitucional. Contudo, a ausência de previsão expressa não serve de fundamento para recusar ao TCU e aos demais Tribunais de Contas uma prerrogativa que se revele necessária ao pleno exercício de suas atribuições, a fim de proporcionar a concretização da máxima efetividade da norma constitucional pertinente ao controle externo da Administração Pública.

⁵⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança nº 25.092**. Ementa: [...] I. - Ao Tribunal de Contas da União compete julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (CF, art. 71, II; Lei 8.443, de 1992, art. 1º, I). [...]. Rel. Min. Carlos Velloso. Julgado em 10 de novembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86258> Acesso em 10 out. 2022; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 25.181**. Ementa: [...] SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - FISCALIZAÇÃO. Ao Tribunal de Contas da União incumbe atuar relativamente à gestão de sociedades de economia mista. Nova inteligência conferida ao inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, ficando superada a jurisprudência que veio a ser firmada com o julgamento dos Mandados de Segurança nºs 23.627-2/DF e 23.875-5/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em 10 de novembro de 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86278>. Acesso em 10 out. 2022.

Garcia de Enterría e Fernández trataram da importância da teoria dos poderes implícitos, construída pela Suprema Corte Norte-americana, como forma de permitir a realização plena das competências expressamente conferidas.⁵⁰⁷ De igual modo, o Supremo Tribunal Federal, ciente dessa realidade, já reconheceu, no tocante ao Tribunal de Contas da União, a inevitável aplicação da teoria dos poderes implícitos, sob pena de esvaziamento das competências expressamente outorgadas ao TCU, em julgamento no qual afirmou o poder geral de cautela da Corte de Contas.⁵⁰⁸

Por outro lado, é possível arrolar os seguintes argumentos favoráveis ao reconhecimento da competência dos Tribunais de Contas para deixar de aplicar, no caso concreto, lei que considerem inconstitucional: primeiro, a constitucionalidade deve prevalecer sobre a legalidade; segundo, os Tribunais de Contas são órgãos de estatura constitucional cujo principal parâmetro de controle é a Constituição; terceiro, a maior complexidade da Administração Pública, a partir da nova ordem constitucional de 1988; quarto, a Súmula nº 347 do STF atende ao princípio da proporcionalidade; quinto, na defesa das prerrogativas dos Tribunais de Contas a Súmula é ainda mais necessária.

Relativamente ao primeiro argumento, no sentido de que a constitucionalidade deve prevalecer sobre a legalidade, é importante atentar para o fato de que diante de uma lei que considere inconstitucional o Tribunal de Contas tem duas opções: primeira, dar cumprimento à lei e, conseqüentemente, descumprir a Constituição; segunda, negar a aplicar a lei ao caso concreto, mas, por decorrência, cumprir a Constituição. Este é o dilema: prestigiar o princípio da legalidade ou o da constitucionalidade? A resposta assenta-se na supremacia da Constituição e na constitucionalização do direito.

Com Konrad Hesse, não se pode desconsiderar que a força normativa da Constituição funciona como instrumento de propulsão para mudanças na realidade social, ao estabelecer comandos que são em parte influxos da própria sociedade, mas que também funcionam como elementos de provocação e de condução para alterações nos rumos de uma coletividade, com

⁵⁰⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. Volume 1. 16. ed. Madrid: Civitas, 2013, p. 492-493.

⁵⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 24.510**. Ementa: [...] O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). [...]. Rel. Min. Ellen Gracie, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 10 out. 2022

a inserção de uma nova realidade, nascida primeiramente no campo jurídico, mas com pretensões de concretização inovadora.⁵⁰⁹

É importante reconhecer que a maioria dos comandos constitucionais, para serem concretizados, dependem da prática de atos da Administração pública, regidos, portanto, pelo direito administrativo. Eis a razão pela qual se deve entender o direito administrativo como “direito constitucional concretizado”, como bem observou Maurer, com base em assertiva de Fritz Werner, então Presidente do Tribunal Administrativo Federal alemão, tendo em vista que o direito administrativo é determinado essencialmente pela Constituição do seu tempo, pois é por seu intermédio que as decisões políticas expressas na Constituição poderão se tornar realidade.⁵¹⁰

Desse modo, o direito administrativo, tradicionalmente movido pelo princípio da legalidade, deve receber nova leitura à luz da Constituição porquanto tem na Constituição os títulos de seus capítulos e é regido pela axiologia constitucional, da qual não pode se distanciar, sob a roupagem de uma atuação formalista. Ao contrário, a função administrativa, regulada pelo direito administrativo, tem por finalidade trazer para o plano existencial os princípios axiológicos do direito político e os princípios normativos do direito constitucional.⁵¹¹

Não sem razão a doutrina moderna abandonou a clássica concepção da vinculação da Administração Pública à legalidade e passou a sustentar a sua vinculação à juridicidade, cujo conceito alcança não apenas a própria legalidade, mas todo o ordenamento jurídico, a partir das regras e dos princípios estampados na Constituição.⁵¹²

Por esses motivos, portanto, é que Luís Roberto Barroso, com fundamento na supremacia constitucional, sustenta a possibilidade de negativa de aplicação de lei considerada inconstitucional, seja antes ou após a Constituição Federal de 1988, por chefe de Poder. Nas palavras do autor:

Mas o principal fundamento continua a ser o mesmo que legitimava tal linha de ação sob as Cartas anteriores: o da supremacia constitucional. Aplicar a lei inconstitucional é negar aplicação à Constituição. A tese é reforçada por outro elemento: é que até mesmo o particular pode recusar cumprimento à lei que considere inconstitucional, sujeitando-se a defender sua convicção caso

⁵⁰⁹ HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Op. cit., p. 15.

⁵¹⁰ MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. 14. Ed. Tradução de Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole. 2006, p. 12-13.

⁵¹¹ DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 9. ed. Buenos Aires: Editora Cuidad Argentina. 2001, p. 29.

⁵¹² OTERO, Paulo. Op. cit., p. 198.

venha a ser demandado. Com mais razão deverá poder fazê-lo o chefe de um Poder.⁵¹³

O segundo argumento favorável à manutenção da Súmula nº 347 é o de que os Tribunais de Contas são órgãos de estatura constitucional cujo principal parâmetro de controle é a Constituição, cujo estatuto jurídico, portanto, está integralmente na Constituição Federal. Suas leis orgânicas apenas regulamentam as competências que lhes foram outorgadas diretamente pela Constituição.

Por essa razão, Carlos Ayres Britto tem sustentado que os Tribunais de Contas não são tribunais singelamente administrativos, pois seu regime jurídico é “centralmente constitucional”, o que lhes confere “dimensão antes de tudo política”, razão pela qual defende que os Tribunais de Contas “se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei”.⁵¹⁴

No mesmo sentido é a compreensão de Ricardo Lobo Torres, para quem as competências constitucionais dos Tribunais de Contas, quanto ao controle de legalidade e de legitimidade, conduzem ao reconhecimento da sua competência para recusar a aplicação de lei considerada inconstitucional, porquanto, segundo o autor, o controle de legalidade “implica também o da supralegalidade, ou seja, o da constitucionalidade das leis e atos administrativos”, assim como “a declaração incidental da inconstitucionalidade tornou-se evidente no texto de 1988, mercê da possibilidade de controle da legitimidade”.⁵¹⁵

André Salgado de Matos, ao proceder à análise de situação semelhante no direito português, defende que, no caso de órgãos administrativos independentes, é de se reconhecer a existência de uma vinculação mais intensa desses órgãos, comparativamente aos demais, em relação às normas constitucionais, o que justifica admitir que, havendo colisão entre os princípios da constitucionalidade, de um lado, e o da separação de poderes, do outro, deve-se prestigiar o primeiro em detrimento do segundo.⁵¹⁶

A estatura constitucional dos Tribunais de Contas, aliada às suas competências, conduziu também Juarez Freitas a sustentar expressamente a possibilidade de negativa de

⁵¹³ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 93.

⁵¹⁴ BRITTO, Carlos Ayres. Regime constitucional dos tribunais de contas. Op. cit., p. 74.

⁵¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Volume V: O Orçamento na Constituição**. Op. cit., p. 507.

⁵¹⁶ MATOS, André Salgado de. **A fiscalização administrativa da constitucionalidade: contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado social de direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, p. 353.

aplicação de lei pelos Tribunais de Contas, por entender que a previsão constitucional do controle externo, com a outorga de competências para o controle da legitimidade e da economicidade dos atos administrativos, e não apenas da legalidade, “introduziu o propósito, em nosso arcabouço institucional, de dilatar o controle de constitucionalidade”, motivo pelo qual entende o autor que seria um equívoco cancelar a Súmula nº 347 do STF.⁵¹⁷

Portanto, a análise da possibilidade de negativa de aplicação de lei considerada inconstitucional por Tribunal de Contas requer, como se demonstrou, que se leve em conta a estatura constitucional desses órgãos de controle, assim como as elevadas e complexas competências que lhes foram diretamente outorgadas pela Constituição Federal.

No que concerne ao terceiro argumento, de que há uma maior complexidade da Administração Pública, a partir da nova ordem constitucional de 1988, é forçoso reconhecer que na vigência da Constituição de 1946 a Administração Pública brasileira era significativamente mais simples do que a atual. O Texto Constitucional de 1988, com as Emendas Constitucionais que se seguiram, incrementou sobremaneira a atuação administrativa do Poder Público nas mais variadas vertentes.

Paralelamente, o constituinte originário, atento aos riscos que isso poderia significar, estampou na própria Constituição diversos princípios, regras e vetores a serem observados pelos agentes públicos, pelos órgãos e pelas entidades da Administração Pública. Nesse diapasão, o constituinte reconheceu que, quanto maiores a descentralização e a liberdade no atuar, mais eficientes devem ser os instrumentos de controle, razão pela qual ampliou substancialmente as atribuições dos Tribunais de Contas.

Portanto, se, na vigência da Constituição de 1946, o STF reconhecia ao TCU a possibilidade de, “no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”, *a fortiori*, é de se reconhecer a validade da Súmula 347 do STF sob o pálio da Constituição vigente, que impulsionou a conformação de uma Administração Pública multifacetária de alta complexidade assim como incrementou sobremaneira as atribuições dos Tribunais de Contas. Seria, pois, um contrassenso dispensar interpretação reducionista às atribuições das Cortes de Contas, retirando-lhes prerrogativa que, em cenário bem menos complexo, já lhes era reconhecida.

⁵¹⁷ FREITAS, Juarez. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. Op. cit.

Relativamente ao quarto argumento, no sentido de que atende ao princípio da proporcionalidade a decisão do Tribunal de Contas que não aplica lei considerada inconstitucional, é de se reconhecer que, no caso de normas flagrantemente inconstitucionais, a sua não aplicação no caso concreto revela-se absolutamente consentânea com o princípio da proporcionalidade, pois a providência é adequada, por ser o meio apto para o alcance do fim pretendido, vale dizer, a preservação da supremacia da Constituição.

A decisão do Tribunal de Contas é necessária por, ao menos, três motivos:

- Primeiro, porque é o meio menos gravoso para a defesa da Constituição e para a promoção da sua efetividade, porquanto, na esfera federal, a decisão do TCU poderá ser impugnada diretamente no STF que, caso discorde, poderá suspendê-la em curtíssimo prazo e também, em curto prazo, poderá prolatar decisão de mérito, com trânsito em julgado.

- Segundo, porque, não dispondo o Tribunal de Contas de outro meio menos gravoso, por não ser legitimado para a ação direta de inconstitucionalidade, resta-lhe somente o uso da Súmula 347 do STF como único meio possível de ancorar a negativa de aplicação da lei considerada inconstitucional.

- Terceiro, porque, caso não adotada a decisão do Tribunal de Contas, o erário poderá sofrer um permanente prejuízo, em decorrência da prática reiterada do ato administrativo danoso e flagrantemente inconstitucional, até que um dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade entenda por bem provocar o controle concentrado, fato que é futuro, incerto e, por vezes, pode-se mostrar improvável.

Por fim, a negativa de aplicação de uma lei considerada inconstitucional pela Corte de Contas é proporcional em sentido estrito, na medida em que, na ponderação dos interesses envolvidos, sobressai a supremacia da Constituição, assim como a defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa, em detrimento de eventuais e particulares posições subjetivas, mas socorridas por norma flagrantemente inconstitucional, que possam vir a ser afetadas pela decisão do Tribunal de Contas.

Desproporcional, portanto, seria exigir do Tribunal de Contas a resignação diante de ato administrativo ou financeiro flagrantemente inconstitucional, reservando-lhe apenas a possibilidade de afirmar o seu entendimento acerca do assunto, em pronunciamento desprovido de eficácia, pois dependente de iniciativa futura, mas incerta de um dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade.

Por fim, o quinto argumento favorável à manutenção da Súmula 347 é no sentido de que na defesa das prerrogativas dos Tribunais de Contas a Súmula é ainda mais necessária. Segundo a redação atual da Súmula nº 347, “o Tribunal de Contas da União, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e atos do Poder Público”. No entanto, referida competência é ainda mais necessária em face de lei inconstitucional que atente contra as prerrogativas do Tribunal de Contas, pois, nesta hipótese, não é razoável admitir que o Tribunal de Contas dependa de outra instituição para a defesa de suas prerrogativas.

Tome-se, a título de exemplo, o disposto no §3º do art. 17-B da Lei nº 14.230/2021 que alterou a Lei nº 8.429/1992 e passou a prever que, com o objetivo de celebrar acordo de não persecução civil e para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 dias.

Se, por hipótese, o TCU entender inconstitucional a obrigatoriedade de sua manifestação, por ofensa ao disposto no art. 71 da Constituição Federal, que fixa suas atribuições, motivo pelo qual lei ordinária não pode inovar, mas apenas regulamentar referido dispositivo, não poderá se insurgir contra citado dispositivo por iniciativa própria, pois dependerá do Procurador-Geral da República ou de algum outro legitimado para o oferecimento de ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Se, ainda por hipótese, nenhum dos legitimados para a ação direta de constitucionalidade se dispuser ao seu oferecimento, o TCU terá de dar cumprimento a esse dispositivo, com evidente prejuízo ao exercício das suas atribuições constitucionais e sem possibilidade de questionamento judicial, o que lhe exclui do debate constitucional e agride seu direito de defesa das próprias prerrogativas.

Nesse cenário, admitir que o Tribunal de Contas, na qualidade de órgão que exerce função constitucional de controle, deveria decidir de acordo com a norma posta, sem questionar a sua constitucionalidade, é fragilizar o próprio sistema de freios e contrapesos, o que se tornaria mais evidente ainda na hipótese de a norma questionada ser relativa justamente ao Ministério Público Federal, tendo em vista que, nesse caso, nem ao Procurador-Geral o Tribunal de Contas poderia recorrer.

Conforme alertado por Dieter Grimm, a adoção ou não do modelo de controle judicial de constitucionalidade é uma decisão a ser tomada por cada país sob uma perspectiva pragmática e não principiológica. Compete, desse modo, a cada país avaliar a relação custo-benefício da adoção desse modelo diante das circunstâncias fáticas.⁵¹⁸

Nessa mesma linha de raciocínio, *mutatis mutandis*, é pertinente concluir que a decisão acerca do reconhecimento ou não da possibilidade de Tribunal de Contas, no exercício das suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público e negar-lhes aplicação, no caso concreto, quando entendê-los inconstitucionais, é uma decisão que deve ser tomada considerando a realidade brasileira, a prática legislativa ordinária, os elevados índices de ilícitos cometidos na gestão da coisa pública, e a relação custo-benefício da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, entendemos que não se sustentam os argumentos desfavoráveis à Súmula nº 347 do STF, porquanto citada súmula não oferece riscos para a democracia, não é superável pelo alargamento da legitimação ativa para o oferecimento da ação direta de inconstitucionalidade promovido pela Constituição Federal de 1988, não produz grave insegurança jurídica nem carece de fundamento constitucional, porquanto a competência dos Tribunais de Contas para não aplicar a lei ao caso concreto, quando a considerem inconstitucional, decorre da teoria dos poderes implícitos.

Ademais, é de se reconhecer diversos argumentos favoráveis à Súmula nº 347 do STF, tais como: o prestígio da supremacia da Constituição, ao fazer prevalecer a constitucionalidade sobre a legalidade; a circunstância de os Tribunais de Contas serem órgãos de estatura constitucional cujo principal parâmetro de controle é a Constituição; a maior complexidade da Administração Pública, a partir da nova ordem constitucional de 1988, o que, por consequência, requer órgãos de controle também mais complexos e fortes; o atendimento ao princípio da proporcionalidade pela Súmula nº 347 do STF; e a necessidade da Súmula como meio de o Tribunal de Contas defender suas prerrogativas em face de lei inconstitucional.

Por todas essas razões, entendemos que a Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal é constitucional, razão pela qual deve ser mantida, a fim de que se reconheça que os Tribunais de Contas, na qualidade de órgãos de estatura constitucional, podem e devem, não apenas no

⁵¹⁸ GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1, n. 4, out-dez/2006, p. 3-23.

exercício de suas atribuições, mas principalmente na defesa de suas prerrogativas, quando ameaças por norma infraconstitucional, se recusar a aplicar ao caso concreto lei que considerem inconstitucional, em homenagem à supremacia da Constituição, independentemente de já haver ou não jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto tratado pela lei considerada inconstitucional.

No campo da responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas, a importante consequência da manutenção da Súmula nº 347 é a possibilidade de referidas Cortes concluírem pela irregularidade de determinado ato praticado pelo agente público, em face de sua contrariedade à Constituição Federal, por ter como fundamento lei considerada inconstitucional.

Essa primeira consequência tem desdobramentos para o curto prazo, pois, diante da conclusão do Tribunal de Contas pela inconstitucionalidade de uma norma, é de se esperar que as autoridades competentes adotem as providências cabíveis para o seu questionamento perante o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado e abstrato. Mas aqui se está tratando de providências para o futuro.

A questão subsequente, portanto, diz respeito ao passado, ou seja, é saber se o autor da conduta praticada com fundamento em lei considerada inconstitucional pelo Tribunal de Contas pode ser responsabilizado por esse ato. Dada a presunção de legitimidade dos atos do Poder Público, inclusive da própria lei ainda não declarada inconstitucional, não há, em regra, fundamento para punir quem apenas dá execução à citada lei.

Há, porém, ao menos uma exceção a ser considerada: quando a lei ou ato normativo, embora ainda não tenha sido declarada inconstitucional, não goza da presunção de legitimidade, por ser absurdamente inconstitucional.

Foi o que ocorreu em com a pitoresca e quase inacreditável Lei nº 45/2011, aprovada pela Câmara Municipal de Aporá, Estado da Bahia, e promulgada por seu Prefeito, que, conforme constou da sua ementa “Altera a redação do inciso IV do *caput* do art. 29 da Constituição Federal e do art. 29-A, tratando das disposições relativas à recomposição das

Câmaras Municipais”, sendo neste caso necessário registrar que o teor da citada lei, com efeito, trata do assunto mencionado em sua ementa.⁵¹⁹

A situação é tão absurda que deu origem à abertura de um inquérito civil pelo Ministério Público do Estado da Bahia em desfavor de todos os vereadores que aprovaram referida lei e do prefeito municipal que a sancionou.⁵²⁰ Além disso, é importante registrar que há uma segunda lei desse mesmo município com mesmo número, aprovada no mesmo ano, mas que trata de assunto distinto.⁵²¹

Nesse caso, é absolutamente evidente a inconstitucionalidade da citada lei, que, por essa razão, não goza de presunção de legitimidade nem de constitucionalidade. Desse modo, o agente público competente para dar execução à lei deveria adotar as providências sob sua alçada, a fim de não a cumprir, seja por ato próprio, seja mediante provocação a quem de direito para fins de oferecimento da competente ação judicial. Se, por outro lado, o gestor decidir cumprir a lei, ficará sujeito à responsabilização pertinente, pois não haverá fundamento jurídico para acolher eventual alegação de que presumia ser constitucional a citada lei.

Outra hipótese sobre o tema diz respeito a ato administrativo praticado com base em lei que já havia sido declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário ou afastada, no caso concreto, por decisão do Tribunal de Contas competente com base na Súmula nº 347.

O Tribunal Superior Eleitoral já enfrentou situação semelhante, na qual reformou decisão de Tribunal Regional Eleitoral, a fim de restaurar a sentença de primeiro grau que havia declarado a inelegibilidade do Presidente da Câmara Municipal, que era também seu ordenador de despesa, tendo em vista que suas contas, relativas ao exercício de 1995, haviam sido julgadas irregulares pelo Tribunal de Contas do Estado, com condenação à reparação do dano ao erário, pelo fato de ter efetuado o pagamento de subsídios dos vereadores com

⁵¹⁹ APORÁ. **Lei nº 45, de 18 de outubro de 2011**. Altera a redação do inciso IV do caput do art. 29 da Constituição Federal e do art. 29-A, tratando das disposições relativas à recomposição das Câmaras Municipais. Aporá: Câmara Municipal, [2011]. Disponível em: <http://ba.portaldatransparencia.com.br/prefeitura/apora/iframe.cfm?pagina=abreDocumento&arquivo=35EB01518847>. Acesso em: 10 set. 2022.

⁵²⁰ Notícia disponível em: <https://rafaelcosta.jusbrasil.com.br/noticias/115969130/lei-do-municipio-de-apora-altera-o-artigo-29-da-constituicao>. Acesso em 10 set. 2022.

⁵²¹ APORÁ. **Lei nº 45, de 18 de outubro de 2011**. Dispõe sobre autorização para abertura de crédito suplementar ao orçamento vigente (lei nº 036/2010) e dá outras providências. Aporá: Câmara Municipal, [2011]. Disponível em: <http://ba.portaldatransparencia.com.br/prefeitura/apora/iframe.cfm?pagina=abreDocumento&arquivo=34E3045C8049>. Acesso em: 10 set. 2022.

fundamento em resolução municipal que determinava o seu pagamento no percentual de 5% da receita do município, mas que, dois anos antes, em 1993, havia sido considerada inconstitucional pela citada Corte de Contas, sob o fundamento de que não poderia haver a aludida vinculação.⁵²²

Naquela assentada, o relator, ministro Francisco Peçanha Martins, afirmou que “ninguém é obrigado a cumprir determinação ilegal. Logo, insubsistente a afirmação do recorrido de que apenas deu cumprimento à resolução julgada pela Câmara”. Na mesma linha se manifestaram o ministro Marco Aurélio, ao dizer que “ninguém está compelido a dar cumprimento a um ato normativo que entenda conflitante com o diploma de envergadura maior”, e o ministro Sepúlveda Pertence, ao sustentar que “Nessas circunstâncias, aquela presunção do desconhecimento da lei, com todas as vênias, se dilui: havia uma orientação normativa do Tribunal de Contas, de 1993”.

Portanto, também nessa hipótese é possível imputar responsabilidade ao gestor pela prática de ato cujo fundamento é ato normativo considerado inconstitucional pelo Poder Judiciário ou pelo Tribunal de Contas competente, pois nesses casos não há mais que se falar em presunção de legitimidade ou de constitucionalidade da norma.

3.3. Culpa *lato sensu* e sua demonstração pelos Tribunais de Contas

Consoante se afirmou anteriormente, a demonstração da culpa *lato sensu* é um dos elementos da responsabilidade subjetiva que se aplica à responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas, na qualidade de elemento subjetivo da conduta, e contempla o dolo e a culpa *stricto sensu* cujas modalidades são a negligência, a imprudência e a imperícia.

Consoante afirmado no tópico relativo ao regime jurídico do direito do controle externo sancionador, Sergio Cavalieri tem sustentado que o dolo e a culpa civil “são substancialmente iguais, têm os mesmos elementos; se diferença houver, será apenas de

⁵²² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Recurso Especial Eleitoral nº 21.976**. Ementa: RECURSO ESPECIAL. ELEIÇÃO 2004. REGISTRO DE CANDIDATURA DEFERIDO. REJEIÇÃO DE CONTAS. IRREGULARIDADES. INSANABILIDADE. CARACTERIZAÇÃO. RECURSO PROVIDO.

I- Para a declaração de inelegibilidade, com fundamento no art. 1º, I, g, da LC nº 64/90, exige-se que a rejeição de contas decorra de irregularidade insanável. II- É assente na jurisprudência ser irregularidade insanável aquela que indica ato de improbidade administrativa ou qualquer forma de desvio de valores. III- Recurso provido, ante a caracterização da insanabilidade das irregularidades que ensejaram a rejeição das contas. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins, 26 de agosto de 2004. Disponível em: <https://sjurpesquisa.tse.jus.br/sjur-pesquisa/pesquisa/actionBRSSearch.do?toc=false&httpSessionName=brsstateSJUT896011834§ionServer=TSE&docIndexString=1>. Acesso em: 10 set. 2022.

grau”.⁵²³ No entanto, Anderson Schreiber observa que tem havido uma erosão da culpa como filtro da reparação do dano, de modo que o direito civil tem adotado diversas presunções desfavoráveis ao suposto devedor que acabam por criar uma tendência à objetivação da responsabilidade civil ou, no mínimo, reduzem drasticamente a importância da culpa nessas hipóteses.⁵²⁴

Diante dessa realidade, não se mostra compatível com o direito do controle externo sancionador o tratamento civil da culpa, tendo em vista que, na defesa do erário, mas também dos princípios regedores da Administração Pública, os Tribunais de Contas têm a sua atuação repressora inexoravelmente submetida ao dever da busca da verdade material e do respeito aos direitos fundamentais dos acusados, inadmitidas, portanto, presunções próprias do direito civil que sejam incompatíveis com esses deveres.

Por esses motivos, os Tribunais de Contas devem aplicar à apuração da culpa a compreensão que lhe é dada pelo direito penal, porquanto o exame procedido pela Corte de Contas não se limita à análise de mera relação contábil entre supostos credor, no caso o erário, e devedor, mas sim de avaliação sobre a conduta de um agente público, cuja conclusão pode afetar profundamente o seu nome, honra e carreira profissional.

Como uma das consequências dessa compreensão, a análise da conduta requer do Tribunal de Contas que proceda à individualização das condutas, o que significa analisar cada conduta de modo individualizado, de acordo com as atribuições do cargo de cada agente público e as circunstâncias nas quais a conduta foi praticada. Trata-se de providência absolutamente necessária, sob pena de grave ofensa ao princípio da culpabilidade e da responsabilidade subjetiva que lhe é decorrente e, ainda, em última análise ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A importância da individualização das condutas é ainda mais evidenciada quando se considera a procedimentalização da atividade administrativa como marcante característica da Administração Pública democrática, porquanto é pelo processo que o Poder Público na sua vertente administrativa executa suas tarefas e busca a efetivação das políticas públicas. E o

⁵²³ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 31.

⁵²⁴ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 34-51.

processo se perfaz a partir de procedimentos predefinidos que estabelecem as práticas a serem adotadas, as rotinas, as pessoas competentes para tanto, o tempo, o lugar e o modo.⁵²⁵

É pelo processo e seu procedimento que se limita o uso do poder pela Administração Pública, democratiza-se a sua atuação, aperfeiçoam-se os seus métodos de trabalho e se permite o seu controle pelos diretamente interessados e pela sociedade em geral. Esse modo de agir força reconhecer que o fato ilícito ao final produzido não é, em regra, resultado de um ato isolado, mas sim de um procedimento do qual participaram diversos agentes públicos, em virtude da segregação das funções e da divisão dos trabalhos e, em muitos casos, privados também, a exemplo da licitação.

Ora, se muitas pessoas participaram do procedimento, é, por consequência, necessária a individualização das condutas de cada uma delas, a fim de identificar as atribuições dos seus cargos, os atos que praticaram, as circunstâncias e as relações entre eles. Individualizadas as condutas e analisadas as circunstâncias pode o Tribunal de Contas acertadamente concluir que a responsabilidade pelo fato ilícito não deve recair sobre a autoridade máxima que praticou o último ato do procedimento, como, por exemplo, ocorre com a homologação do resultado de uma licitação.

A questão mostra-se relevante porquanto, sem dúvida, é muito mais fácil e cômodo responsabilizar a autoridade máxima que praticou o último ato, pois para tanto não se requer muito esforço de investigação. Ao contrário, basta apontar para a sua condição de autoridade máxima e indicar o ato comissivo ou omissivo praticado.

Como se vê, é muito mais fácil assim proceder, mas é também absolutamente insustentável juridicamente, por não ser o resultado de uma análise individualizada das condutas de todos que participaram do procedimento administrativo, o que, em última análise, conduziria a uma inadmissível responsabilização objetiva do dirigente máximo pela simples razão de ser dirigente máximo.

Portanto, a individualização das condutas é ponto de partida da análise da responsabilidade subjetiva no tocante à avaliação da conduta e, se for o caso, da presença de dolo ou culpa *stricto sensu*. E em nada estão os Tribunais de Contas dispensados desse dever, cujo resultado pode, ao final, revelar sim a culpa da autoridade máxima, mas pode também

⁵²⁵ Marçal Justen Filho chega até mesmo a considerar a procedimentalização, juntamente com a vinculação aos direitos fundamentais, um dos dois pilares fundamentais nos quais se alicerça o regime jurídico de direito administrativo. In: JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Op. cit., p. 264.

demonstrar a sua inocência e a culpa de outro agente público que tenha atuado anteriormente, tal como quem especificou o objeto a ser licitado, fez a pesquisa de preços, elaborou um laudo ou parecer técnico ou jurídico, redigiu o edital, o pregoeiro, ou outro agente público qualquer.

O importante é que se faça a análise individualizada das condutas. Com certeza, dá trabalho, mas é necessário em respeito ao princípio da culpabilidade, da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal substantivo, pois não atende aos anseios de uma sociedade inserida no Estado Democrático de Direito a condenação de um inocente nem a isenção de responsabilidade de um culpado. A realização da justiça, ainda que seja desafio enorme para o ser humano, com suas limitações e vicissitudes, é o ideal a ser buscado. E somente mediante o respeito aos pressupostos da responsabilidade subjetiva será possível reduzir os riscos de erros e produzir uma decisão justa na medida das possibilidades humanas.

Em relação às empresas privadas, a questão a requerer análise diz respeito a se saber como aferir o dolo e a culpa, considerando que a pessoa jurídica é uma ficção jurídica e seus atos são concretizados pelo seu representante legal, mas em nome da empresa e não em nome próprio.

Na doutrina, Víctor Sebastián Baca Oneto sustenta que, dadas as suas características, a serem obrigatoriamente levadas em consideração pelo julgador, a pessoa jurídica será considerada culpada quando se constatar um déficit de organização que tenha contribuído para o cometimento da infração, independentemente da identificação da pessoa natural que tenha agido com dolo ou culpa, que será presumida se a pessoa jurídica tiver praticado uma infração, salvo se esta provar ter agido com diligência.⁵²⁶

A solução não nos parece ser a melhor, pois se avizinha à responsabilidade objetiva. A desorganização da empresa pode até ser um dos elementos, mas não o único, a serem considerados quando for possível esta constatação, o que não é fácil. Entendemos que a melhor opção é a análise do dolo e da culpa em relação aos administradores da empresa, pois

⁵²⁶ ONETO, Víctor Sebastián Baca. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano **Revista digital de Derecho Administrativo**, n. 21, p. 313-344, primer semestre/2019, p. 339-340. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5708/7104>. Acesso em: 20 nov. 2022

são eles que, de fato, praticam os atos atribuídos à pessoa jurídica. Esse tem sido também o entendimento do Tribunal de Contas da União⁵²⁷ e, na doutrina, de Sandro Lúcio Dezan.⁵²⁸

3.3.1. Conduta dolosa

Segundo o art. 18 do Código Penal, o crime é doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. O primeiro caso refere-se ao dolo direto, o segundo ao dolo indireto ou eventual.

Segundo a teoria finalista da ação, adotada pelo direito brasileiro, trata-se de dolo natural, ou seja, vontade e consciência de realizar os elementos do tipo incriminador, mas sem que, para tanto, se exija consciência da ilicitude do ato. Em outras palavras, age com dolo direto quem pratica a conduta prevista abstratamente pela norma, com o fim de produzir o resultado que, naturalmente, no mundo dos fatos, portanto, decorre da conduta.

Não se cuida, desse modo, de dolo normativo, o denominado *dolus malus*, pois este requer potencial consciência da ilicitude do ato que, segundo a teoria finalista da ação, é elemento a ser avaliado na culpabilidade e não na conduta.

Se no direito penal, a modalidade dolosa é a regra para a configuração de um crime, apenas se admitindo a modalidade culposa quando expressamente assim prever a norma incriminadora, nos Tribunais de Contas se verifica o contrário, pois a caracterização do ilícito administrativo-financeiro não requer, em regra, a demonstração do dolo, sendo suficiente a culpa *stricto sensu*, a exemplo da condenação à reparação de dano ao erário.

⁵²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1.374/2021**. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CONTRATO DE OBRAS PRINCIPAIS DA AHE SIMPLÍCIO. SERVIÇOS CONTRATADOS EM REGIME DE EMPREITADA A PREÇO GLOBAL. ADITIVOS CONTRATUAIS. PAGAMENTOS COM BASE NOS SERVIÇOS EFETIVAMENTE REALIZADOS. TRANSMUTAÇÃO DE FATO PARA REGIME DE EMPREITADA A PREÇO UNITÁRIO. ELIMINAÇÃO DO RISCO DE QUANTITATIVO. AUSÊNCIA DE OUTROS RISCOS. MANUTENÇÃO INDEVIDA DA TAXA DE CONTINGÊNCIA PREVISTA NAS COMPOSIÇÕES DE PREÇOS UNITÁRIOS. SUPERFATURAMENTO. INCONSISTÊNCIAS NO CÁLCULO DE REMUNERAÇÃO DO ITEM "MATERIAIS/OUTRAS ATIVIDADES". PAGAMENTO EM DUPLICIDADE DE PARCELA DO ITEM "SUPERVISÃO". SUPERFATURAMENTO. RESPONSABILIZAÇÃO DA CONTRATADA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DOS ADMINISTRADORES. ABERTURA DE NOVO PRAZO PARA RECOLHIMENTO DO DÉBITO. EXCLUSÃO DE ALGUNS GESTORES DA RELAÇÃO PROCESSUAL. CONTAS REGULARES DE OUTROS GESTORES E REGULAR COM RESSALVA DE OUTRO. Relator: Min. Jorge Oliveira, 9 de junho de 2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:1374%20ANOACORDAO:2021%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁵²⁸ DEZAN, Sandro Lúcio. **Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo**. Op. cit., p. 26.

No entanto, há duas hipóteses nas quais a demonstração do dolo na conduta do agente faltoso requer especial atenção.

Primeira, quando o Tribunal de Contas aplica uma sanção muito gravosa, como, por exemplo, uma multa de valor alto ou ainda a sanção de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança por determinado período que varia de acordo com as leis orgânicas das Cortes de Contas, podendo chegar até oito anos, no caso do TCU.⁵²⁹ Por serem sanções muito gravosas, não se admite a sua imposição nos casos de conduta meramente culposa, sob pena de ofensa à proporcionalidade exigida pelo direito entre a dosimetria da sanção e o grau de culpabilidade. Portanto, nesta hipótese a demonstração do dolo é requisito necessário para justificar a intensidade da sanção.

Segunda, quando a decisão do Tribunal de Contas é no sentido de julgar irregulares as contas do agente público com condenação à reparação de dano. Nesses casos, a decisão do Tribunal de Contas poderá ensejar a inelegibilidade do agente público, nos termos do art. 1º, inciso I, alínea “g”, e seu §4º-A, da Lei Complementar nº 64/1990, desde que a Justiça Eleitoral se convença de que o ilícito praticado pelo agente público possa ser qualificado como irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa.

Embora o juízo sobre a configuração do ato como improbidade não seja atribuição do Tribunal de Contas, mas sim juízo privativo do Poder Judiciário, a avaliação acerca da conduta, se dolosa ou não, é também atribuição do Tribunal de Contas. Ora, como as Cortes de Contas estão mais próximas ao fato do que a Justiça Eleitoral, referidos órgãos de controle, ao menos em tese, têm melhores condições de apurar se a conduta foi dolosa ou não. Portanto, nessa hipótese, embora o juízo sobre o dolo não seja necessário para o Tribunal de Contas julgar irregulares as contas do gestor, com condenação à reparação de dano, pois basta a

⁵²⁹ Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/1992): Art. 60. Sem prejuízo das sanções previstas na seção anterior e das penalidades administrativas, aplicáveis pelas autoridades competentes, por irregularidades constatadas pelo Tribunal de Contas da União, sempre que este, por maioria absoluta de seus membros, considerar grave a infração cometida, o responsável ficará inabilitado, por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

demonstração da culpa *stricto sensu*, a indicação da presença do dolo certamente que forneceria elementos importantes para a Justiça Eleitoral.⁵³⁰

Pode-se cogitar de algumas objeções a que os Tribunais de Contas façam juízo sobre dolo, pelos seguintes motivos: primeiro, não teriam competência para tanto, pois o juízo sobre dolo seria privativo do Poder Judiciário; segundo, embora tenham competência, não teriam condições, porquanto não têm acesso a dados protegidos por sigilos bancário, fiscal, telefônico e telemático e também porque não ouvem testemunhas. Contudo, nenhuma dessas objeções procede.

Nada há no ordenamento jurídico a indicar ser privativo do Poder Judiciário o juízo sobre dolo. Ao contrário, diversos ilícitos administrativos admitem apenas a modalidade dolosa, tais como, por exemplo, o abandono do cargo, a insubordinação grave, a acumulação ilegal de cargos, entre outros, previstos no art. 132 da Lei nº 8.112/1990 (Estatuto do Servidor Público Federal), a fraude à licitação, prevista no art. 155, inciso X, da Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), a contratação, sem licitação e pelo dobro do preço, da empresa do cônjuge do dirigente do órgão contratante, com ofensa aos princípios da moralidade, impessoalidade e economicidade, previstos no art. 5º da Lei nº 14.133/2021.

Além disso, há vários dispositivos que expressamente mencionam o dolo a ser examinado pela esfera administrativa e controladora, como, por exemplo, o art. 28 da LINDB, segundo o qual “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” e o art. 73 da Lei nº 14.133/2021, cujo comando é no sentido de que “Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis”.

No tocante à alegação de que os Tribunais de Contas não teriam condições de fazer juízo sobre dolo por não terem acesso a dados protegidos por sigilo, é de se observar que, nos

⁵³⁰ Lei Complementar nº 64/1990: Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] 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 irrecorrível 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; (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010). [...] § 4º-A. A inelegibilidade prevista na alínea “g” do inciso I do **caput** deste artigo não se aplica aos responsáveis que tenham tido suas contas julgadas irregulares sem imputação de débito e sancionados exclusivamente com o pagamento de multa. (Incluído pela Lei Complementar nº 184, de 2021)

termos do inciso XII do art. 5º da Constituição Federal, é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Portanto, também no campo da improbidade administrativa não há acesso a dados protegidos por sigilo telefônico nem telemático.

No tocante ao sigilo fiscal, segundo o inciso II do §1º do art. 198 do Código Tributário Nacional, ficam excetuadas do sigilo as "solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa".

Não obstante a controvérsia jurídica em torno da constitucionalidade desse dispositivo, é certo que tanto em relação ao sigilo fiscal quanto ao sigilo bancário, o Tribunal de Contas, caso entenda importante o seu acesso a esses dados, poderá requerer junto ao Poder Judiciário autorização para tanto, pelos meios processuais adequados.

A oitiva de testemunhas, a seu turno, embora não seja obrigatória nos Tribunais de Contas, conforme se demonstrou anteriormente, também não é vedada, o que significa ser possível a sua realização, se assim entender importante o Tribunal.

No entanto, é de se notar que no âmbito do direito administrativo-financeiro a prestação de contas dos atos dos agentes públicos é realizada necessariamente por meio documental e público. Por essas razões, são raras as hipóteses em que se revelará necessário o acesso a dados protegidos por sigilo. E a prova testemunhal pouco ou nada contribuirá na imensa maioria dos casos, porquanto somente a prova documental é capaz de provar numerosas questões próprias do direito financeiro, tal como, por exemplo, o preço de mercado de bens e serviços.

Portanto, o fato de os Tribunais de Contas não terem acesso, em regra, a dados protegidos por sigilo nem ouvirem testemunhas não impede que façam o juízo sobre dolo, sempre que, obviamente, houver elementos nos autos que permitam a realização desse juízo, com segurança e consistência probatória.

3.3.2. Culpa *stricto sensu*

O principal traço distintivo da culpa *stricto sensu* para o dolo reside na finalidade da ação, pois no dolo a conduta é direcionada para a produção de um resultado ilícito desejado ou, no mínimo, aceito pelo autor da conduta, ao passo que na culpa *stricto sensu* o resultado ao final produzido não é o desejado, mas ocorre em virtude de uma falha na execução da conduta, por negligência, imprudência ou imperícia.

Há ainda uma segunda distinção relevante que decorre da primeira: o parâmetro de aferição da conduta dolosa é o próprio tipo doloso, com base nos seus elementos descritivos da conduta; por outro lado, como os tipos culposos são, em regra, tipos abertos, o parâmetro de aferição da conduta é mais fluído, especialmente em face do intenso uso de conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado. Significa dizer que o parâmetro de aferição da conduta culposa é a diligência, a prudência e a perícia em si mesmas. Ou seja, pratica uma conduta culposa quem não age com diligência, prudência ou perícia.

Sergio Cavalieri Filho, com base na doutrina do civilista português Fernando Pessoa Jorge, sustenta que a conduta diligente é formada por dois momentos distintos. No primeiro, o agente busca identificar, em um processo intelectual, o comportamento que se espera dele, ou seja, o comportamento que deve ser o mais adequado, consideradas as opções que tem e as vantagens e desvantagens de cada um. No segundo momento, isto é, após decidida qual é a conduta mais adequada a ser praticada, o agente efetivamente pratica a referida conduta. Nos dois momentos só é exigível do agente um esforço médio.⁵³¹

E aqui reside o desafio, pois o que se espera do agente é que pratique uma conduta diligente, prudente ou perita. A dificuldade fica mais evidente quando se coloca a questão diante do caso concreto a ser enfrentado pelo agente, pois resta saber o que, na prática, é considerada uma conduta diligente, prudente ou perita. E mais, segundo quais critérios será formada essa convicção.

A doutrina penalista, em geral, refere-se ao dever de cuidado objetivo como sendo algo relativamente fácil de se identificar, entre outros motivos, porque o tipo culposos, em regra, é derivado de um tipo doloso no qual a norma proibitiva é de clara compreensão.⁵³² Exemplo do que ora se trata é o crime de homicídio, que admite tanto a modalidade dolosa quanto a culposa. Nesse caso, a norma proibitiva é “não é permitido matar”, da qual decorre a

⁵³¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 32.

⁵³² TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 322.

norma mandamental “não matar”. Portanto, neste caso, o dever de cuidado objetivo envolve a adoção de cautelas de fácil percepção, a fim de que as pessoas que não queiram matar alguém não incorram no crime de homicídio culposo em virtude de uma conduta negligente, imprudente ou imperita que revele o descumprimento do dever de cuidado objetivo.

Não é difícil compreender a razão pela qual muitos doutrinadores recorrem ao exemplo do tráfego de veículos para explicar essa questão. Dizem que há um dever de cuidado objetivo imposto a todos que dirigem veículos automotores, de modo que quem está na via secundária sabe que deve dar preferência a quem está na via principal que, por sua vez, pode trafegar com tranquilidade pela via principal, sem parar em cada esquina, porque confia que quem está na via secundária irá cumprir com o seu dever de cuidado objetivo que, neste exemplo, decorre das próprias normas de trânsito. Daí também a razão pela qual a doutrina se refere ao princípio da confiança como instituto derivado do dever de cuidado objetivo. Como se vê, portanto, o dever de cuidado objetivo nesse exemplo é de fácil compreensão para todos os motoristas.⁵³³

Há, ao menos, duas distinções relevantes entre o tipo culposo no direito penal e no direito administrativo que precisam ser consideradas na avaliação da conduta: primeira, a conduta culposa no direito administrativo não é, em regra, derivada de um tipo doloso do qual seja facilmente apreensível a norma proibida e a norma obrigatória, mas sim um delito autônomo; segunda, o dever de cuidado objetivo no direito administrativo, não raras vezes, é dado por comandos extremamente abertos e genéricos, principalmente porque numerosas normas do direito administrativo são de ordenação da atividade administrativa.

A Administração Pública, conforme se demonstrou anteriormente, é regida intensamente por princípios que são mandados de otimização, isto é, são “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.⁵³⁴ Significa dizer que a norma impõe ao administrador público diversos mandados de otimização, mas não lhe fornece detalhes sobre como efetivar esses mandados, que são os princípios, de modo que, para o bem e para o mal, lhe concede substancial margem de atuação.

A Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) está repleta de exemplos sobre o assunto. Um deles é o art. 47, inciso II, ao dispor que “As licitações de

⁵³³ Ibidem, p. 322; BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 396.

⁵³⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Op. cit., p. 90-91.

serviços atenderão aos princípios: [...] II - do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso”. Trata-se de decisão muitas vezes difícil de ser tomada, porquanto saber de antemão se será ou não economicamente vantajoso o parcelamento é tarefa que envolve certa dose de incerteza, pois, em certos contratos, há variáveis difíceis de serem antecipadamente identificadas ou estimados os seus impactos.

A questão é relevante porque a doutrina aponta a previsibilidade do resultado como um dos elementos do delito culposos, de modo que, se o resultado era imprevisível, não há que se falar em conduta culposa. O desafio é saber como avaliar a previsibilidade ou não do resultado. Suponha a hipótese da gestão de riscos nas contratações públicas, imensamente prestigiada na Lei nº 14.133/2021, tanto que a palavra risco consta nada menos do que 48 vezes contra apenas 3 vezes na Lei nº 8.666/1993.

Ora, medidas tendentes a reduzir os riscos têm custos e são precificadas pelo mercado. Tome-se o exemplo do seguro de veículos. Os seus proprietários, em regra, optam por realizar uma despesa antecipada e certa, a fim de evitar uma despesa futura, mas incerta. E assim o fazem por concluírem que a relação custo/benefício compensa diante da probabilidade de um sinistro.

No caso de contratações públicas, no entanto, essa decisão sobre a gestão de riscos pode ser bem mais complexa. É o caso do seguro cambial, que é uma operação tendente à proteção do valor do contrato diante de futuras variações cambiais. Em licitações públicas para a contratação de objetos cujos insumos podem estar sujeitos à variação cambial, a decisão a ser tomada é sempre desafiadora, pois, caso se insira no edital de licitação a exigência de seguro cambial, os licitantes naturalmente irão precificar esse seguro nas suas propostas, o que implicará o aumento do valor da contratação.

É de se notar que a contratação de seguro cambial não se justifica em cenários cambiais estáveis. Além disso, há variações cambiais que, pela sua baixa repercussão contratual, também não justificam a contratação do seguro cambial, tendo em vista que onera substancialmente o valor do contrato. Nessas hipóteses, é melhor correr o risco. Daí, inclusive, o nome: “gestão de riscos” e não “redução de riscos”, pois esta tem custos que precisam ser avaliados diante dos benefícios esperados. Eis, portanto, o desafio da avaliação da conduta culposa no âmbito da Administração Pública.

O critério adotado no campo da responsabilidade civil, consoante observa Anderson Schreiber, tanto nos países que adotam o sistema *civil law* quanto nos que adotam o *common law*, é, para fins de avaliação da culpa, o modelo abstrato de comportamento do parâmetro romanista do *bonus pater familias*, no caso do *civil law*, e do *reasonable man*, na realidade do *common law*, “entendido como o homem médio, o homem-padrão, o indivíduo prudente”.⁵³⁵

O método de aplicação desse parâmetro segue os passos descritos por Silvio Rodrigues, segundo o qual, para:

verificar se existiu, ou não, erro de conduta, e portanto culpa, por parte do agente causador do dano, mister se faz comparar o seu comportamento com aquele que seria normal e correntio em um homem médio, fixado como padrão. Se de tal comparação resultar que o dano derivou de uma imprudência, imperícia ou negligência do autor do dano, nos quais não incorreria o homem padrão, criado in abstrato pelo julgador, caracteriza-se a culpa, ou seja, o erro de conduta.⁵³⁶

Na mesma linha preleciona Sergio Cavalieri Filho no sentido de que a noção de culpa é normativa, isto é, exige um juízo de valor em cada caso, e, nas hipóteses em que não há normas legais ou regulamentares específicas, “o conteúdo do dever objetivo de cuidado só pode ser determinado por intermédio de um princípio metodológico – comparação do fato concreto com o comportamento que teria adotado, no lugar do agente, um homem comum, capaz e prudente”.⁵³⁷

Aludido parâmetro de comparação serve para aferir a conduta culposa nos termos do que ordinariamente acontece, pois não é de se exigir do agente que adote um nível de cuidado que não seria o ordinariamente adotado pelo homem comum, homem médio ou normal, adotado também como parâmetro pelo legislador na elaboração das leis que fixam os direitos e os deveres das pessoas em sociedade.⁵³⁸

Ou seja, na seara da responsabilidade civil, como bem resume Carlos Roberto Gonçalves, “É consenso geral de que não se pode prescindir, para a correta conceituação de culpa, dos elementos ‘previsibilidade’ e comportamento do *homo medius*.”.⁵³⁹ Nas palavras de Cavalieri Filho, “O padrão que se toma para apreciar a conduta do agente não é só a do

⁵³⁵ SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 35.

⁵³⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4, p. 146. *Apud* SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 36.

⁵³⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 34.

⁵³⁸ Ibidem.

⁵³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 4: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 34.

homem diligente, cuidadoso e zeloso, mas também do homem medianamente sensato, avisado, razoável e capaz”.⁵⁴⁰

No campo da responsabilidade penal, de igual modo, o critério do homem médio é amplamente utilizado pela doutrina, de longa data. Conforme observado por Francisco de Assis Toledo, a culpa *stricto sensu*, embora tenha sido uma criação do direito privado, foi, aos poucos, sendo transplantada para o direito penal.⁵⁴¹

Na dicção de Mirabete, se, por um lado, há deveres e cuidados que são expressamente previstos pela legislação, tais como a velocidade máxima na condução de veículos e o uso de equipamentos para certas atividades industriais, por outro, é impossível à legislação prever todas as possíveis violações de cuidados nas atividades humanas. Nessas hipóteses, “deve-se confrontar a conduta do agente que causou o resultado lesivo com aquela que teria um homem razoável e prudente em lugar do autor”.⁵⁴²

Observa Damásio de Jesus que os crimes dolosos não demandam o uso do método comparativo com o homem médio, porquanto para a sua ocorrência basta que haja adequação típica, isto é, basta que o autor do crime tenha praticado, no mundo dos fatos, exatamente a mesma conduta prevista abstratamente pela norma.⁵⁴³

O mesmo, porém, não se pode afirmar do crime culposos, porquanto, conforme lembrado por Rogério Greco, amparado em lição de Hans Welzel, “nos delitos culposos a ação do tipo não está determinada legalmente. Seus tipos são, por isso, ‘abertos’ ou ‘com necessidade de complementação’, já que o juiz tem que completá-los para o caso concreto”.⁵⁴⁴

Desse modo, se no crime doloso deve-se comparar a conduta do agente com aquela prevista abstratamente pelo tipo penal, no crime culposos o mecanismo é outro, pois a norma penal não descreve a conduta culposa, razão pela qual, segundo ensina Heleno Fragoso, “a tipicidade nos crimes culposos determina-se através da comparação entre a conduta do agente e o comportamento presumível que, nas mesmas circunstâncias, teria uma pessoa de discernimento e prudência ordinários”.⁵⁴⁵

⁵⁴⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 32.

⁵⁴¹ TOLEDO, Francisco de Assis. Op. cit., p. 290-291.

⁵⁴² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 139.

⁵⁴³ JESUS, Damásio. E. de. **Direito Penal**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 253-254.

⁵⁴⁴ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 217.

⁵⁴⁵ FRAGOSO, Heleno. Op. cit., p. 220.

No entanto, o método comparativo com o homem médio não desfruta de consenso no meio jurídico, a exemplo de Zaffaroni e Pierangeli que o rejeitam veementemente. Referidos autores entendem que o critério a ser adotado na avaliação da conduta culposa é o do dever de cuidado objetivo, apenas, que deve ser avaliado “de acordo com a situação jurídica de cada homem”, sem o uso de fórmulas gerais, tais como a do “homem normal” que, segundo os autores, “de nada servem”.⁵⁴⁶

Mencionados autores recorrem ao exemplo de um médico que durante a cirurgia recebe da enfermeira o instrumental sem esterilização e o usa. A controvérsia diz respeito à culpa do médico. Para os autores, “o médico terá violado o dever de cuidado se a falta de esterilização do instrumental era de tal natureza que **devia** tê-la percebido ao utilizá-lo” [os grifos não são do original].⁵⁴⁷

Ora, o que faltou esclarecer nesse exemplo é qual o critério que o juiz adotará para avaliar se o médico devia ou não ter percebido a ausência de esterilização do instrumental. Considerando que o juiz não é médico e, muito provavelmente, nunca foi, como saberá qual o procedimento usual que os cirurgiões adotam nessas atividades e se variam de acordo com o tipo de cirurgia, a sua urgência, as instalações onde é realizada, o tipo de esterilização que é feita, o tipo de instrumental que é usado, o tamanho e o perfil da equipe de apoio do médico e outras tantas questões que somente a prática médica dos cirurgiões pode revelar.

A radical rejeição do método comparativo, ao fim e ao cabo, sem o oferecimento de qualquer outro critério que forneça um parâmetro racional para a decisão a ser tomada, tem potencial explosivo para produzir o efeito contrário ao que se pretende. A rejeição desse método nos inúmeros casos em que não há norma regulamentar sobre determinada atividade ou ato específico coloca o julgador na situação de ter de julgar segundo as suas percepções pessoais apenas, o que pode resultar em decisão distanciada da realidade e arbitrária.

No extremo, ignorar o método comparativo é ignorar os costumes de determinada comunidade, seja social ou profissional, e permitir que o juízo sobre o que seja uma conduta diligente, prudente ou perita venha a ser realizado de modo solipsista pelo julgador que decidirá segundo unicamente o seu critério de justiça, o que revela prática própria do período no qual prevaleceu o jusnaturalismo que, exatamente por essa razão, foi posteriormente

⁵⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Op. cit., p. 439-440.

⁵⁴⁷ Ibidem.

superado pelo positivismo jurídico como reação à insegurança jurídica produzida por esse tipo de decisão.

Na mesma linha crítica, Juarez Tavares, talvez o penalista brasileiro que mais discorreu sobre o método comparativo, o homem médio ou normal, e que mais o criticou, sustenta que “não se deve, em caso algum, ter por base a figura do homem prudente, consciencioso e diligente, com cuja conduta imaginária se deveria comparar a conduta realizada pelo agente”, pois, segundo o autor, a figura do homem prudente é uma sofisticação do conceito de homem médio da teoria causal e é inferido de um juízo subjetivo do próprio julgador “e não de um padrão objetivo e coerente”, já que o julgador imagina o conceito de homem prudente a partir de seus próprios conhecimentos e “traumas pessoais”, ou seja, o homem prudente seria, na visão do autor, “aquele que fosse fixado pelo julgador e nada mais”.⁵⁴⁸

Juarez Tavares reconhece, porém, que é necessária uma orientação ao julgador para que possa bem avaliar qual seria a conduta cuidadosa, ou seja, qual seria o dever de cuidado objetivo a ser exigido do agente no caso concreto. Nesse sentido, o autor concorda com a proposta que João Mestieri formulou para a culpabilidade, mas que Tavares entende ser possível aproveitá-la também para o tipo de injusto culposos, no sentido de se adotar a “experiência geral da vida” como “parâmetro empírico negativo” do cuidado instituído pela norma, de modo que “não haverá conduta descuidada desde que tenha sido realizada de conformidade com a experiência geral da vida”.⁵⁴⁹

Embora admita que o critério do homem prudente também poderia ser complementado “com a exigência de que lhe fossem estendidas as mesmas condições em que se encontrava o sujeito concreto”, Tavares o refuta por entender necessário “eliminar-se do direito penal todo e qualquer elemento meramente fictício ou subjetivo”, tal como é o conceito de homem prudente. Segundo o autor, “a experiência geral relativa à execução de uma atividade é, ao revés, um elemento concreto, aferível, inclusive, empiricamente, o que pode servir de elemento objetivo de referência para a norma mandamental”.⁵⁵⁰

A proposta do autor é coerente, mas parece conduzir exatamente à mesma conclusão do homem prudente que tanto refutou, pois a denominada “experiência geral da vida” refere-se, a rigor, à prática adotada e aceita por diversas pessoas de um determinado meio

⁵⁴⁸ TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 323-324.

⁵⁴⁹ Ibidem, p. 328.

⁵⁵⁰ Idem, p. 330-331.

social. Disso resulta que a proposta do autor opera segundo o mesmo método do homem prudente, ou seja, pela comparação entre a conduta do agente com aquela praticada e aceita em determinado meio social ou profissional. Ora, como se verá adiante, esse é exatamente o método como atualmente se trabalha com o conceito de homem médio, nos termos da moderna doutrina e da jurisprudência.

Ainda na seara penal, Cezar Roberto Bitencourt, apesar de não tecer qualquer crítica ao critério do homem médio, prudente, enfatiza que a comparação entre a conduta do agente e a que seria devida deve ser procedida à luz das condições concretas. Segundo entende o citado autor, “é necessário indagar, sob a perspectiva *ex ante*, se no momento da ação ou da omissão era possível **para qualquer pessoa no lugar do autor** identificar o risco proibido e ajustar a conduta ao cuidado devido” [grifos não são do original]. Por fim, alerta o autor que a avaliação sobre se era possível ao agente, no caso concreto, ter adotado as cautelas devidas é tarefa a ser feita quando da análise da culpabilidade, a fim de verificar se lhe era exigível conduta diversa.⁵⁵¹

Em relação à responsabilidade civil, Anderson Schreiber registra que o método de aferição *in abstracto* do comportamento que seria o esperado, nos moldes romanísticos do *bonus pater familias*, tem sofrido críticas tanto no Brasil quanto em outros países, pelo fato de ser um “padrão único de diligência e razoabilidade” que é “incompatível com uma realidade complexa e plural, como a que caracteriza as sociedades contemporâneas”, marcada pela “especialização dos setores econômicos” e o avanço tecnológico.⁵⁵²

Por essa razão, o autor dá notícia de que, sem abandonar o método abstrato, os tribunais judiciais têm aplicado o que se denominou de “fragmentação dos modelos de conduta”, ou seja, os tribunais “têm, em toda parte, procurado dar ênfase às circunstâncias concretas e à especialidade das situações submetidas à sua avaliação, desenhando modelos múltiplos e menos generalizados de comportamento”, o que tem sido feito a partir de consulta a diretrizes emitidas por associações profissionais, a códigos de conduta especializados, ainda que sem valor normativo, e a oitiva de assistentes judiciais especializados.⁵⁵³

Desse modo, o modelo único de homem médio tem sido substituído pelos tribunais judiciais por modelos específicos de cada área de atuação. Schreiber cita o exemplo do transporte de material genético e da companhia acusada de divulgar balanços adulterados,

⁵⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 393.

⁵⁵² SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 41.

⁵⁵³ Ibidem, p. 42.

pois nesses casos haveria dois modelos de conduta: o primeiro, seria identificado a partir da consideração acerca dos “procedimentos técnicos habituais, as condições em que se deu o transporte, as recomendações da Agência Nacional de Saúde e de entidades especializadas”; e o segundo, a partir das “normas gerais de contabilidade, as práticas habituais na elaboração de demonstrações financeiras, o grau de controle da auditoria externa e assim por diante”.⁵⁵⁴

Entendemos que o critério do homem médio, prudente, normal, refutado por alguns autores citados anteriormente, é importante subsídio para a formação de convicção do julgador que, em muitos casos, é um leigo no assunto, como no exemplo invocado por Zaffaroni e Pierangeli do cirurgião que usa instrumental não esterilizado que lhe foi entregue pela enfermeira. Nesse caso o homem médio deveria ser o “cirurgião médio, prudente” como representativo do comportamento usual dos outros médicos cirurgiões em circunstâncias semelhantes.

Não por outra razão, em situações tais como essa é extremamente comum a convocação como testemunha de outros médicos cirurgiões e de algum membro do conselho de fiscalização da profissão, no caso o respectivo Conselho Regional de Medicina, na condição de representante da classe médica, exatamente com a finalidade de se identificar a prática profissional reiterada nessas circunstâncias. Portanto, o método comparativo é importante instrumento para subsidiar o julgador na avaliação de qual é o dever de cuidado objetivo e qual a intensidade desse dever.

Com efeito, a própria legislação recorre ao método comparativo com um padrão de comportamento, para fins de estabelecimento de regra de conduta, a exemplo do art. 138 do Código Civil, segundo o qual “São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por **pessoa de diligência normal**, em face das circunstâncias do negócio” [os grifos não são do original]. Ou ainda o art. 153 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das Sociedades por Ações), cujo teor é o seguinte: “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo **homem ativo e probo** costuma empregar na administração dos seus próprios negócios” [os grifos não são do original].⁵⁵⁵

A jurisprudência do Poder Judiciário, a seu turno, usa intensamente o método comparativo com o homem médio nos mais variados tipos de ação e ramos do direito. Em

⁵⁵⁴ Idem.

⁵⁵⁵ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

pesquisa realizada até o dia 29 de janeiro de 2023, com a expressão de busca “homem médio”, no caso do STF e do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, “homem adj5 médio”, nos demais tribunais judiciais, e “(homem adj5 médio).VOTO” no TCU, apurou-se o seguinte resultado.

No Supremo Tribunal Federal, há 6 acórdãos em que a expressão “homem médio” foi usada na própria ementa, dos quais um foi prolatado no ano de 2017 em sede de repercussão geral, e 458 decisões monocráticas,⁵⁵⁶ sendo que 257 foram proferidas a partir de 1º de janeiro de 2018.⁵⁵⁷ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça registra 70 acórdãos nos quais consta a exata expressão “homem médio” e 3.517 decisões monocráticas,⁵⁵⁸ sendo que 35 acórdãos e 1.726 decisões monocráticas são a partir de 1º de janeiro de 2018.⁵⁵⁹

No Tribunal Regional da 1ª Região – TRF1-, constam 210 acórdãos nos quais a expressão “homem médio” foi mencionada.⁵⁶⁰ No Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – TJDF -, há 779 decisões em que a expressão “homem médio” constou do “espelho” do julgado⁵⁶¹ e 3.453 decisões nas quais referida expressão constou do seu inteiro teor.⁵⁶² No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo estão registrados 52.628 acórdãos nos quais foi feita referência à expressão “homem médio”.⁵⁶³ No Tribunal de Contas da União, em 327 precedentes o relator fez menção em seu voto à exata expressão “homem médio”.⁵⁶⁴

⁵⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&is_repercussao_geral=true&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22homem%20m%C3%A9dio%22&sort=date&sortBy=desc. Acesso em: 29 jan. 2023.

⁵⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&julgamento_data=01012018-&page=1&pageSize=10&queryString=%22homem%20m%C3%A9dio%22&sort=date&sortBy=desc. Acesso em: 29 jan. 2023.

⁵⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 29 jan. 2023.

⁵⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 29 jan. 2023.

⁵⁶⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Disponível em: https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml?jsessionid=KJr8O2Ecwlc-5NsVtlQAzQMIXTsQAtcRkAV7cSTi.taturana03-hc01:jurisprudencia_node01. Acesso em: 29 jan. 2023.

⁵⁶¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 29 jan. 2023.

⁵⁶² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em: 29 jan. 2023.

⁵⁶³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=E258C2BF3202D3CC79048F0CF4652E4C.cjsg2>. Acesso em: 29 jan. 2023.

⁵⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/%2528homem%2520adj5%2520m%2520%2520%2520VOTO%2520%2520%2520>. Acesso em: 29 jan. 2023.

Como se vê, o método comparativo do homem médio tem sido usado pelos tribunais judiciais com imensa frequência e atualidade como parâmetro de aferição das condutas nos mais diversos ramos do direito, o que evidencia, inequivocamente que, não obstante algum dissenso doutrinário, consoante apontado anteriormente, trata-se de critério amplamente adotado pelo Poder Judiciário nos seus múltiplos julgamentos.

No caso dos Tribunais de Contas, a identificação do cuidado objetivo e, conseqüentemente, da conduta cautelosa que é exigível do agente público é, de certo modo, facilitada pelo fato de serem órgãos que exercem controle sobre a atividade de toda a Administração Pública, o que lhes permite conhecer de maneira mais próxima as rotinas, hábitos, culturas e costumes dos agentes públicos em suas mais variadas funções e no desempenho de múltiplas atribuições.

Ou seja, os Tribunais de Contas se valem de sua larga experiência no controle externo e de sua privilegiada visão sistêmica que lhes permite constatar, diariamente, tanto as boas práticas quanto os maus exemplos. Tais circunstâncias conferem aos Tribunais de Contas melhores condições para identificar com maior clareza, na maioria das vezes, quais são os padrões de comportamento médios, normais, prudentes e diligentes que fazem parte do cotidiano da Administração Pública, dos quais se extrai o conceito de homem médio ou de administrador médio.

Exatamente pelas razões acima apontadas, os Tribunais de Contas têm condições de refinar o critério do homem médio ao identificar os padrões médios de comportamento para cada atividade administrativa, do que resulta a aplicação do critério do homem médio de acordo com a função exercida, ou seja, há, na prática, o pregoeiro médio, o fiscal de contrato médio, o elaborador de projeto médio, o administrador médio e outros que revelam o padrão de conduta médio de cada ofício.

Trata-se de prática absolutamente sintonizada com os tempos modernos, nos quais há inúmeras informações acessíveis acerca das diversas profissões, o que permite ao julgador, ao decidir, levar em consideração essas informações do dia-a-dia dos profissionais, a fim de melhor avaliar o que era razoável exigir do agente público sob julgamento à luz do que seria o padrão médio de conduta, consideradas as circunstâncias do caso e a prática, em regra, adotada pelos profissionais de mesma área.

Nos Tribunais de Contas essa identificação é facilitada também pela circunstância de contar, em seus quadros, com profissionais das mais variadas formações acadêmicas e experiências profissionais, tais como bacharéis em direito, administração, economia, contabilidade, engenharia (nas suas múltiplas especializações, como elétrica, mecânica, civil), entre outras.

O que se constata, portanto, é que não apenas os tribunais judiciários, mas também os tribunais de contas têm adotado a prática moderna de fragmentação dos modelos de conduta como importante instrumento para a identificação do dever de cuidado objetivo relativamente a cada atividade profissional.

Importante ressaltar que não se sustenta que sejam modelos abstratos, absolutos e puramente fictícios, mas sim modelos que sejam representativos das práticas e costumes usuais em determinado meio profissional e aceitos pelo direito e pela sociedade. São conceitos, portanto, construídos a partir de informações colhidas na própria Administração Pública, em virtude da atividade de controle que os Tribunais de Contas exercem por meio de suas auditorias, acompanhamentos, prestações de contas e demais instrumentos de controle, o que afasta a preocupação de se tratar de conceito fictício, abstrato e distanciado da realidade.

Além disso, aplica-se aos Tribunais de Contas o procedimento mencionado por Juarez Tavares, Cezar Roberto Bitencourt e Anderson Schreiber, referido anteriormente, no sentido de que, em acréscimo à comparação a ser feita entre a conduta do agente público e aquela considerada devida, segundo o dever de cuidado objetivo, deve-se considerar as circunstâncias do caso concreto relativas à conduta do agente a ser analisada. Trata-se de procedimento necessário na busca da justiça do caso concreto, sem ignorar o modal deôntico próprio do direito nem a realidade que o desafia diariamente. Consoante ensina Carlos Ayres Britto:

Em linguagem metafórica, nem ancorar tão-só no cais da justiça objetiva, nem navegar exclusivamente no mar da justiça do caso concreto. Pois muitas vezes o cais do porto apenas contém a primeira metade do Direito. Situação em que a outra metade só pode estar nas ondulações do mar aberto. [...]. Donde a ilação de que o resgate da norma jurídica em sua inteireza exige um processo de interpretação que seja: a) uma virginal revelação do que se contém no texto normativo ainda sem a influência do caso concreto; b) um refundir dessa inicial revelação, se o caso concreto reverberar sobre o texto que o descreve.⁵⁶⁵

⁵⁶⁵ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 59-60.

3.3.3. Aplicação do art. 22 da LINDB pelos Tribunais de Contas

O *caput* do art. 22 da LINDB estabelece que “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados”. E o seu § 1º dispõe que “Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

A redação do *caput* do citado art. 22 requer leitura adequada constitucionalmente, tendo em vista que determina ao aplicador da norma que considere circunstâncias pessoais do seu destinatário “Na interpretação de normas sobre gestão pública”, o que, em interpretação literal, conduziria a uma inaceitável aplicação casuística do direito que permitiria se conferir a uma mesma norma diversas interpretações distintas, conforme “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo”.

No caso, por exemplo, da Lei de Responsabilidade Fiscal, típica norma sobre gestão pública, a interpretação literal do *caput* do art. 22 autorizaria o operador do direito a dar tratamento distinto aos gestores brasileiros a partir de flexibilizações casuísticas do teor da norma, o que, em última análise, comprometeria não apenas a hígidez das contas públicas, mas até mesmo o pacto federativo que seria afetado pelo desequilíbrio fiscal entre os seus membros.

Não há que se confundir a regra de conduta estabelecida pela norma jurídica, na qualidade de comando abstrato, geral e impessoal, do qual se extrai o modal deôntico sobre o que é permitido, proibido ou obrigatório, com as causas exculpantes que, por circunstâncias próprias do caso concreto a ser julgado, excluem a reprovabilidade da conduta do agente.

Talvez por essa razão, a Medida Provisória nº 966, editada em 13 de maio de 2020, que dispôs “sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19”, mas perdeu eficácia por não ter sido convertida em lei, em seu art. 3º, inciso I, tenha estabelecido que “Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados: I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;”. Acertadamente, a citada norma tratou “os obstáculos e as dificuldades reais do agente

público” como circunstâncias a serem consideradas na avaliação das condutas e não como critério de “interpretação de normas sobre gestão pública”.⁵⁶⁶

O teor do art. 22, *caput* e §1º, da LINDB, se interpretado à luz da Constituição Federal é, na realidade, um reforço normativo ao que já constava do direito positivo brasileiro, quanto à exigência de o julgador analisar a norma, os fatos e as circunstâncias, assim como as possíveis excludentes de ilicitude e de culpabilidade, a exemplo do que consta do art. 59, *caput*, do Código Penal, do art. 489 do Código de Processo Civil e do art. 2º, parágrafo único, inciso VII, da Lei nº 9.784/1999.⁵⁶⁷ Em sentido semelhante foi a percepção do ministro Benjamin Zymler expressada na seguinte passagem de voto que proferiu em julgamento no TCU:

Com as mudanças ocorridas no Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), a partir do advento da Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, foi tornada expressa a necessidade de se verificarem as circunstâncias concretas envolvidas no cometimento das ocorrências tidas como violadoras da norma jurídica. Em nossa visão, o dispositivo positivou algo que era praticado no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, qual seja, o exame da antijuridicidade e da culpabilidade do fato e da conduta inquinada, com vistas à configuração da infração administrativa e à aplicação de sanção.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

⁵⁶⁷ **Código Penal: Art. 59** - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime; **Código de Processo Civil: Art. 489**. São elementos essenciais da sentença: I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. § 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. § 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé. **Lei nº 9.784/1999: Art. 2º [...]. Parágrafo único**. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

⁵⁶⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2.519/2021**. Ementa: RELATÓRIO DE AUDITORIA. DEFICIENTE GESTÃO DA CARTEIRA DE RECEBÍVEIS DA BR DISTRIBUIDORA. SUPOSTA ATUAÇÃO EM DESACORDO COM OS DEVERES DE DILIGÊNCIA E LEALDADE DOS ADMINISTRADORES EM FUNÇÃO DO CRESCIMENTO DA DÍVIDA DAS EMPRESAS GERADORAS DOS SISTEMAS ISOLADOS SEM A ADOÇÃO DE MEDIDAS CONCRETAS PARA A COBRANÇA E O EQUACIONAMENTO DA DÍVIDA. SUBSTITUIÇÃO DA SISTEMÁTICA DE FINANCIAMENTO DA INSUFICIÊNCIA DE CAIXA DA BR DISTRIBUIDORA, A PARTIR DA ASSINATURA DE CONTRATO DE

O art. 22 da LINDB traduz uma legítima preocupação com a análise dos fatos pelo julgador, a fim de que não produza decisão distanciada da realidade. Preocupação semelhante é retratada na Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas de Portugal, pródiga na disciplina da responsabilidade dos agentes públicos, que no item 1 do art. 64º estabelece o seguinte:

O Tribunal de Contas avalia o grau de culpa de harmonia com as circunstâncias do caso, tendo em consideração as competências do cargo ou a índole das principais funções de cada responsável, o volume e fundos movimentados, o montante material da lesão dos dinheiros ou valores públicos, o grau de acatamento de eventuais recomendações do Tribunal e os meios humanos e materiais existentes no serviço, organismo ou entidade sujeitos à sua jurisdição.⁵⁶⁹

Há na doutrina quem sustente o entendimento de que aludido artigo se justificaria pela necessidade de haver empatia do julgador em relação ao agente público, motivo pelo qual esse artigo foi denominado de “primado da realidade”, como instrumento para combater o “direito administrativo do inimigo”.⁵⁷⁰

A assertiva, porém, requer cautelas, a fim de evitar que, a depender da interpretação conferida ao art. 22 da LINDB, acabe-se por promover o “princípio da piedade” e “direitos administrativos” outros que, de longa data, permeiam a cultura da gestão pública, tais como o “direito administrativo do compadrio”, o “direito administrativo do amadorismo”, o “direito administrativo da improvisação”, o “direito administrativo da esperteza” e outros tantos nessa mesma linha, para desgosto da sociedade brasileira.

MÚTUO, COM AUMENTO DE CUSTOS PARA A COMPANHIA. DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES DO TESOIRO NACIONAL PERANTE A CDE. AUDIÊNCIAS DOS MEMBROS DA DIRETORIA E DOS MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO. OITIVA DO TESOIRO NACIONAL. ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DE ALGUNS MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO, QUE DEMONSTRARAM AGIR DE ACORDO COM A LEI. ACOLHIMENTO PARCIAL DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DOS DEMAIS GESTORES, DEVIDO À PRESENÇA DE CAUSA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE E À NÃO OCORRÊNCIA DE DANO EM CONCRETO, POR CONTA DA ASSINATURA DO CONTRATO DE MÚTUO. CIÊNCIA DO ACÓRDÃO À SEGECEX. Relator: Min. Benjamin Zymler, 20 de outubro de 2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#!/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2519%2520ANOACORDAO%253A2021%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 12 nov. 2022.

⁵⁶⁹ PORTUGAL. **Lei nº 98, de 26 de agosto de 1997**. Lisboa: Assembleia da República, [1997]. Disponível em: <https://www.tcontas.pt/pt-pt/TribunalContas/Publicacoes/ColetaneasLegislacao/Documents/LOPTC.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

⁵⁷⁰ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018, p. 69-70.

Não é de se imaginar que alguém vá discordar da ideia de o julgador decidir com base nos fatos e nas circunstâncias nas quais o agente se encontrava. Até aqui, o consenso é grande. O art. 22 da LINDB, no entanto, tem uma característica que o distingue dos demais comandos normativos do direito brasileiro que também exigem do julgador a avaliação dos fatos e das circunstâncias que cercavam o autor da conduta. Referidas normas, assim como a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas de Portugal, fazem menção a circunstâncias que podem ser tanto favoráveis quanto desfavoráveis ao agente público, ao passo que o art. 22 da LINDB se refere apenas às circunstâncias favoráveis.

Essa distinção, porém, não autoriza o julgador a desconsiderar as circunstâncias desfavoráveis nem muito menos a lhes dar, *a priori*, peso menor do que ao das favoráveis. Em outras palavras, ainda que o art. 22 da LINDB tenha feito referência apenas às dificuldades reais, o julgador deve avaliar também as facilidades reais do gestor que, eventualmente, possam ter sido por ele desprezadas.

Exemplo disso é a inexecução de uma política pública importante por desorganização ou desinteresse do gestor, embora ele conte com a facilidade de ter previsão orçamentária, disponibilidade financeira e estrutura administrativa compatível com as necessidades da política pública. Ou ainda o gestor que, embora disponha da facilidade de ter uma assessoria jurídica estruturada e de ter uma equipe técnica qualificada, deixa, sem qualquer justificativa plausível, de colher os seus pareceres e decide com base apenas em suas percepções pessoais.

Em relação aos obstáculos e dificuldades reais também é necessária uma interpretação constitucionalmente adequada. Por essa razão, o gestor somente poderá ser isento de responsabilidade ou ter a sua responsabilidade atenuada se forem atendidas, ao menos, as seguintes quatro condições, sendo as duas primeiras de natureza objetiva e as duas últimas de natureza subjetiva.

Primeira: os obstáculos e as dificuldades reais devem ter pertinência com o resultado ilícito ao final produzido. Exemplo: suponha que determinado órgão tem precária estrutura tecnológica, com equipamentos obsoletos e conexão fraca e instável. Esse fato, sem dúvida, é um obstáculo e uma dificuldade real, que pode prejudicar ou até mesmo inviabilizar a execução de várias políticas públicas. No entanto, caso se trate de uma política pública cuja execução não dependa de recursos tecnológicos, não há como o gestor ser isento de responsabilidade, sob o argumento de que não executou a política pública em virtude dos obstáculos e dificuldades reais relativos à precária estrutura tecnológica.

Segunda: os obstáculos e dificuldades reais precisam ter relevância para a produção do resultado ilícito. No mesmo exemplo anterior, suponha que a política pública a ser executada requer, em princípio, o uso de recursos tecnológicos eficientes, mas que seja possível realizá-la, ao menos em um primeiro momento, sem o uso desses recursos ou ainda em um ritmo menor do que o desejado em face da instabilidade da conexão à *internet*. Nesse caso, o gestor poderá se beneficiar do art. 22 da LINDB quanto à lentidão na execução da política pública, mas não poderá se beneficiar desse argumento caso simplesmente deixe de executá-la.

Terceira: o agente público não pode ter dado causa nem, de qualquer modo, contribuído para o surgimento dos obstáculos e das dificuldades reais, pois seria admitir o benefício da própria torpeza. Exemplo: gestor que, em vez de realizar um concurso público opta por nomear o amigo para o exercício da função de assessor técnico em assunto sobre o qual o amigo é leigo. Caso, posteriormente, o gestor pratique uma irregularidade decorrente do fato de ter seguido a orientação contida no parecer emitido por esse assessor, que é o seu amigo imperito, não poderá alegar que foi mal orientado por seu assessor e que, por desconhecer do assunto, não tinha como discordar do parecer. Isso porque, ao nomear um leigo para o cargo de assessor técnico, foi o próprio gestor que criou a dificuldade real.

Quarta: o agente público precisa ter tentado superar os obstáculos e as dificuldades reais e, caso não tenha conseguido, precisa apresentar as justificativas para o insucesso, pois os princípios que regem a Administração Pública, especialmente o da eficiência, exigem do agente público que adote postura proativa na busca da superação dos obstáculos e das dificuldades reais tão frequentes na realidade brasileira. A Constituição Federal não admite postura acomodada do agente público que, diante das adversidades próprias da gestão pública, nada ou pouco faz para superá-las. Não se defende, com isso, providências fora do alcance do agente público. O que ora se sustenta é a necessidade de analisar se o agente público, podendo, deixou de tomar as providências cabíveis e viáveis nas circunstâncias em que se encontrava e, caso não as tenha tomado, que apresente as justificativas para tanto.

Desde que seja conferida ao art. 22 da LINDB a interpretação ora defendida, referida norma pode ser muito útil para evitar decisões distanciadas da realidade, mais bem informadas e fundamentadas, sem, contudo, comprometer a efetivação dos princípios que regem a Administração Pública nem a higidez das finanças públicas.

3.3.4. Erro grosseiro

O art. 28 da LINDB dispõe que “O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Há ao menos três questões relevantes sobre esse artigo: primeira, saber o que é erro grosseiro; segunda, saber qual o critério de apuração do erro grosseiro; terceira, saber o alcance desse artigo, se incide apenas para fins de aplicação de sanção ou também para a obrigação de reparar o dano.

Quanto à primeira questão, o Decreto Federal nº 8.930/2019, ao regulamentar o supratranscrito artigo, estabeleceu no § 1º do seu art. 12 que “Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. O TCU, a partir do paradigmático Acórdão nº 2.391/2018 – Plenário, da relatoria do ministro Benjamin Zymler, tem tido o mesmo entendimento, no sentido de que “o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave”,⁵⁷¹ assim como a doutrina.⁵⁷²

No que concerne à segunda questão, no sentido de se saber qual o critério de apuração do erro grosseiro, o TCU, em um primeiro momento, ao acolher o voto do relator, ministro Benjamin Zymler, que fundamentou o Acórdão nº 1.628/2018 – Plenário, adotou o parâmetro do administrador médio, de modo que cometeria erro grosseiro aquele que dele se distanciasse. Nas palavras do relator:

Entendo, pois, que a conduta desse responsável foge do referencial do “administrador médio” utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação. Tratou-se, a meu ver, de erro grosseiro, que permite que os agentes respondam pessoalmente por seus atos, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com redação dada pela Lei 13.655/2018).⁵⁷³ [grifos do original]

⁵⁷¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2.391/2018**. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA LIQUIDAÇÃO E PAGAMENTO DE DESPESAS DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE EXECUTIVO. CITAÇÃO. ARGUMENTOS APRESENTADOS INSUFICIENTES PARA ELIDIR A IRREGULARIDADE. CULPA GRAVE NAS CONDUTAS DOS RESPONSÁVEIS. CONTAS IRREGULARES, DÉBITO E MULTA. AUSÊNCIA DE CULPA GRAVE DE UM DOS RESPONSÁVEIS. AFASTAMENTO DA MULTA. Relator: Min. Benjamin Zymler, 17 de outubro de 2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 nov. 2022.

⁵⁷² NIEBUHR, Joel de Menezes. O erro grosseiro: análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coords). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 488.

⁵⁷³ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1.628/2018**. Ementa: OPERACIONALIZAÇÃO DA GESTÃO E EXECUÇÃO DAS ATIVIDADES E SERVIÇOS DE SAÚDE DE

No entanto, o relator desse precedente reviu o seu entendimento a partir do citado Acórdão nº 2.391/2018 – Plenário, oportunidade na qual passou a associar o erro grosseiro ao homem abaixo do normal, consoante se vê do seguinte trecho do seu voto:

82. Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (grifos acrescidos). Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.

83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

Gradação do erro	Pessoa que seria capaz de perceber o erro	Efeito sobre a validade do negócio jurídico (se substancial)
Erro grosseiro	Com diligência abaixo do normal	Anulável
Erro (sem qualificação)	Com diligência normal	Anulável
Erro leve	Com diligência extraordinária – acima do normal	Não anulável

Trata-se de entendimento que tem dividido o Tribunal, pois conquistou a adesão de alguns ministros, mas outros continuam adotando o parâmetro do administrador médio, conforme se depreende do Acórdão nº 2.329/2019 – Plenário, da relatoria do ministro Bruno Dantas, em cujo voto fez as seguintes considerações:

A análise desses elementos, segundo a teoria da responsabilidade subjetiva, aplicada aos processos desta Corte de Contas, tem especial relevância em casos como o ora analisado, em que se examinam situações de difícil aferição da conduta que deveria ser adotada pelo gestor de prudência

mediana (critério do homem médio), relacionadas aos controles internos e ao aperfeiçoamento normativo da entidade. Ainda mais quando considerados os novos parâmetros introduzidos recentemente no ordenamento jurídico, que exigem a verificação de erro grosseiro ou culpa grave do gestor para a cominação de sanção (art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).⁵⁷⁴

Ou, ainda, entre outros, o Acórdão nº 2012/2022 – Segunda Câmara, no qual o relator, ministro Antonio Anastasia, fez a seguinte consideração em seu voto, ao se referir ao precedente firmado com o Acórdão nº 2.391/2018 – Plenário:

Esse precedente passou a ser invocado no voto de vários Ministros, mas não de todos, caso do Ministro Augusto Sherman, que permanece aplicando o conceito, a meu ver correto, do Acórdão 1.628/2018- TCU-Plenário, que é o de considerar o erro grosseiro como culpa grave, mas mantendo o referencial do homem médio.⁵⁷⁵

Apresentada a divergência jurisprudencial, a tese de que “O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que

⁵⁷⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2.329/2019**. Ementa: VALEC ENGENHARIA, CONSTRUÇÕES E FERROVIAS S.A. PRESTAÇÃO DE CONTAS ORDINÁRIA. EXERCÍCIO 2009. FALHAS EM CONTRATAÇÕES RELACIONADAS AO FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL. FALTA DE PROVIDÊNCIAS PARA MELHORAR OS CONTROLES INTERNOS DA VALEC QUANTO À QUALIDADE DOS PROJETOS BÁSICOS UTILIZADOS EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS CONDUZIDOS PELA EMPRESA. DISPENSA DE LICITAÇÃO INDEVIDA DEVIDO A FALHA DE PLANEJAMENTO. FALHAS REITERADAS NA FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONSTRUÇÃO E DE SUPERVISÃO DA FERROVIA NORTE-SUL. DILIGÊNCIA. AUDIÊNCIAS. SOBRESTAMENTO. RETIRADA DO SOBRESTAMENTO. ACOLHIMENTO PARCIAL DE RAZÕES DE JUSTIFICATIVA DE PARTE DOS RESPONSÁVEIS. REJEIÇÃO DAS DEMAIS. IRREGULARIDADE DAS CONTAS DE PARTE DOS RESPONSÁVEIS. MULTA. IRREGULARIDADE DAS CONTAS DE RESPONSÁVEIS CONDENADOS EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAIS POR ATOS PRATICADOS NO EXERCÍCIO DE 2009 (SÚMULA-TCU 288). REGULARIDADE COM RESSALVAS DAS CONTAS DOS MEMBROS TITULARES DOS CONSELHOS DE ADMINISTRAÇÃO E FISCAL. REGULARIDADE DAS CONTAS DOS DEMAIS AGENTES CONSTANTES DO ROL DE RESPONSÁVEIS. Relator: Min. Bruno Dantas, 2 de outubro de 2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/%2528%2528%2528administrador%2520OU%2520homem%2529%2520ADJ5%2520m%25C3%25A9dio%2529%2520E%2520%2528erro%2520ADJ5%2520grosseiro%2529%2529.VOTO%2520/COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/19/%2520>. Acesso em: 5 nov. 2022.

⁵⁷⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). **Acórdão nº 2.012/2022**. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO PARCIAL. DANO AO ERÁRIO. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO E MULTA. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. ELEMENTOS INSUFICIENTES PARA A REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO PROVIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NEGADOS. NOVOS EMBARGOS. CITAÇÃO: APARENTE VIOLAÇÃO DA SÚMULA 98/TCU. AUSÊNCIA DE CLARA INDICAÇÃO DE ATOS COMISSIVOS PRATICADOS PELO EX-ALCAIDE. CARACTERIZAÇÃO DE CULPA IN VIGILANDO. DECRETO 9.830/2019: A RESPONSABILIDADE POR CULPA "IN VIGILANDO" EXIGE A CARACTERIZAÇÃO DA OMISSÃO POR ERRO GROSSEIRO OU DOLO. LONGO TEMPO DECORRIDO: IMPOSSIBILIDADE DO CHAMAMENTO DE OUTROS RESPONSÁVEIS. CONHECIMENTO E ACOLHIMENTO. EFEITOS INFRINGENTES. TRANCAMENTO DAS CONTAS POR AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTOS. Relator: Min. Antonio Anastasia, 3 de maio de 2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/%253A2012%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 5 nov. 2022.

seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio”, sustentada a partir do Acórdão nº 2.391/2018 – Plenário requer análise sob duas perspectivas, uma operacional e outra jurídica.

Na perspectiva operacional desse conceito, se o erro grosseiro é aquele que “poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal”, isso significa, *a contrario sensu*, que incorre em erro grosseiro quem não tem diligência abaixo do normal, mas sim abaixo do abaixo do normal, pois somente quem tem diligência abaixo do abaixo do normal não perceberia o erro grosseiro, ou seja, o cometeria. Depreende-se dessa conclusão puramente lógica, sem qualquer juízo de valor, que não é tarefa fácil identificar quem está abaixo do abaixo do normal. Trata-se, a rigor, de conceito de difícil operacionalização, quase impossível.

Na perspectiva jurídica, ao se afirmar que erro grosseiro é culpa grave, e sobre esse entendimento não há controvérsia na jurisprudência do TCU nem na doutrina, isso significa que o erro grosseiro deve receber tratamento jurídico semelhante ao da culpa grave. Ora, se o erro grosseiro pode ser considerado uma novidade no direito público sancionador brasileiro, a partir da alteração da LINDB pela Lei nº 13.655/2018, a culpa grave não o é, sendo, em verdade, uma velha conhecida da doutrina e da jurisprudência que a associam à conduta de quem não observa o dever de cuidado objetivo próprio do homem médio, comum, em virtude da prática de um erro grosseiro.⁵⁷⁶

Dito isso, o equívoco na assertiva de que “O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal” parece decorrer da premissa adotada no parágrafo anterior do aludido voto, no sentido de que “Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, **sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade**, é aquele ‘*que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio*’” [os negritos não são do original].

Explica-se: consoante enfatizado amplamente e pacificamente pela doutrina civilista, o erro a que se refere o art. 138 do Código Civil é sobre “circunstâncias e aspectos relevantes do

⁵⁷⁶ Embora o conceito de erro grosseiro possa ser tido como novidade no direito público sancionador brasileiro, não é uma novidade no direito brasileiro, pois é um conceito, de longa data, usado pela jurisprudência em matéria processual, na aferição do cabimento da aplicação da fungibilidade, a fim de que se conheça do recurso erroneamente interposto como se fosse o certo, de modo que somente cabe a fungibilidade se o erro não foi grosseiro na interposição do recurso. O STJ registra na sua jurisprudência nada menos do que 3.214 acórdãos e 57.155 decisões monocráticas em que fez menção à expressão “erro grosseiro”. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 31 jan. 2023.

negócio” jurídico, motivo pelo qual não há que se falar em “tipo de qualificação quanto à sua gravidade”.⁵⁷⁷ Quando se trata de erro relativo a negócios jurídicos, só há duas possibilidades: ou o erro é substancial ou é accidental. É o próprio Código Civil, nos arts. 138 e, principalmente, 139, que elucida a distinção a partir da definição do que seja erro substancial, com o seguinte teor:

Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

Art. 139. O erro é substancial quando:

- I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais;
- II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante;
- III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

Com base na redação do art. 139 do Código Civil, Carlos Roberto Gonçalves afirma que o erro substancial pode ser de cinco espécies:⁵⁷⁸

- a) Erro sobre a natureza do negócio. Exemplo: quer alugar, mas escreve vender no contrato;
- b) Erro sobre o objeto principal da declaração. Exemplo: comprador que supõe adquirir terreno valorizado, mas que, na realidade, tem pouco valor;
- c) Erro sobre alguma das qualidades essenciais do objeto principal. Exemplo: pessoa que adquire candelabros prateados, mas de material inferior, acreditando serem de prata;
- d) Erro quanto à identidade ou à qualidade da pessoa a quem se refere a declaração. Exemplo: doação a pessoa que o doador supõe, equivocadamente, ser seu filho;
- e) Erro de direito. Exemplo: “quando o agente emite a declaração de vontade no pressuposto falso de que procede segundo o preceito legal”.

Desse modo, a distinção entre erro substancial e accidental é que aquele “é de tal importância que, sem ele, o ato não se realizaria”, ou seja, “se o agente conhecesse a verdade, não manifestaria vontade de concluir o negócio jurídico”, ao passo que o erro accidental se refere a circunstâncias de menor importância, por dizerem respeito a qualidades secundárias

⁵⁷⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Vol. 1: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 410.

⁵⁷⁸ Ibidem, p. 410-412.

do objeto ou da pessoa, motivo pelo qual ainda que tais qualidades fossem do conhecimento do agente à época da celebração do negócio jurídico, ele não deixaria de o realizar.⁵⁷⁹

Decorre da descrição legal do que seja erro substancial a assertiva de Flávio Tartuce no sentido de que o erro a que se refere o art. 138 é “fático, uma falsa noção, em relação a uma pessoa, ao objeto do negócio ou a um direito que acomete a vontade de uma das partes que celebrou o negócio jurídico”.⁵⁸⁰

Como se vê, não há qualquer relação entre graus de culpa e o conceito de erro substancial. Por esse motivo, entendemos equivocada a afirmação de que “Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, **sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade**, é aquele ‘*que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio*’” [os negritos não são do original], porque não cabe qualquer associação entre o erro substancial e qualquer “tipo de qualificação quanto à sua gravidade”.

Por outro lado, a segunda parte do art. 138 do Código Civil se refere ao erro substancial “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”. Em virtude dessa redação, parte da doutrina civilista entende que a anulação do negócio jurídico somente é admitida se houver o atendimento a duas condições: primeira, que o erro seja substancial; segunda, que decorra de erro escusável. Outra parte, porém, entende que a escusabilidade não é condição necessária para a anulação do negócio jurídico, mas sim a cognoscibilidade do erro, de modo que, para essa corrente, o erro, além de substancial, deve ser também reconhecível.

Ou seja, uma parte da doutrina centra a atenção na conduta do autor do erro e entende ser importante avaliar se incorreu em erro escusável ou inescusável ao ter tido uma percepção falsa acerca de elemento substancial do negócio jurídico.⁵⁸¹ Outra parte da doutrina, porém, volta a sua atenção para o outro contratante, o que, em tese, se beneficiou do erro do autor da conduta, e entende que é preciso avaliar se esse outro contratante tinha conhecimento de que o autor da conduta estava incorrendo em erro substancial. Se a resposta for sim, então para esses

⁵⁷⁹ Idem, p. 409.

⁵⁸⁰ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 223.

⁵⁸¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Vol. 1: parte geral**. Op. cit., p. 415; DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Vol. 1: Teoria geral do direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 493.

doutrinadores, o negócio é anulável, tendo em vista que a conduta do outro contratante ofendeu o princípio da confiança e a boa-fê objetiva.⁵⁸²

Considerando que, conforme se demonstrará a seguir, o entendimento do STJ é pela exigência de erro, além de substancial, também escusável, não iremos nos deter na controvérsia doutrinária sobre o assunto, envolvendo a escusabilidade do contratante que incorreu no erro substancial ou a cognoscibilidade do contratante que dele se beneficiou. Além disso, outra razão importante para não avançarmos nessa controvérsia é que tanto uma corrente doutrinária quanto a outra admitem que a avaliação da escusabilidade assim como da cognoscibilidade deve ser realizada a partir do parâmetro do homem médio, de diligência normal.

Como se vê, a escusabilidade do erro nada tem a ver com as qualidades do negócio jurídico, nem portanto com o fato de ser o erro substancial ou não. São duas análises distintas. Nesse mesmo sentido é o entendimento de Maria Helena Diniz, para quem a anulação do negócio jurídico requer não apenas que o erro seja substancial, mas também escusável e real, sempre com base na percepção de uma pessoa de diligência normal, ou seja, o homem médio. Nas palavras da autora:

O erro para viciar a vontade e tornar anulável o negócio deve ser **substancial** (CC, art. 138), **escusável e real**, no sentido de que há de ter por fundamento uma razão plausível, ou ser de tal monta que qualquer pessoa inteligente e de atenção ordinária seja capaz de cometê-lo. Anula-se o negócio, quando a vontade advier de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do ato negocial. Adota-se o padrão abstrato vir medius para sua aferição.⁵⁸³ [grifos não são do original]

O entendimento do STJ também tem sido no sentido de que a anulação do negócio jurídico requer que o erro seja não apenas essencial, substancial, mas também escusável à luz do parâmetro do homem médio. Além disso, o STJ entendeu que o erro grosseiro, portanto, inescusável, não enseja a anulação do negócio jurídico:

2. O erro que enseja a anulação de negócio jurídico, além de essencial, deve ser **inescusável**, decorrente da falsa representação da realidade própria do **homem mediano**, perdoável, no mais das vezes, pelo desconhecimento natural das circunstâncias e particularidades do negócio jurídico. Vale dizer, para ser escusável o erro deve ser de tal monta que qualquer pessoa de inteligência mediana o cometeria.

⁵⁸² TARTUCE, Flávio. Op. cit., p. 223-224; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 272-273.

⁵⁸³ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 493.

3. No caso, não é crível que o autor, instituição financeira de sólida posição no mercado, tenha descurado-se das cautelas ordinárias à celebração de negócio jurídico absolutamente corriqueiro, como a dação de imóvel rural em pagamento, substituindo dívidas contraídas e recebendo imóvel cuja área encontrava-se deslocada topograficamente daquela constante em sua matrícula. Em realidade, se houve vício de vontade, este constituiu **erro grosseiro**, incapaz de anular o negócio jurídico, porquanto revela culpa imperdoável do próprio autor, dadas as peculiaridades da atividade desenvolvida.⁵⁸⁴ [os grifos não são do original]

Ao comentar o art. 138 do Código Civil, Silvio de Salvo Venosa, ancorado nas lições de Domingues de Andrade, alinha-se à ideia de que “o erro indesculpável é o erro escandaloso, que procede de culpa grave do declarante; ‘é aquele em que não teria caído uma pessoa dotada de normal inteligência, experiência e circunspeção’”.⁵⁸⁵

Portanto, entendemos que o art. 138 do Código Civil não é a fonte mais indicada para se identificar o critério de aplicação do erro grosseiro previsto no art. 28 da LINDB. Mas, ainda que fosse, a sua interpretação, por qualquer das duas correntes doutrinárias, evidencia que: primeiro, o erro substancial a que se refere o art. 38 diz respeito às qualidades do próprio negócio jurídico, motivo pelo qual não há que se falar em “tipo de qualificação quanto à sua gravidade”; segundo, o erro inescusável, segundo a ampla doutrina e a jurisprudência, é aquele que o homem médio, de diligência normal, poderia perceber e, portanto, não o cometeria, o que significa entendimento contrário à afirmação de que “O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal”.

Por outro lado, entendemos estar no campo da responsabilidade, seja civil ou penal, a fonte adequada para se buscar um critério de aferição do erro grosseiro previsto no art. 28 da LINDB, por dois motivos: primeiro, referido artigo diz respeito à responsabilização de agentes públicos; segundo, é consenso na doutrina e na jurisprudência que o erro grosseiro do art. 28 da LINDB é sinônimo de culpa grave.

No âmbito da responsabilidade civil, os graus de culpa têm importância limitada, em face da obrigação de reparar o dano. No entanto, o art. 944, parágrafo único, do Código Civil prevê que “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o

⁵⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 744311**. Ementa: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. DAÇÃO EM PAGAMENTO. IMÓVEL. LOCALIZAÇÃO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE SÓLIDA POSIÇÃO NO MERCADO. ERRO INESCUSÁVEL. [...]. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 19 de agosto de 2010. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200500646675&dt_publicacao=09/09/2010. Acesso em: 20 out. 2022.

⁵⁸⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 414.

juiz reduzir, equitativamente, a indenização”, o que exige, neste caso, a avaliação da culpa grave.

Segundo definição de Sergio Cavalieri Filho, ao discorrer sobre a responsabilidade civil, “a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens”. Em outras palavras, a culpa grave é aquela na qual não incorre o homem médio, de diligência normal.⁵⁸⁶

Esse é também o entendimento de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald transcrito no próprio voto que fundamentou o Acórdão nº 2.391/2018 – Plenário, com o seguinte teor:

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de **diligência que todos observam**” (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil. São Paulo: Atlas, p. 169) [os grifos não são do original]

Como se vê, ao fazerem referência à “diligência que todos observam” como parâmetro de avaliação da culpa grave, os citados autores evidenciam o entendimento de que adotam o critério do homem médio, de diligência normal, e não o homem de diligência abaixo do normal.

Na responsabilidade penal, o critério adotado, conforme se demonstrou anteriormente neste trabalho, é também o parâmetro do homem médio, de diligência normal, como expressão do cuidado objetivo, especialmente quando não há norma regulamentar sobre como proceder. Nesse sentido é a lição de Damásio de Jesus, cujo entendimento é de que “há erro invencível (escusável ou inculpável) quando não pode ser evitado pela normal diligência. Qualquer pessoa, empregando a diligência ordinária exigida pelo ordenamento jurídico, nas condições em que se viu o sujeito, incidiria em erro”.⁵⁸⁷

A razão, também como já se demonstrou anteriormente, é porque o homem médio retrata o padrão de conduta esperada, razoável, aceitável pela sociedade, retrata o dever de cuidado objetivo. E é exatamente por esse motivo que tanto para fins de avaliação da culpa

⁵⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 37.

⁵⁸⁷ JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 268. No mesmo sentido, mas no âmbito do direito civil: BEVILAQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. Vol. 1. 6. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1.940, p. 334. *Apud* NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002, p. 263. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

leve quanto da grave o parâmetro é o mesmo, qual seja, o dever de cuidado objetivo, com base naquilo que é razoável exigir do agente, considerado o comportamento normal, comum, das outras pessoas em circunstâncias semelhantes, ou seja, o homem médio.

Como bem reconhece Juarez Tavares, não é fácil, nos casos concretos, identificar a diferença entre culpa grave e média, tendo em vista que os “parâmetros vão se tornando cada vez mais indefinidos”. Para identificar essa diferença o autor cogita de dois modos: primeiro, partindo da ideia de risco permitido ou proibido, “estimando uma gradação na ação perigosa”; segundo, “determinando uma gradação na intensidade da violação da norma de cuidado”. Com base nesse entendimento, o autor oferece o seguinte conceito para culpa grave:

Uma culpa será grave, na medida que a ação perigosa se tenha realizado com tal intensidade que não apresente dúvida quanto a contrariar ao cuidado objetivamente exigível para evitar o resultado. A referência à norma de cuidado é aqui essencial, porque antes de se proceder à gradação da ação perigosa, será preciso verificar qual será o significado que essa norma atribui àquela forma de realização da ação.⁵⁸⁸

Desse modo, não é juridicamente consistente alterar o *standard* de comportamento de acordo com a culpa que se quer aferir, se leve ou grave. A conduta esperada, exigida, é extraída do dever de cuidado objetivo que, por sua vez, é dado pela norma, pelos regulamentos, pelos costumes e práticas correntes, não sendo admitido pela sociedade a normalização de condutas abaixo do normal.

Pelo contrário. O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar ação civil pública por improbidade administrativa oferecida em desfavor de ex-Prefeito, ex-Secretários e ex-Presidente da Comissão Permanente de Licitação de determinado município, sob a alegação de que os réus concorreram para a malversação de recursos oriundos do Fundeb, bem como para fraudar procedimentos licitatórios mediante direcionamento dos certames e contratação de empresas fantasmas, enfatizou que o grau de diligência exigido dos agentes públicos é superior ao do homem médio, em julgado cuja ementa, na parte que aborda essa questão, ficou assim redigida:

XV- A conduta exigida dos agentes públicos não se limita às suas convicções pessoais sobre a licitude, abrangendo, também, a observância de um padrão mínimo esperado no âmbito da administração pública, tendo em vista o objetivo primordial de atender o interesse público. É dizer, dos agentes públicos exige-se grau de diligência superior ao do homem médio. Isso porque eles não podem dispor da coisa pública como bem lhes aprouver. Ao

⁵⁸⁸ TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 424.

contrário, devem empregar na proteção da res publica zelo maior do que aquele com que tratam dos seus interesses privados. Por essa razão, comportamentos que revelem uma atuação despreocupada e descompromissada dos agentes públicos não podem ser tolerados.⁵⁸⁹

O precedente do STJ acima mencionado retrata entendimento adotado também por Fábio Medina Osório, quando alerta que quanto maiores forem as qualidades profissionais do agente e quanto maior for o seu nível de responsabilidades tanto maior será o grau de exigência para que se reconheça como inevitável ou invencível o erro que eventualmente vier a cometer.⁵⁹⁰

Na realidade, a avaliação dos graus de culpa diz respeito ao quanto que a conduta praticada pelo agente se distanciou da conduta esperada, ou seja, o quanto descumpriu o dever de cuidado objetivo que, pelas razões acima apontadas, não pode ser tido como um comportamento abaixo da diligência normal. Portanto, se a conduta praticada pelo agente se distanciou pouco do cuidado objetivo, é culpa leve, se muito, é culpa grave.

O que ora se sustenta não é novidade e tem no Código de Trânsito Brasileiro um de seus melhores exemplos, pois a conduta padrão esperada dos motoristas é dada pelas normas de trânsito, mas as infrações são graduadas de acordo com o distanciamento que cada conduta revela em relação à conduta esperada. Desse modo, se pratica conduta muito distante daquela que seria esperada, será considerada infração grave ou gravíssima, mas, do contrário, pode ser média ou leve.

Por tudo o que se sustentou, alinhamo-nos aos precedentes do TCU segundo os quais o erro grosseiro da LINDB é avaliado segundo os padrões do homem médio reveladores do dever de cuidado objetivo, o que significa dizer que haverá erro grosseiro quando a conduta for substancialmente distante do padrão de conduta esperado de um agente público em situações semelhantes, à luz das normas pertinentes e das práticas costumeiras sobre o assunto.

⁵⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). **Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1631846**. Ementa: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. FRAUDE. DIRECIONAMENTO DO CERTAME. VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. [...]. Relator: Min. Francisco Falcão, 9 de agosto de 2021. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=132662964®istro_numero=201903607399&peticao_numero=202100337176&publicacao_data=20210813. Acesso em. 20 out. 2022.

⁵⁹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. Op. cit., p. 460.

A terceira e última questão sobre o erro grosseiro é a de se saber o alcance do art. 28 da LINDB, se incide apenas para fins de aplicação de sanção ou também para a obrigação de reparar o dano.

No multicitado Acórdão nº 2.391/2018 – Plenário, o TCU firmou entendimento de que referido artigo somente é aplicável para fins de imposição de sanção, mas não para a condenação à reparação de dano ao erário. Nas palavras do relator:

146. Isso ocorre porque as alterações promovidas na LINB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.

147. O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição:

‘6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.’ (grifos acrescidos). [grifos do original]

O tema é desafiador, pois diz respeito a se saber se a culpa a que se refere o §6º do art. 37 da Constituição Federal admite gradação por norma infraconstitucional ou não. Essa matéria está posta no Supremo Tribunal Federal, em sete ações diretas de inconstitucionalidade oferecidas em face do art. 28 da LINDB e da Medida Provisória nº 966/2020, editada em 13 de maio de 2020, que dispôs “sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19”, mas perdeu eficácia por não ter sido convertida em lei.⁵⁹¹

Referidas ações estão pendentes de julgamento de mérito, mas o pedido de medida cautelar foi julgador pelo Plenário do STF em 20 de maio de 2020, oportunidade na qual aquela Corte entendeu por bem deixar para enfrentar essa questão no julgamento de mérito das aludidas ações. No entanto, o relator, ministro Roberto Barroso, após reconhecer que se

⁵⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431**. Ementa: [...] 1. Ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de “erro grosseiro” e de “dolo”, com base no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Medida Provisória nº 966/2020. Alegação de violação aos arts. 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição, ao princípio republicano e ao princípio da probidade e da eficiência administrativa. Exame, em sede cautelar, limitado à MP 966/2020, em relação à qual, efetivamente, se configura o perigo na demora, diante do contexto da pandemia. [...]. Relator: Min. Roberto Barroso, 20 de maio de 2020. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22ADI%206428%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em: 25 out. 2022.

trata de questão complexa, demonstrou a sua preocupação com o citado tema ao asseverar que “há duas coisas muito ruins para a administração pública e o bem comum: de um lado, administradores incorretos e, de outro, administradores corretos que têm medo de decidir o que precisa ser decidido, por temor de retaliações futuras”.

Com efeito, o direito não pode fechar os olhos à realidade que, no caso dos agentes públicos, envolve situações nas quais o gestor, assalariado e com patrimônio modesto, administra, diariamente, valores extremamente elevados, seja em termos absolutos, seja em relação à sua realidade. Essa situação é ainda agravada nos casos em que há um risco inerente à atividade desempenhada. Em verdade, sempre há algum risco nas atividades profissionais, tanto públicas quanto privadas, mas o que se quer dizer é que, em alguns casos, o risco é ainda muito maior, a exemplo do gestor de uma carteira de investimentos de uma instituição financeira pública.

Embora haja normas não apenas legais, mas também regulamentares, que, além de limitar a ação do agente, também o auxilia na adoção de medidas de cautela, por serem normas marcadamente com alto grau de instrumentalidade, no sentido de ordenação dos trabalhos, é certo que o risco sempre está presente, assim como a possibilidade de erro. E aqui reside o desafio, pois, por vezes, o agente público comete um erro pequeno, decorrente de culpa simples, mas produz um resultado desastroso, com elevado prejuízo ao erário, tendo em vista que, por lidar com grandes valores públicos, qualquer erro sempre causará um dano elevado ao erário. Basta pensar, novamente, no exemplo do gestor de carteira de investimentos de instituição financeira pública.

Nesses casos, não cabe associar o grau de culpa ao resultado produzido ao final, pois seria ir contra o próprio conceito de culpa, que é vinculado à inobservância do dever de cuidado objetivo, ou seja, diz respeito ao modo como a conduta violou o dever de cuidado objetivo e não ao resultado, até porque na modalidade culposa o resultado ao final produzido não é o desejado pelo autor da conduta.⁵⁹²

Talvez por reconhecer os riscos da profissão no tocante à possibilidade de erros, o Código de Processo Civil limitou a responsabilidade dos magistrados, membros do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública aos casos em que agirem com dolo ou fraude no exercício de suas funções.⁵⁹³

⁵⁹² Nesse mesmo sentido: TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 423.

⁵⁹³ CPC. Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva

Não significa que tratamento idêntico deva ser dispensado ao gestor público, até porque sua atuação é muito mais ampla, com mais liberdade e mais discricionariedade também, diferentemente dos magistrados, membros do Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública cuja atuação é intensamente regida e limitada pelas normas processuais cabíveis.

Contudo, é importante ter em mente que até mesmo nas relações privadas o legislador teve preocupação com a equidade, ao estabelecer, no parágrafo único do art. 944 do Código Civil, que “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”. Desse modo, não é razoável que, no âmbito do direito público, o gestor seja submetido ao pagamento de elevadíssimos valores, com comprometimento, muitas vezes, bem superior a todo o seu patrimônio, em virtude de condutas de baixa reprovabilidade.

A atividade administrativa envolve riscos que precisam ser considerados na avaliação da conduta do gestor, pois o expõe a situações desafiadoras e, não raras vezes, de difícil solução, o que faz do erro uma realidade latente. Tome-se o exemplo do diálogo competitivo previsto no inciso XLII do art. 6º da Lei nº 14.133/2021, que o define como “modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos”.

Outras hipóteses são a de uma lei nova em relação à qual não há doutrina nem jurisprudência, uma situação de urgência ou ainda uma medida inovadora que se implemente na busca do aprimoramento da Administração Pública. Enfim, são cenários que envolvem incertezas e, por isso mesmo, oferecem riscos maiores de erro, mas que são inerentes à própria circunstância. Não são, portanto, riscos criados pelo autor da conduta nem por ele aumentados, mas sim riscos inerentes à atividade administrativa.

ordenar de ofício ou a requerimento da parte. Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias. Art. 181. O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções. Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções. Art. 187. O membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

Por essas razões, entendemos que não é medida de justiça responsabilizar o agente público em virtude de culpa simples, motivo pelo qual é pertinente a aplicação do art. 28 da LINDB também para as hipóteses de reparação de dano ao erário.

3.3.5. Culpa *in eligendo*, culpa *in vigilando* e delegação de competência

No âmbito da culpa *stricto sensu* há ainda duas modalidades que são a culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*, originariamente do direito civil e que na vigência do Código Civil de 1916 requeriam a demonstração da culpa para a responsabilização de quem havia feito a má escolha ou de quem tinha o dever de vigiar. No entanto, o Código Civil em vigor trata ambas as hipóteses como responsabilidade objetiva, em face do disposto nos seus arts. 932 e 933, o que exige uma importação, com ajustes, para o direito administrativo sancionador, no qual prevalece a responsabilidade subjetiva.⁵⁹⁴⁵⁹⁵

A culpa *in eligendo* é a má escolha do subordinado, de modo que erros por ele cometidos implicam a responsabilidade também de quem o escolheu. No entanto, como se disse, a sua aplicação no âmbito da Administração Pública requer comedimento, a fim de não conduzir à responsabilidade objetiva do superior hierárquico. Por essa razão, o superior hierárquico responderá por culpa *in eligendo* se, ao tempo da escolha, lhe era possível identificar características do escolhido que não recomendavam a nomeação. Nesse sentido já decidiu também o Superior Tribunal de Justiça.⁵⁹⁶

⁵⁹⁴ Código Civil: Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

⁵⁹⁵ Essa é também a posição da doutrina. CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 58.

⁵⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **Recurso Especial nº 1742246**. Ementa: RECURSO ESPECIAL. DELIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADVOGADO SUBSTABELECENTE POR ATO PRATICADO EXCLUSIVAMENTE PELO SUBSTABELECIDO, CAUSADOR DE PREJUÍZO AO CLIENTE/MANDATÁRIO. APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE VALOR PERTENCENTE AO CLIENTE PELO SUBSTABELECIDO, SEM NENHUMA DEMONSTRAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DO MANDATÁRIO. CULPA IN ELIGENDO. A INAPTIDÃO DO ELEITO PARA O EXERCÍCIO DO MANDATO (EM SUBSTABELECIMENTO) DEVE SER UMA CIRCUNSTÂNCIA CONTEMPORÂNEA À ESCOLHA E, NECESSARIAMENTE, DE CONHECIMENTO DO SUBSTABELECENTE. NÃO CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...]. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 19 de março de 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 15 dez. 2022.

A culpa *in vigilando* a seu turno também não pode ser aplicada no direito administrativo com base na responsabilidade objetiva. A rigor, no direito administrativo melhor seria se falar em falha na supervisão hierárquica em virtude de negligência. Contudo, não pode a deficiente supervisão hierárquica receber tratamento idêntico ao da culpa *in vigilando* sob a ótica civilista, mas, ao contrário, deve ser tida como falha omissiva que merece ser investigada de acordo com as regras da responsabilidade subjetiva.

Isso porque não é razoável exigir do superior hierárquico a onisciência e a onipresença em relação aos atos dos subordinados. Por essa razão, a avaliação da conduta do superior hierárquico requer análise detida de cada caso concreto, a fim de se saber o que era razoável dele exigir no tocante ao nível de supervisão hierárquica, pois é intuitivo que quanto maior a estrutura sob a responsabilidade do superior hierárquico menores condições ele tem de acompanhar de perto a atividade de seus subordinados. Exatamente para essas situações existe a segregação de funções e a delegação de competência.

E aqui há uma questão interessante que é saber se a existência de delegação de competência implica maior responsabilidade para a autoridade delegante. O assunto é instigante porque a jurisprudência do TCU é divergente sobre o tema, pois há precedentes nos quais o Tribunal entendeu que quem delega competência não delega responsabilidade, o que significa a responsabilidade automática da autoridade delegante pelos erros do delegado.⁵⁹⁷ Mas há também outros em que o Tribunal entendeu de modo contrário.⁵⁹⁸

Alinhamo-nos à corrente segundo a qual a delegação de competência não implica, por si só, a responsabilidade da autoridade delegante, mas somente se for constatada falha na

⁵⁹⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). **Acórdão nº 3.579/2020**. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PROGRAMA NACIONAL DE ALIMENTAÇÃO ESCOLAR. DESCUMPRIMENTO DE REGRA AFETA AO NÚMERO MÍNIMO DE REFEIÇÕES. PREVISÃO DE DESPESAS SEM COMPROVAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE. DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA A SECRETÁRIO MUNICIPAL. MANUTENÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO EX-PREFEITO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA. Relatora: Min. Ana Arraes, 6 de abril de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:3579%20ANOACORDAO:2020%20COLEGIADO:%22Segunda%20C%C3%A2mara%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em: 15 dez. 2022.

⁵⁹⁸ BRASIL Tribunal de Contas da União (Primeira Câmara). **Acórdão nº 6.934/2015**. Ementa: Tomada de contas especial. auditoria do denasus. transferência de recursos do fundo nacional de saúde. não comprovação da boa e regular aplicação dos recursos. Contas julgadas irregulares com imputação de Débito. aplicação de multa. Embargos de declaração. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade na decisão embargada. Conhecimento. Rejeição. Ciência ao embargante. Relator: Min. Benjamin Zymler, 3 de novembro de 2015. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A6934%2520ANOACORDAO%253A2015%2520COLEGIADO%253A%2522Primeira%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 15 dez. 2022.

supervisão hierárquica. Caso se dê interpretação em sentido contrário, haverá forte desestímulo a delegação de competência, prevista desde 1967, no Decreto-Lei nº 200, como essencial para o bom funcionamento da Administração Pública. Se naquela data, o legislador a considerou importante, quanto mais nos dias atuais, em face da velocidade de informação decorrente dos incríveis avanços tecnológicos.⁵⁹⁹

3.4. Critérios para a avaliação do nexo de causalidade pelos Tribunais de Contas

O nexo de causalidade é um dos elementos essenciais da responsabilidade subjetiva, que estabelece a relação de causa e efeito entre a conduta praticada e o resultado produzido. O Código Civil, no art. 186, prevê que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. E o Código Penal, a seu turno, prescreve, no art. 13, que “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. O critério de apuração do nexo de causalidade varia de acordo com a teoria adotada.

Com relação ao nexo de causalidade, de igual modo, na ausência de norma sobre o assunto no âmbito do direito administrativo sancionador, é de se buscar subsídio no direito penal.⁶⁰⁰ Afasta-se, assim, desde logo, a teoria dos danos diretos e imediatos (também denominada teoria da causalidade direta e imediata ou teoria da interrupção do nexo causal) adotada no âmbito da responsabilidade civil, conforme expressamente previsto no art. 403 do Código Civil⁶⁰¹ e reconhecido amplamente pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tanto para a responsabilidade contratual quanto para a extracontratual.⁶⁰² A

⁵⁹⁹ Decreto-lei nº 200/1967: Art. 11. A delegação de competência será utilizada como instrumento de descentralização administrativa, com o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender. Art. 12. É facultado ao Presidente da República, aos Ministros de Estado e, em geral, às autoridades da Administração Federal delegar competência para a prática de atos administrativos, conforme se dispuser em regulamento. Parágrafo único. O ato de delegação indicará com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto de delegação. Art. 80. [...] § 2º O ordenador de despesa, salvo convivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas.

⁶⁰⁰ Não obstante o Decreto 9.830/2019, que regulamentou os artigos 20 a 30 da LINDB, e a Medida Provisória 966/2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos, por ação ou omissão, em atos relacionados com a pandemia da covid-19, tenham feito referência ao nexo de causalidade como um dos elementos necessários para a imputação de responsabilidade, não indicaram qualquer baliza para a sua avaliação.

⁶⁰¹ Código Civil: Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

⁶⁰² Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 64. O autor registra a jurisprudência, de longa data, do Supremo Tribunal Federal no mesmo sentido.

inadequação dessa teoria para o direito administrativo sancionador decorre da regra que estabelece ser causa do dano apenas a conduta que lhe estabeleça relação direta, o que desconsidera outras condutas com relação indireta.⁶⁰³

Tal circunstância conduziria a profundas injustiças se essa teoria fosse adotada na avaliação de condutas de agentes públicos, pois a Administração Pública é marcadamente procedimental, de modo que os ilícitos, em sua maioria, quando ocorrem são o resultado de uma sucessão de condutas, na qual as posteriores são praticadas como consequência lógica das anteriores e baseadas nas informações nelas prestadas. Desse modo, a aplicação dessa teoria implicaria, invariavelmente, a responsabilização do superior hierárquico, ainda que tivesse apenas praticado ato com base em orientação prévia da sua equipe técnica.

Portanto, a teoria mais ajustada à realidade do direito administrativo sancionador é a da equivalência dos antecedentes causais (conhecida também como teoria da *conditio sine qua non*),⁶⁰⁴ aplicada na responsabilidade penal, nos termos expressos do art. 13 do Código Penal.⁶⁰⁵ Por essa teoria todos os eventos anteriores ao resultado se equivalem, razão pela qual a investigação do nexo de causalidade deve considerá-los, a fim de identificar aqueles que teriam sido imprescindíveis para a produção do resultado.

Para tanto, deve-se percorrer o processo hipotético de eliminação de Thyrén, segundo o qual se deve eliminar, mentalmente, o evento que se suspeita ser causa do resultado e avaliar se, nesta hipótese, o resultado se modificaria ou até mesmo desapareceria. Se a resposta for sim, conclui-se que o evento deu causa ao resultado.

Conforme reconhecido pela doutrina, tanto penal quanto civil, a crítica de que essa teoria conduziria ao regresso infinitivo na cadeia de condutas é superada pela exigência de se considerar causa do resultado apenas aquelas condutas que, além de demonstrarem uma relação de causa e efeito no mundo naturalístico, tenham sido praticadas com dolo ou culpa.⁶⁰⁶

⁶⁰³ Anderson Schreiber observa que as limitações da aplicação da teoria dos danos diretos e imediatos, no âmbito da própria responsabilidade civil, tem levado os Tribunais a buscar outros critérios para a identificação do nexo de causalidade. Exemplifica com o caso do dano sexual que atinge um dos cônjuges em virtude de erro médico do qual o outro cônjuge foi vítima, hipótese na qual o dano sexual sofrido pelo cônjuge saudável tem causa remota e não direta e imediata (**In**: SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 61).

⁶⁰⁴ Cf., entre outros: GRECO, Rogério. Op. cit., p. 231.

⁶⁰⁵ Código Penal: Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

⁶⁰⁶ Nesse sentido, na seara penal, cf: JESUS, Damásio E. de. Op. cit., p. 220. Na esfera cível, cf: SCHREIBER, Anderson. Op. cit., p. 57. Este último autor reconhece que a teoria da equivalência dos antecedentes causais, quando aplicada ao direito penal, não corre o risco do regresso infinito, exatamente em virtude da limitação imposta pela exigência de dolo ou culpa, mas entende que, na responsabilidade civil, seria inadequado aplicar referida teoria.

Na doutrina penal, há ainda duas teorias que têm sido mencionadas para eliminar qualquer possibilidade de regresso infinito. Uma delas diz respeito à cláusula *ceteris paribus*, segundo a qual dentre os eventos que, no mundo dos fatos, deram causa ao resultado devem ser desconsiderados aqueles cuja relação causal ocorreu apenas no momento na ação, mas não se manteve no momento do resultado, em virtude de novos desdobramentos causais.⁶⁰⁷

A outra é a teoria da imputação objetiva que, segundo Cezar Roberto Bitencourt, não busca substituir nem eliminar a teoria das condições *sine qua non*, mas sim “reforçar, do ponto de vista normativo, a atribuição de um resultado penalmente relevante a uma conduta”. Referida teoria trabalha com o denominado do princípio do risco elaborado por Claus Roxin no âmbito de sua teoria geral da imputação, no sentido de que há um risco permitido e um risco proibido. Por esse princípio, o resultado não pode ser imputado ao agente se: a) diminuiu o risco não permitido; b) não criou um risco juridicamente relevante; c) não aumentou o risco permitido; e d) o resultado produzido não é alcançado pela esfera de proteção da norma.⁶⁰⁸

Ainda sobre o nexo de causalidade é de grande importância para o direito administrativo sancionador e, particularmente, para a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas a regra estabelecida no §1º do art. 13 do Código Penal, no sentido de que “A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

Trata-se de regra com grande utilidade e aplicação, especialmente pela circunstância mencionada anteriormente de a Administração Pública ser procedimental, o que significa dizer que o produto de sua atuação é sempre obra de uma sucessão de condutas praticadas por vários agentes públicos, cada qual com suas atribuições e especialidades, níveis hierárquicos distintos e, às vezes, até mesmo lotados em órgãos ou entidades distintas. Exemplo clássico e rotineiro é o processo de contratação pública do qual participam diversos agentes públicos, desde aquele que apresenta a demanda pela contratação até a autoridade competente que homologa o resultado do certame licitatório e assina o contrato.

Por fim, importante observar que, conforme noticiam Enterría e Fernández, na Europa há algumas divergências em torno da aplicação do nexo de causalidade ao direito administrativo sancionador, pois a Espanha e alguns outros países adotam a teoria da

⁶⁰⁷ TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 378-379.

⁶⁰⁸ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 254-255.

causalidade adequada, ao passo que na França há vários julgados em que se adotou a teoria da equivalência dos antecedentes causais.⁶⁰⁹ No Brasil, Fábio Medina Osório parece ser favorável à adoção, em sede de improbidade administrativa, da teoria da causalidade adequada combinada com a teoria da imputação objetiva.⁶¹⁰

Como se vê, as divergências se limitam à teoria da equivalência das condições *sine qua non* e à teoria da causalidade adequada, não havendo, portanto, controvérsias quanto à não aplicação ao direito administrativo sancionador da teoria civilista dos danos diretos e imediatos. Por se tratar de teoria mais rica e sistemática, entendemos que a teoria das condições *sine qua non* é a mais indicada para ser aplicada no âmbito dos Tribunais de Contas, combinada com a teoria da imputação objetiva, de forma complementar.

Por fim, é de se mencionar a existência de causas excludentes do nexo de causalidade que, segundo a doutrina, são o caso fortuito e a força maior, a culpa exclusiva da vítima e o fato de terceiro, cujo ponto em comum é o fato de serem causas cuja origem ou é um evento da natureza imprevisível ou, embora previsível, inevitável, ou um evento humano decorrente de conduta de outra pessoa determinante para a produção do resultado, seja a própria vítima, seja um terceiro sem relação com o desdobramento natural dos fatos.⁶¹¹

3.5. Incidência das excludentes de ilicitude na responsabilização pelos Tribunais de Contas

Aplicam-se à responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas as excludentes de ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal, relativas ao estado de necessidade, à legítima defesa, ao estrito cumprimento de dever legal e ao exercício regular de direito.

Pelo art. 24 do Código Penal, “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável

⁶⁰⁹ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. Vol. II. 13. ed. Tradução: José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 414. A teoria da causalidade adequada é um juízo de probabilidade que se busca fazer sobre as possíveis causas do ilícito, eliminando-se aquelas condutas que sejam de menor relevância para a produção do resultado. Sobre o assunto, confira, no Brasil, entre outros: PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 78-79.

⁶¹⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. Op. cit., p. 255.

⁶¹¹ CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. cit., p. 63-66.

exigir-se”. Mas, consoante o seu §1º, “Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo”.

Há precedente no TCU que isentou de responsabilidade prefeito de município pequeno de Estado situado na região do polígono das secas, e que passava por processo de desertificação e erosão de solos, que aplicou em finalidade diversa da pactuada os recursos repassados mediante convênio pela União ao município, por entender que o prefeito agiu em estado de necessidade ao usar os recursos para a perfuração de poços artesianos, em virtude da seca, e não na finalidade ajustada no convênio.⁶¹²

Por outro lado, segundo o art. 25 do Código Penal, “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”. Na linha da doutrina que admite a legítima defesa do patrimônio, é de se admitir também a legítima defesa do patrimônio público como causa excludentes de ilicitude.⁶¹³

Em relação ao estrito cumprimento do dever legal, o Tribunal de Contas do Distrito Federal, em decisão de 2004, firmou entendimento de que, em relação aos sinistros de trânsito que envolvam viaturas policiais, a responsabilização do policial por eventual dano que venha a causar ao erário, decorrente de colisão da viatura, depende, além da demonstração da culpa, também da “circunstância de que o apontado responsável não agia no estrito cumprimento do dever legal ou que expôs o bem público a riscos irrazoáveis, estranhos à atividade policial, ou,

⁶¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1.854/2014**. Ementa: RECURSO DE REVISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CHAMAMENTO AOS AUTOS DE EMPRESA BENEFICIÁRIA DE RECURSOS FEDERAIS PARA FINS DE FIXAÇÃO DE SOLIDARIEDADE. CONDENAÇÃO PRETÉRITA DO EX-PREFEITO EM DÉBITO E MULTA PROPORCIONAL AO DANO. MUNICÍPIO DE GILBUÊS. CARACTERÍSTICAS E ORÇAMENTO. JURISPRUDÊNCIA DO TCU À ÉPOCA DOS FATOS. NUMEROSAS PROVAS INDICIÁRIAS CONVERGENTES NO SENTIDO DA APLICAÇÃO DAS VERBAS DA UNIÃO EM OBRAS DE PERFURAÇÃO DE POÇOS ARTESIANOS. AUSÊNCIA DE PROVA DE INIDONEIDADE DOCUMENTAL. ESTRANHEZAS QUANTO A PRAZOS NÃO CONFIRMADAS SEGUNDO PARÂMETROS TÉCNICOS. EVIDENTE CARÁTER MERITÓRIO DAS OBRAS. MUNICÍPIO COM FORTE INCIDÊNCIA DE SECA E DESERTIFICAÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE POR AGRAVAMENTO. [...] CONTAS REGULARES COM RESSALVAS. ARQUIVAMENTO. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 16 de julho de 2014. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1854%2520ANOACORDAO%253A2014%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 29 out. 2022.

⁶¹³ GRECO, Rogério. Op. cit., p. 364.

ainda, inexigíveis para a situação de serviço em que se encontrava no momento do acidente”.⁶¹⁴

3.6. Culpabilidade e suas excludentes na responsabilização pelos Tribunais de Contas

3.6.1. Excludentes de culpabilidade

No capítulo 2, ao tratar do princípio da culpabilidade, como um dos princípios constitucionais do direito público sancionador, foram enfatizadas as três dimensões ou funções da culpabilidade: primeira, como fundamento da pena; segunda, como limite ou medida da pena; terceira, como impeditiva da responsabilidade objetiva e, por consequência, exigente da responsabilidade subjetiva.⁶¹⁵

Neste capítulo 3, discorreremos nos tópicos anteriores sobre a terceira dimensão ou função do **princípio** da culpabilidade, ao tratarmos do fato ilícito, da conduta e do nexo de causalidade, na condição de elementos da responsabilidade subjetiva. Nesta oportunidade, cuidaremos de abordar a culpabilidade propriamente dita na perspectiva das suas duas primeiras dimensões ou funções, como fundamento da pena e também seu limite.

Culpabilidade é a reprovabilidade da conduta, a sua censurabilidade, por ter o seu autor agido de modo contrário ao direito quando, nas circunstâncias em que se encontrava, era razoável exigir que agisse conforme o direito. Trata-se de juízo externo à conduta, mas sobre a conduta típica e antijurídica. Ou seja, conduta que se subsumiu aos elementos do tipo e que obrou contrariamente ao modal deontico, ao fazer o que era proibido ou deixar de fazer o que era obrigatório. Daí se dizer que é típica e antijurídica, o que demanda, como passo seguinte, a análise da culpabilidade.

Em regra, o autor da conduta típica e antijurídica é culpável, ou seja, praticou conduta que é também reprovável. As exceções ficam por conta das excludentes de culpabilidade, que são hipóteses, na sua quase totalidade, previstas no Código Penal, segundo as quais a conduta,

⁶¹⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal (Plenário). **Decisão ordinária nº 4423/2004**. Ementa: Tomada de contas especial instaurada pela Polícia Militar do Distrito Federal PMDF para apurar responsabilidades por danos causados, em decorrência de acidente de trânsito, à viatura oficial. Relator: Conselheiro-Substituto José Roberto Paiva Martins, 30 de setembro de 2004. Diário Oficial do Distrito Federal, p. 19, 11 out. 2004.

⁶¹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 73-74; GRECO, Rogério. Op. cit., p. 94-96.

embora típica e antijurídica, não deve ser considerada reprovável. Essas hipóteses são a inimputabilidade, a ausência de potencial conhecimento da ilicitude e a inexigibilidade de conduta diversa que, por sua vez, se manifesta nos casos de coação moral irresistível, obediência hierárquica e nas causas supraleais de exclusão de culpabilidade.

A excludente de culpabilidade por inimputabilidade está prevista no art. 26 do Código Penal, segundo o qual “É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”. Trata-se de hipótese rara no âmbito da Administração Pública, tendo em vista que a “aptidão mental” é pressuposto da investidura em cargo público, a exemplo do que prevê o Estatuto do Servidor Público Federal (Lei nº 8.112/1990), mas não é impossível de acontecer, porquanto a inaptidão mental pode ser superveniente à investidura, mas anterior ao afastamento do agente público do cargo, mediante licença, para tratamento de saúde e, se for o caso, posterior aposentadoria por invalidez, nos termos do art. 188, §1º, da Lei nº 8.112/1990.

O §1º do art. 28 do Código Penal prevê ainda outra hipótese de inimputabilidade, ao estabelecer que “É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

O potencial conhecimento da ilicitude, a seu turno, está previsto no art. 21, cujo teor do *caput* é no sentido de que “O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço”. O parágrafo único, por sua vez, dispõe que “Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência”.

Como se vê, o que autoriza o reconhecimento da excludente de culpabilidade não é o desconhecimento da lei, mas sim a ausência de potencial conhecimento da ilicitude. Cuida-se, nessa hipótese, de erro de proibição escusável, ou seja, aquele que o homem médio também cometeria se estivesse nas mesmas circunstâncias. Por outro lado, fica excluída dessa hipótese o denominado erro de tipo, pois, nos termos do art. 21 do Código Penal, “O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposos, se previsto em lei”.

O erro de proibição é extremamente frequente na Administração Pública, por diversas razões, tais como, a proliferação de normas jurídicas, o que desafia qualquer ser humano a conseguir acompanhar a sua evolução e compreender rapidamente o seu teor, a multidisciplinariedade dos assuntos, a procedimentalização da Administração Pública e, por consequência, a segregação de funções, de modo que o resultado é, quase sempre, produto de uma sequência de condutas na qual o autor da conduta superveniente confia nas informações que lhe foram passadas pelos autores das condutas antecedentes, ainda que, não necessariamente, tenha compreensão suficiente para tanto.

Por essas razões, a avaliação das condutas dos agentes públicos na perspectiva do erro de proibição é importante para evitar injustiças. Tome-se o exemplo de uma lei nova, com tímida doutrina sobre o assunto ou até mesmo inexistente e sem ainda qualquer precedente formado seja por tribunais do Poder Judiciário ou Tribunais de Contas. Nesses casos, os gestores públicos e, principalmente, os advogados públicos terão de aplicar a lei tão logo entrar em vigor, pois não poderão se recusar a praticar ato de ofício sob o argumento de que estão aguardando o surgimento de precedentes ou a lançamento de trabalhos doutrinários que ajudem a elucidar as dúvidas naturais que uma nova legislação provoca.

Supondo, metaforicamente, que a Administração Pública seja uma bicicleta, o gestor público tem de tentar resolver todos os problemas e dúvidas sem dela descer e, a depender do assunto, sequer poderá pedalar em ritmo mais lento, sob pena de comprometimento da efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos que dependem da prestação de serviços públicos.

É inaceitável, por exemplo, que o administrador de um hospital público deixe faltar produtos hospitalares porque está com dúvida sobre alguns comandos normativos da nova lei de licitações e, por se julgar muito prudente e diligente, decide aguardar orientações seguras da doutrina e da jurisprudência, a fim de não correr o risco de errar. Aquele que assim agir estará sujeito a incorrer no crime de prevaricação previsto no art. 319 do Código Penal, que define o tipo incriminador da seguinte forma: “Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano”.

Situação muito frequente é a do gestor, portanto, que age amparado em parecer técnico ou jurídico, cujo teor escapa ao seu potencial conhecimento sobre o tema, o que significa reconhecer a sua absoluta ausência de condição de identificar algum erro contido no parecer.

Nesses casos, se, ao seguir a orientação do parecerista, vier a praticar um ilícito, poderá ser isento de sanção, sob o fundamento da ausência de potencial conhecimento da ilicitude. *A contrario sensu*, se o parecer contiver erro evidente, grosseiro, perceptível aos olhos do homem de diligência comum, ordinária, e o gestor seguir a sua orientação, responderá pelo resultado ilícito que ao final produzir.

Isso significa que há um risco inerente à atividade administrativa que precisa ser enfrentado e gerenciado pelo agente público, mas, por outro lado, é preciso que os órgãos de controle considerem essa realidade e apliquem o direito ao caso concreto à luz, entre outros, das excludentes de culpabilidade, em especial, o potencial conhecimento da ilicitude e o erro de proibição.

Em relação à coação moral irresistível e à obediência hierárquica, o art. 22 do Código Penal estabelece que “Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”.

A coação moral, como o próprio nome indica, não envolve coação física, pois esta exclui a própria conduta, por retirar da ação da vítima a voluntariedade. A coação moral é uma possibilidade sempre presente na Administração Pública. E quanto menos estruturada for a instituição pública, sem carreira organizada, sem o cultivo de valores institucionais, tanto maior será o risco de haver coação moral, especialmente sobre ocupantes de cargos em comissão.

A avaliação da coação moral pelos Tribunais de Contas apresenta dificuldade semelhante à que ocorre no Poder Judiciário. Primeiro, porque não é fácil provar a coação moral que, em regra, é realizada de modo velado ou verbal. Segundo, porque o juízo sobre a irresistibilidade também não é simples. Não provada a coação moral, ainda que por meio de provas indiciárias, sequer há que se passar ao exame da resistência ou não.

Questão interessante é saber se é irresistível a coação moral sofrida por subordinado que pratica ato ilícito para não perder o cargo em comissão ou, no caso do ocupante de cargo efetivo, não perder a função comissionada ou ainda não sofrer alguma retaliação. A resposta, embora possa partir do parâmetro do homem comum, requer avaliação individualizada tanto das condições da vítima quanto da própria ameaça, a fim de apurar o que era razoável exigir da vítima da coação.

Há, no entanto, zonas de certeza que podem ser identificadas como ponto de partida. Por exemplo, ocupantes de cargo efetivo, em regra, têm melhores condições de resistir, pois não correm o risco de perdê-lo tão facilmente quanto o ocupante de cargo em comissão, já que este é demissível *ad nutum*, ao passo que aquele somente perde o cargo após processo administrativo disciplinar.

A avaliação das circunstâncias, portanto, é essencial porque, há casos em que o nível de vulnerabilidade social da vítima é tão profundo que a perda do cargo em comissão pode significar inclusive o comprometimento da sua subsistência e da sua família, com o atingimento do mínimo existencial. Aqui, uma vez mais, é preciso ter em mente o princípio da dignidade da pessoa humana, com base no qual até mesmo o Código Civil admite a redução equitativa da indenização, se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

Por outro lado, há casos em que o subalterno cede à coação moral para evitar a perda do cargo em comissão, embora seja pessoa de confortável condição social e preparo profissional, de modo que teria plenas condições de conseguir outro cargo em comissão em outra localidade da Administração Pública, como também teria outras opções de vida, como ingressar no serviço público mediante concurso ou ir para a iniciativa privada.

Nesses casos, somente uma coação moral muito grave justificaria reconhecê-la como irresistível, a exemplo de uma ameaça de morte, pois não é razoável admitir como irresistível uma coação moral que não seja grave. Não é razoável admitir, como regra, que todo ocupante de cargo em comissão deve ceder a eventuais coações morais para manter o seu cargo, especialmente quando seu ocupante não se encontra em situação de intensa vulnerabilidade social.

Em relação à obediência hierárquica, somente é de se reconhecer essa excludente de culpabilidade quando a ordem não for manifestamente ilegal, o que requer avaliação individualizada, pois, a depender de quem seja o destinatário da ordem, a ilegalidade manifesta pode não lhe parecer tão evidente. É importante nunca esquecer das imensas assimetrias presentes na realidade da Administração Pública brasileira, especialmente em relação a diversos municípios pequenos marcadamente carentes de toda ordem de necessidades.

Por último, há as causas supralegais de exclusão de culpabilidade fundadas na inexigibilidade de conduta diversa. Trata-se de hipótese que não raras vezes ocorre na Administração Pública em que o gestor se depara com o desafio de ter de escolher a opção menos pior, muitas vezes entre duas que, igualmente, ofendem o ordenamento jurídico.

No TCU, há diversos precedentes sobre o assunto, dos quais merece destaque o Acórdão nº 2.399/2008 – Plenário, prolatado em sede de representação formulada pelo Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU, versando sobre possíveis irregularidades relacionadas às soluções orçamentárias e financeiras adotadas pela AEB para viabilizar a participação do astronauta brasileiro no 29º voo tripulado à Estação Espacial Internacional, a bordo da nave russa Soyuz. Naquela assentada, o Tribunal acolheu a proposta do relator, que isentou de responsabilidade o gestor por entender que não lhe era exigível conduta diversa. Nas palavras do relator:

Observo que, no presente concreto, houve verdadeira excludente de culpabilidade materializada na inexigibilidade de conduta diversa. Eis que o gestor teve de optar entre desobedecer momentaneamente a legislação orçamentária ou cumpri-la rigorosamente mas acarretando, neste caso, indesejável dano ao Erário consubstanciado no afastamento do astronauta brasileiro do programa espacial com a perda dos valores públicos até então aplicados. E, no caso concreto, a conduta esperada por parte do gestor não poderia ser outra; ele teria de escolher a primeira opção.⁶¹⁶

3.6.2. Extensão das excludentes de culpabilidade na responsabilização pelos Tribunais de Contas

Portanto, constatada alguma das excludentes de culpabilidade, os Tribunais de Contas devem isentar de sanção o agente. Todavia, coerente com o que se defendeu ao longo deste trabalho, no sentido de que o direito penal se aplica, ainda que com matizes, também nos casos de condenação à reparação de dano e nos de julgamento pela irregularidade das contas, o reconhecimento de uma excludente de culpabilidade impede, portanto, a imputação de responsabilidade pelo dano ao erário e o julgamento pela irregularidade das contas.

⁶¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2.399/2008**. Ementa: REPRESENTAÇÃO. FALTAS NA GESTÃO ORÇAMENTÁRIO-FINANCEIRA. AUDIÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DO CASO CONCRETO. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. AFASTAMENTO DA PENALIDADE. CONHECIMENTO. DETERMINAÇÕES CORRETIVAS. Relator: Min.-Subst. André de Carvalho, 29 de outubro de 2008. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2399%2520ANOACORDAO%253A2008%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 4 nov. 2022.

A razão para tanto, conforme se afirmou anteriormente, mas convém reiterar nesta oportunidade, reside no fato de o juízo sobre a conduta do agente público anteceder o juízo sobre a existência do dano ou sobre as contas do gestor, tendo em vista que o dano ao erário e a irregularidade das contas são consequentes lógicos da antecedente conduta merecedora de reprovação, a retratar a ocorrência de descumprimento de deveres funcionais, com potencial repercussão na vida profissional do agente público e no bom funcionamento da Administração Pública.

A Lei Orgânica do TCU evidencia o que ora se sustenta ao dispor sobre as hipóteses em que as contas devem ser julgadas irregulares, todas decorrentes diretamente de uma conduta humana, como não poderia deixar de ser. Eis o teor da norma:

Art. 16. As contas serão julgadas:

- I - regulares, quando expressarem, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável;
- II - regulares com ressalva, quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário;
- III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências:
 - a) omissão no dever de prestar contas;
 - b) prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial;
 - c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;
 - d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

Portanto, o julgamento das contas realizado pelos Tribunais de Contas não pode ser confundido com os pareceres das empresas de auditoria independente sobre balanços e demonstrações contábeis. Cortes de Contas analisam também a contabilidade do Poder Público e apontam inconsistências, mas o julgamento das contas do agente público pela irregularidade somente pode ocorrer se o Tribunal de Contas indicar o fato típico, antijurídico e culpável que lhe fundamenta.

Desse modo, se o Tribunal de Contas reconhecer que a conduta foi praticada ao amparo de uma excludente de culpabilidade, significa que não é reprovável. E, se não é reprovável, não há fundamento jurídico para impor ao autor da conduta as consequências de fato e de direito do seu ato que, ordinariamente, deveriam lhe ser imputadas. Aplica-se, aqui, o se disse anteriormente, no sentido de que há um risco inerente à atividade administrativa que autoriza a não imputação de responsabilidade ao agente nessas hipóteses.

A contrario sensu, se o Tribunal de Contas concluir que o agente praticou o ato ilícito sem estar amparado em qualquer das excludentes de culpabilidade, isso significa que é culpável, sua conduta foi reprovável e, portanto, merece ser punido e sofrer as demais consequências relativas à obrigação de reparar o dano e ao julgamento pela irregularidade das contas. Bem, essa é, ao menos, a conclusão que se extrai da aplicação da teoria normativa pura da culpabilidade que, até pouco tempo, era admitida no direito penal com poucas contestações.

3.6.3. Novas leituras da culpabilidade no direito administrativo sancionador e sua aplicação aos Tribunais de Contas

No entanto, no direito penal, tem-se intensificado as discussões em torno do tema. Isso porque, como se afirmou antes, duas das três funções da culpabilidade são a de servir de fundamento da pena e de limite e medida de pena, de modo que essas duas funções andam juntas, sendo uma decorrente da outra, o que, na prática, significa dizer que, reconhecida a culpabilidade do agente, há fundamento para se aplicar a pena que, consequentemente, deve ser aplicada.

A partir do surgimento da teoria funcional da culpabilidade, passa-se a defender a cisão dessas funções, a fim de permitir que, mesmo diante do reconhecimento da culpabilidade do agente, o que significa, portanto, haver fundamento para a imposição da pena, seja possível um segundo juízo autônomo desta feita relativo ao limite ou medida da pena, a partir de considerações político-criminais.⁶¹⁷

Isso porque a teoria normativa pura da culpabilidade, em virtude da teoria finalista da ação, embora tenha realizado o deslocamento do dolo e da culpa para a conduta e não mais como elemento da culpabilidade, trata a culpabilidade exclusivamente como juízo de valor, sem qualquer consideração político-criminal, e com características marcadamente retributivas.

O tratamento autônomo dessas duas funções da culpabilidade, quais seja, como fundamento da pena, de um lado, e como limite e medida de pena, de outro, trouxe duas consequências: primeira, a manutenção da teoria normativa pura no tocante à primeira função, como fundamento da pena; segunda, o desafio de encontrar um critério consistente para a aplicação da pena segundo considerações político-criminais.

⁶¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 490-493.

Em decorrência, a doutrina aponta propostas de vários autores funcionalistas, tais como Claus Roxin, segundo o qual o critério deve ser a necessidade preventiva da pena, e Günther Jakobs, que também na perspectiva da necessidade preventiva da pena sustenta que a decisão sobre punir ou não deve ser tomada a partir da avaliação sobre a necessidade de se manter a confiança na norma violada por parte da sociedade, o que condicionaria essa decisão a uma avaliação sobre as “expectativas sociais para o restabelecimento da confiança normativa”. As teorias funcionalistas, no entanto, não têm sido bem aceitas no direito penal, dado o seu viés pragmático ou até mesmo utilitarista, na visão de alguns.⁶¹⁸

Ora, conforme se demonstrou anteriormente, a aplicação do princípio da culpabilidade ao direito administrativo sancionador é amplamente admitida pela doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, por se reconhecer que se trata de princípio não exclusivo do direito penal, mas pertencente ao direito público sancionador, como necessário instrumento jurídico a pautar o exercício do *jus puniendi* estatal em suas mais variadas manifestações.⁶¹⁹

Mas aqui parece ser mais um caso no qual a importação de institutos do direito penal tem merecido ajustes, em face das distintas características do direito administrativo sancionador. Especialmente no campo regulatório, a doutrina tem ressaltado uma diferença importante entre o direito administrativo sancionador e o direito penal, no sentido de que aquele se preocupa com a conformação das condutas dos particulares, ao passo que este tem por finalidade castigar o autor da ofensa, o que significa dizer que o direito administrativo sancionador tem um olhar “eminentemente prospectivo e conformativo, dissociado de um juízo de condenação moral”, ao passo que o direito penal tem um olhar retrospectivo, fundado na “reprovação ético-social da conduta do infrator”.⁶²⁰

Por essa razão, a doutrina nacional e estrangeira do direito administrativo sancionador tem admitido o tratamento funcional da sanção, por considerar que, antes de tudo, o direito administrativo sancionador é direito administrativo que rege uma Administração Pública voltada às finalidades públicas, motivo pelo qual os instrumentos colocados à sua disposição, inclusive a sanção administrativa, devem ser usados considerada essa perspectiva, a fim de que sejam produzidos os “incentivos adequados à conformação da conduta dos particulares em vista desses interesses, sob os menores custos”.⁶²¹

⁶¹⁸ Ibidem, p. 493.

⁶¹⁹ NIETO, Alejandro. Op. cit., p. 371 e ss; OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. Op. cit., p. 425 e ss; MELLO, Rafael Munhoz de. Op. cit., p. 184 e ss.

⁶²⁰ VORONOFF, Alice. Op. cit., p. 102.

⁶²¹ Ibidem, p. 117. No mesmo sentido: NIETO, Alejandro. Op. cit., p. 182.

Resta saber se no caso dos Tribunais de Contas essa nova leitura da culpabilidade poderia ser aplicada, de modo a permitir o seu uso funcional, o que repercutiria na resposta a ser dada pela Corte de Contas. A pergunta se justifica pelo fato de os Tribunais de Contas não se encaixarem comodamente nem na realidade do direito penal nem na daquela do direito administrativo sancionador regulatório, mas, ao mesmo tempo, as Cortes de Contas terem alguns pontos de identificação com essas duas realidades, porquanto suas decisões atingem particulares que contratam com o Poder Público e afetam também agentes públicos em virtude da prática de atos reprováveis.

Ou seja, as decisões dos Tribunais de Contas que imputam responsabilidade ao agente público decorrem de um juízo de reprovação da sua conduta que atrai os olhares internos e externos à Administração Pública a quem foi considerado, no mínimo, negligente, imprudente, imperito ou até mesmo inidôneo. Situação, de certo modo, semelhante ocorre com a empresa privada atingida por decisão condenatória de Tribunal de Contas à reparação de dano ao erário, o que a submete ao risco de ser vista pelo mercado como ineficiente, de pouca credibilidade ou inidônea também.

Por outro lado, em virtude de sua competência para a realização de auditorias de natureza operacional, Tribunais de Contas têm um compromisso constitucional com o aperfeiçoamento da Administração Pública, seu funcionamento e suas relações com terceiros, das quais é fortemente dependente em virtude dos inevitáveis contratos que celebra com empresas privadas para a realização de obras públicas e prestação de serviços variados. E a colaboração dos Tribunais de Contas se dá por meio das determinações e recomendações que expedem.

Não obstante os Tribunais de Contas disporem da possibilidade de exarar determinações corretivas e recomendações, por vezes a sanção é o instrumento que se revela mais necessário, adequado e proporcional para produzir os efeitos de prevenção específica e de prevenção geral relativamente à repetição do ilícito.⁶²² Conforme bem observa José Maurício Conti, “Punir nem sempre é o melhor caminho para melhorar as coisas, mas, muitas

⁶²² Estudo realizado no âmbito do departamento de economia da Universidade de Berkeley concluiu que o aumento das sanções e da probabilidade de os autores de ilícitos serem descobertos são as medidas mais eficazes no combate à corrupção. In: AVIS, Eric; FERRAZ, Cláudio; FINAN, Frederico. **Do Government Audits Reduce Corruption? Estimating the Impacts of Exposing Corrupt Politicians**. Disponível em: <https://eml.berkeley.edu/~ffinan/Finan_PoliticalSelection.pdf>

vezes, é necessário, e os Tribunais de Contas têm muitos instrumentos para isso”.⁶²³ O desafio é encontrar o equilíbrio entre essas possibilidades.

Consideradas essas características e analisada a matéria à luz das leis orgânicas dos Tribunais de Contas e da sua prática, é forçoso reconhecer que, de certo modo, o uso funcional da culpabilidade já vem sendo usado há algum tempo, ainda que timidamente. Isso porque, nos termos do inciso II do art. 16 da Lei Orgânica do TCU, por exemplo, as contas serão julgadas regulares com ressalva, “quando evidenciarem impropriedade ou qualquer outra falta de natureza formal de que não resulte dano ao Erário”.

No entanto, a compreensão que tem sido dada pelo TCU a esse dispositivo é de maior alcance, a fim de contemplar não apenas falhas formais, mas também irregularidades de menor relevância e materialidade ou que envolvam soluções de maior complexidade sobre as quais se requer tempo mais logo. Nesse sentido, o TCU já decidiu, diversas vezes, que, para fins de avaliação do julgamento das contas, as irregularidades constatadas em uma gestão devem ser consideradas em conjunto e, ainda quando não tenham sido cabalmente elididas, podem não ser suficientes para conduzir ao julgamento pela sua irregularidade, se não forem graves o bastante para macular toda a gestão da responsável.⁶²⁴

Entendemos, porém, que, dada a relevância da matéria, não devem os Tribunais de Contas se darem por satisfeitos. Ao contrário, o assunto requer amadurecimento e diálogo, a fim de que não sejam, desde logo, eliminadas as hipóteses que, ao longo do tempo, vierem a ser cogitadas na busca do aperfeiçoamento da atividade repressiva das Cortes de Contas.

3.7. Causas de extinção de punibilidade

O art. 107 do Código Penal prevê o seguinte relativamente às causas de extinção de punibilidade:

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

⁶²³ CONTI, José Maurício. **Levando o direito financeiro a sério: a luta continua** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Blucher, 2019, p. 320.

⁶²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 156/2020**. Ementa: RECURSO DE REVISÃO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. ANÁLISE DO IMPACTO DAS IRREGULARIDADES NA GESTÃO DOS ENVOLVIDOS. CONSIDERAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE ATENUANTES NO CASO CONCRETO. PROVIMENTO. Relator: Min. Vital do Rêgo, 29 de janeiro de 2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:156%20ANOACORDAO:2020%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em: 2 dez. 2022.

- I - pela morte do agente;
- II - pela anistia, graça ou indulto;
- III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;
- IV - pela prescrição, decadência ou perempção;
- V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
- VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
- VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
- IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

Neste tópico serão abordadas as causas de extinção de punibilidade relativas à morte e à prescrição, apenas, pelas seguintes razões.

As causas previstas nos incisos II e IX não se aplicam aos Tribunais de Contas, por ausência de previsão legal, pois não estão autorizados a conceder anistia, graça, indulto nem perdão. A causa prevista no inciso III já foi tratada quando abordamos o princípio da retroatividade benéfica, no capítulo 2. A decadência, prevista no inciso IV, tem regulação própria no art. 54 da Lei nº 9.784/1999, relativamente à anulação de atos administrativos, sem conexão, portanto, com a atividade repressiva dos Tribunais de Contas.

A perempção, também prevista no inciso IV, a hipótese do inciso V (renúncia do direito de queixa ou perdão aceito, nos crimes de ação privada), assim como a do inciso VI (retratação do agente, nos casos em que a lei a admite) não se aplicam aos processos dos Tribunais de Contas, seja por ausência de previsão legal, seja em face do princípio do impulso oficial e da sua competência para agir de ofício, o que significa ser a Corte de Contas quem impulsiona o processo, independentemente do autor da denúncia ou da representação querer ou não lhe dar continuidade. Protocolada representação ou denúncia no Tribunal de Contas, a matéria tem interesse público, diz respeito à tutela de direitos difusos e, portanto, não mais se submete aos interesses circunstâncias do seu autor nem à sua versão dos fatos, motivo pelo qual nem a renúncia nem o pedido de desistência nem a retratação impedem a sua continuidade.

Pelo contrário, exatamente pela presença de interesse público, os Tribunais de Contas têm o dever irrenunciável de examinar a matéria e somente poderá arquivar a denúncia ou a representação após a apuração dos fatos e o seu julgamento de mérito ou, antes disso, sem julgamento de mérito quando ficar demonstrado que não atendem aos seus pressupostos de admissibilidade, de ordem pública, dos quais não pode constar o interesse do autor da

denúncia ou representação, sob pena de condicionar o interesse público ao interesse de apenas um dos membros da sociedade.

3.7.1. Morte

A morte impede a imposição de sanção, nos termos do citado art. 107 do Código Penal que, por sua vez, decorre do princípio da pessoalidade da pena estabelecido no XLV do art. 5º da Constituição Federal, no sentido de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Depreende-se desse dispositivo que a morte do agente público não impede que o Tribunal de Contas imponha o dever de reparar o dano ao erário aos sucessores do seu causador, até o limite do valor do patrimônio transferido, assim como, nos termos do entendimento predominante no TCU, não impede o julgamento das contas do gestor falecido, por se tratar de ato de interesse não apenas do titular das contas, mas de toda a sociedade.⁶²⁵ Se o falecimento tiver ocorrido após o vencimento do prazo para a apresentação da defesa, o Tribunal considera válida a citação, pois assim já se terá completado o contraditório. Caso contrário, ou seja, se a morte tiver ocorrido antes da citação, o Tribunal a promoverá em relação ao espólio ou, se já tiver havido a partilha, aos herdeiros.⁶²⁶

⁶²⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 377/2017**. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL ORIGINADA DE REPRESENTAÇÃO DO TCE/PB. CONVÊNIOS E CONTRATOS DE REPASSE. DIRECIONAMENTO DA LICITAÇÃO E FRAUDE NO CERTAME. CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS DE FACHADA. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE OS RECURSOS REPASSADOS E AS OBRAS EXECUTADAS. CITAÇÃO. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DE UM RESPONSÁVEL E REVELIA DOS DEMAIS. CONTAS IRREGULARES. DÉBITO. MULTA. INABILITAÇÃO DOS GESTORES PARA EXERCÍCIO DE CARGOS EM COMISSÃO OU FUNÇÕES DE CONFIANÇA. INIDONEIDADE DAS EMPRESAS PARA LICITAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL. RELATÓRIO. Relator: Min. Bruno Dantas, 8 de março de 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:377%20ANOACORDAO:2017%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20. Acesso em: 10 nov. 2022.

⁶²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução nº 170/2004**. Art. 18-B. As citações e as notificações serão renovadas em nome do espólio ou dos herdeiros, caso o falecimento do responsável tenha ocorrido antes ou durante o prazo anteriormente concedido ao destinatário. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528Resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2529%2520NUMATO%253A170/score%2520desc/0/%2520. Acesso em: 10 nov. 2022.

3.7.2. Prescrição nos Tribunais de Contas

A prescrição nos Tribunais de Contas não tem regulamentação legal na esfera federal e em muitos estados, havendo, porém, outros que editaram leis sobre o assunto que envolve a aplicação do § 5º do art. 37 da Constituição Federal, segundo o qual “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

A rigor, por estarmos tratando de causas de exclusão de punibilidade, a abordagem deveria se restringir apenas à prescrição das sanções aplicadas pelo Tribunal. No entanto, será abordada também a prescrição da pretensão ressarcitória, tendo em vista a íntima relação com a prescrição da pretensão punitiva, ao menos em relação à forma como o STF tem tratado a questão, motivo pelo qual a análise será conjunta.

Em relação à prescrição da pretensão ressarcitória, a controvérsia era sobre o alcance da expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, contida na parte final do citado §5º do art. 37 da Constituição Federal, a fim de se saber se contemplava ou não as medidas e processos administrativos que imputavam responsabilidade pela obrigação de reparar o dano.

O TCU tinha entendimento predominante pela interpretação restritiva da citada expressão, que alcançaria apenas as ações judiciais. Por essa razão, o Tribunal entendia incidir a prescrição nos seus processos, cujo prazo era de 20 anos, por aplicação analógica do art. 177 do então vigente Código Civil de 1916, concernente ao prazo de prescrição das ações pessoais.⁶²⁷ A partir da entrada em vigor do atual Código Civil, em janeiro de 2003, a Corte de Contas passou a entender que o prazo de prescrição era de 10 anos, pela aplicação do seu art. 205, segundo o qual “A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor”.⁶²⁸

⁶²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Segunda Câmara). **Acórdão nº 8/1997**. Ementa: Tomada de Contas Especial. Convênio. MSD. Prefeitura Municipal de Campo Grande AL. Recurso de reconsideração contra acórdão que julgou as contas irregulares e fixou prazo para recolhimento do débito face à ocorrência de desvio de finalidade. Alegação de prescrição da dívida e de que os recursos foram utilizados na gestão do sucessor. Rejeição da defesa apresentada. Conhecimento. Negado provimento. Manutença do acórdão recorrido. - Considerações sobre prescrição para cobrança de débito em favor do Erário. Relator: Min. Adhemar Paladini Ghisi, 30 de janeiro de 1997. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A8%2520ANOACORDAO%253A1997%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁶²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Primeira Câmara). **Acórdão nº 1.727/2003**. Ementa: Tomada de Contas Especial. Recursos transferidos para a Prefeitura Municipal de Chalé/MG pelo Fundo Nacional de Saúde - FNS, por força do Convênio nº 074/92. Irregularidades na execução do objeto pactuado. Citação válida.

No entanto, em 2008, o STF, ao apreciar o Mandado de Segurança nº 26.210, decidiu serem imprescritíveis as pretensões ressarcitórias decorrentes de processos do TCU, ou seja, entendeu que a expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, prevista na parte final do §5º do art. 37 da Constituição Federal, alcançava os processos da Corte de Contas.⁶²⁹ Naquele mesmo ano, o TCU alinhou o seu entendimento ao do STF e passou a aplicar a imprescritibilidade aos seus processos relativamente à pretensão de ressarcimento de dano ao erário.⁶³⁰

Por outro lado, no tocante à prescrição da pretensão punitiva, até 2016 o TCU não tinha qualquer entendimento pacificado sobre o assunto. Mas no referido ano o Tribunal passou a entender que o prazo de prescrição da pretensão punitiva era de 10 anos por aplicação do art. 205 do Código Civil.⁶³¹

No entanto, no ano de 2016, o STF também começou a rever o seu entendimento sobre o alcance da expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, prevista na parte

Rejeição das alegações de defesa. Ausência de boa-fé. Irregularidade das contas. Débito. Multa. Remessa de cópia dos autos ao MPU. Relator: Min.-Subst. Augusto Sherman, 5 de agosto de 2003. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1727%2520ANOACORDAO%253A2003%2520COLEGIADO%253A%2522Primeira%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁶²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Mandado de Segurança nº 26.210**. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição. IV - Segurança denegada. Relator: Ricardo Lewandowski, 4 de setembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=553769>. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁶³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2.709/2008**. Ementa: INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO § 5º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. CONSONÂNCIA COM POSICIONAMENTO RECENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REMESSA DE CÓPIA DO ACÓRDÃO À COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA DO TCU. Relator: Min. Benjamin Zymler, 26 de novembro de 2008. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2709%2520ANOACORDAO%253A2008%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁶³¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 1.441/2016**. Ementa: INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. PRAZO PRESCRICIONAL DAS SANÇÕES APLICADAS PELO TCU. SUBORDINAÇÃO AO PRAZO GERAL DE PRESCRIÇÃO INDICADO NO ART. 205 DO CÓDIGO CIVIL, CONTADO A PARTIR DA DATA DE OCORRÊNCIA DA IRREGULARIDADE SANCIONADA. INTERRUÇÃO, POR UMA ÚNICA VEZ, COM A AUDIÊNCIA, CITAÇÃO OU OITIVA VÁLIDA. REINÍCIO DA CONTAGEM LOGO APÓS O ATO QUE INTERROMPEU A PRESCRIÇÃO. SUSPENSÃO DO PROCESSO QUANDO A MORA FOR IMPUTADA AO JURISDICIONADO. Relator: Min. Benjamin Zymler. Redator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 8 de junho de 2016. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1441%2520ANOACORDAO%253A2016%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 10 dez. 2022.

final do §5º do art. 37 da Constituição Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 669.069, no qual se apreciava o Tema 666 do regime de repercussão geral, e fixar a seguinte tese: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.⁶³²

Em 2017, o STF prolatou importante decisão sobre a prescrição da pretensão punitiva, mas que, conforme se verá, passou a ser invocada por alguns ministros para regular também a prescrição da pretensão ressarcitória. Trata-se do Mandado de Segurança nº 32.201, da relatoria do ministro Roberto Barroso que sustentou a aplicação da Lei nº 9.783/1999 diretamente nos processos do TCU, ou seja, sem precisar da analogia, sob o argumento de que referida lei “regula a ação punitiva da Administração Pública no exercício do poder administrativo sancionador – e não no exercício do poder de polícia, o qual abarca medidas preventivas de proteção de interesses públicos, mas não a aplicação de sanções”.⁶³³

O entendimento sustentado no Mandado de Segurança nº 32.201 foi impactante por ter elastecido o âmbito de aplicação da Lei nº 9.873/1999 que, até então, nos termos expressos da sua ementa, se restringia a estabelecer “prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta”. O ministro Roberto Barroso, justificou o seu entendimento nos seguintes termos:

Esse fundamento decorre do caráter geral da Lei nº 9.783/1999 em matéria de direito administrativo sancionador, sendo sua disciplina aplicável a qualquer ação punitiva da Administração Pública Federal, exceto àqueles âmbitos em que existente uma regulamentação própria. Explico.

É verdade que, por um lado, o art. 1º da referida lei alude à ação punitiva “no exercício do poder de polícia” e, por outro lado, a atuação do TCU examinada nestes autos não se qualifica, em sua acepção clássica, como exercício do poder de polícia – o qual se caracteriza apenas pela restrição da liberdade e da propriedade dos particulares em prol do interesse público. De fato, na atividade de controle externo, o TCU fiscaliza a própria atuação estatal em relação a gestores de recursos públicos.

⁶³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 669.069**. Ementa: CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Relator: Min. Teori Zavascki, 3 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10810061>. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁶³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança nº 32.201**. Ementa: Direito administrativo. Mandado de segurança. Multas aplicadas pelo TCU. Prescrição da pretensão punitiva. Exame de legalidade. 1. A prescrição da pretensão punitiva do TCU é regulada integralmente pela Lei nº 9.873/1999, seja em razão da interpretação correta e da aplicação direta desta lei, seja por analogia. 2. Inocorrência da extinção da pretensão punitiva no caso concreto, considerando-se os marcos interruptivos da prescrição previstos em lei. 3. Os argumentos apresentados pelo impetrante não demonstraram qualquer ilegalidade nos fundamentos utilizados pelo TCU para a imposição da multa. 4. Segurança denegada. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de março de 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13287495>. Acesso em: 10 dez. 2022.

Não obstante, já há algum tempo a doutrina tem conferido tratamento específico ao poder sancionador das entidades públicas, diferenciando-o do poder de polícia. Distinguem-se, assim, as limitações impostas com base no poder administrativo de polícia – o qual possui caráter de proteção preventiva de interesses públicos – das punições decorrentes do exercício de um autêntico poder administrativo sancionador, este sim de caráter repressivo. É dizer que o poder de polícia, nesse sentido estrito, não inclui a aplicação de sanções, atividade submetida, consoante compreensão mais recente, ao regramento jurídico próprio e específico do chamado direito administrativo sancionador.⁶³⁴

Consoante será demonstrado adiante, o entendimento firmado nesse Mandado de Segurança nº 32.201, embora tenha sido relativo à prescrição da pretensão punitiva, passou, especialmente a partir de 2021, a ser invocado, cada vez mais, por vários ministros para fundamentar também a prescrição da pretensão ressarcitória.

Em 2018, o STF novamente restringe o alcance da “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, prevista na parte final do §5º do art. 37 da Constituição Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 852.475, também com repercussão geral reconhecida, no Tema 897, no qual fixou a seguinte tese: “São imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa”.⁶³⁵

E no Recurso Extraordinário nº 636.886, correspondente ao Tema 999 do regime de repercussão geral, o STF, em 2020, analisou o alcance da expressão “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”, prevista na parte final do §5º do art. 37 da Constituição Federal em relação à pretensão executória decorrente de acórdão condenatório do TCU,

⁶³⁴ BRASI. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **Mandado de Segurança nº 32.201**. Voto do relator citado anteriormente.

⁶³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 852.475**. Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. A prescrição é instituto que milita em favor da estabilização das relações sociais. 2. Há, no entanto, uma série de exceções explícitas no texto constitucional, como a prática dos crimes de racismo (art. 5º, XLII, CRFB) e da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, CRFB). 3. O texto constitucional é expresso (art. 37, § 5º, CRFB) ao prever que a lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos na esfera cível ou penal, aqui entendidas em sentido amplo, que gerem prejuízo ao erário e sejam praticados por qualquer agente. 4. A Constituição, no mesmo dispositivo (art. 37, § 5º, CRFB) decota de tal comando para o Legislador as ações cíveis de ressarcimento ao erário, tornando-as, assim, imprescritíveis. 5. São, portanto, imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa. 6. Parcial provimento do recurso extraordinário para (i) afastar a prescrição da sanção de ressarcimento e (ii) determinar que o tribunal recorrido, superada a preliminar de mérito pela imprescritibilidade das ações de ressarcimento por improbidade administrativa, aprecie o mérito apenas quanto à pretensão de ressarcimento. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Redator para o acórdão: Min. Edson Fachin, 8 de agosto de 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749427786>. Acesso em: 10 dez. 2022.

oportunidade na qual fixou a seguinte tese: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”.⁶³⁶

Embora a decisão do Recurso Extraordinário nº 636.886 tenha sido prolatada em caso concreto relativo à fase de execução de acórdão condenatório do TCU, a fundamentação invocada pelo relator e demais ministros evidenciou o entendimento daquela Suprema Corte quanto ao abandono da tese da imprescritibilidade da pretensão ressarcitória sobre os processos da Corte de Contas, que o próprio STF havia inaugurado em 2008, no julgamento do citado Mandado de Segurança nº 26.210.

Não obstante a evolução jurisprudencial do STF, o TCU continuava a aplicar a imprescritibilidade para a pretensão ressarcitória e o prazo de 10 anos do art. 205 do Código Civil para a prescrição da pretensão punitiva. No entanto, em 2021, a evolução jurisprudencial aliada a diversas decisões monocráticas e algumas colegiadas das Turmas do STF que aplicaram a prescrição da pretensão ressarcitória aos processos do TCU, embora com prazos distintos, a depender do relator, levaram a Corte de Contas a retomar a discussão sobre o assunto que, dada a sua complexidade, ensejou vários pedidos de vista e adiamentos da sessão de julgamento, tendo, ao final, resultado no Acórdão nº 459/2022 por meio do qual o Tribunal decidiu pela constituição de grupo de trabalho com o objetivo de elaborar normativo que retratasse a jurisprudência do STF.⁶³⁷

⁶³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Recurso Extraordinário nº 636.886**. Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL. EXECUÇÃO FUNDADA EM ACÓRDÃO PROFERIDO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. ART. 37, § 5º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRESCRITIBILIDADE. [...] 4. A pretensão de ressarcimento ao erário em face de agentes públicos reconhecida em acórdão de Tribunal de Contas prescreve na forma da Lei 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal). 5. Recurso Extraordinário DESPROVIDO, mantendo-se a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição. Fixação da seguinte tese para o TEMA 899: “É prescritível a pretensão de ressarcimento ao erário fundada em decisão de Tribunal de Contas”. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 20 de abril de 2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753077365>. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁶³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 459/2022**. Ementa: TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DETERMINAÇÃO DE CONSTITUIÇÃO DE GRUPO DE TRABALHO PARA ELABORAÇÃO DE ESTUDOS E APRESENTAÇÃO DE PROJETO DE NORMATIVO COM A DISCIPLINA COMPLETA E DETALHADA DO TEMA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO RESSARCITÓRIA E DA PRETENSÃO PUNITIVA NO ÂMBITO DO TCU, TENDO POR BASE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO, NO ESTUDO QUE FUNDAMENTARÁ O PROJETO DE NORMATIVO, DO IMPACTO DAS NOVAS TESES DE PRESCRIÇÃO SOBRE AS RESPONSABILIDADES E DANOS APURADOS EM PROCESSOS DE CONTROLE EXTERNO EM ANDAMENTO NO TRIBUNAL, SOBRETUDO OS MAIS SENSÍVEIS, RELEVANTES E DE ALTA MATERIALIDADE. JULGAMENTO DO CASO CONCRETO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA TRADICIONAL DO TCU. IRREGULARIDADE DAS CONTAS. DÉBITO. MULTA. CIÊNCIA. Relator: Min. Raimundo Carreiro. Redator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 9 de março de 2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A459%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 10 dez. 2022.

Conforme constou do voto do relator, ministro Raimundo Carreiro, a dificuldade para se fixar um entendimento sobre o prazo prescricional, seu termo inicial e causas interruptivas decorria não apenas da inexistência de legislação sobre o tema, mas também da vacilante jurisprudência do STF sobre a prescrição da pretensão ressarcitória, ao menos até 2021, data em que as discussões foram retomadas no TCU, pois o STF chegou a contar com quatro teses distintas defendidas pelos seus ministros nas diversas decisões monocráticas que apreciaram pedidos de medida liminar em mandados de segurança impetrados contra decisões do TCU.

Aludidas teses sobre a prescrição da pretensão ressarcitória eram as seguintes: primeira, cinco anos a contar da data do fato, com base na Lei nº 9.873/1999; segunda, cinco anos a contar da apresentação da prestação de contas ou, nos casos em que não há o dever de prestar contas, a contar da ciência do fato pelo TCU, exceto no caso de ilícito administrativo que for também crime, hipótese na qual se aplica o prazo da lei penal, com base na Lei nº 9.873/1999 combinada com a Lei nº 8.429/1992 (antes da sua alteração pela Lei nº 14.230/2021); terceira, dez anos a contar da data do fato, com base no art. 205 do Código Civil; quarta, dez anos a contar da data final da prestação de contas, com base no art. 205 do Código Civil, mas considerando a natureza do direito financeiro relativo ao dever de prestar contas.

No entanto, no final de 2021, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509, da relatoria do ministro Edson Fachin, na qual apreciou a prescrição tanto da pretensão ressarcitória quanto da pretensão punitiva nos Tribunais de Contas.⁶³⁸

No caso concreto, a citada Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509 foi oferecida pelo procurador-geral da República em face de dispositivos da Constituição do Estado do Ceará e da Lei Estadual nº 12.160/1993.⁶³⁹ Referidos comandos normativos fixavam prazos

⁶³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509**. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. IMPUGNAÇÃO AOS ARTS. 76, §5º E 78, §7º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E PARCIAL DA LEI ESTADUAL Nº 12.160/1993. NORMAS QUE ESTABELECEM A OBSERVÂNCIA, PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS E DO ESTADO DO CEARÁ, DOS INSTITUTOS DA PRESCRIÇÃO E DA DECADÊNCIA NO EXERCÍCIO DE SUAS COMPETÊNCIAS. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO MODELO FEDERAL DE ALCANCE DA CLÁUSULA DE IMPRESCRITIBILIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 35-C, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO II. OFENSA AO ART. 75, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA. [...] 3. Pontualmente, a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência. Precedentes. Declaro a inconstitucionalidade do inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei do Estado do Ceará 12.160, de 1993. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. Relator: Min. Edson Fachin, 11 de novembro de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=759335445>. Acesso em: 10 dez. 2022.

⁶³⁹ Os dispositivos impugnados na ADI 5509 eram os seguintes: arts. 76, §5º e 78, §7º, da Constituição do Estado do Ceará, na redação dada pela Emenda Constitucional 76, de 21 de dezembro de 2012 e contra os arts. 35-A,

prescricionais para o exercício das competências de julgamento e apreciação do Tribunal de Contas do Estado do Ceará e do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, àquela época ainda existente.⁶⁴⁰

Nos termos do art. 35-C da Lei Estadual nº 12.160/1993, o prazo prescricional era de cinco anos. O seu parágrafo único, no entanto, previa dois termos iniciais distintos, a depender da situação: nos casos de contas de gestão e de governo, era a data de encerramento do prazo para encaminhamento da prestação de contas ao Tribunal; e nos demais casos, era a partir da data da ocorrência do fato.

O procurador-geral da República defendeu a inconstitucionalidade de todos os dispositivos impugnados na ação sob o argumento de que seria imprescritível o exercício das competências de julgamento e apreciação dos Tribunais de Contas, ainda mais quando houvesse dano ao erário.

Ao final, o STF entendeu pela constitucionalidade dos dispositivos impugnados, à exceção do inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei Estadual nº 12.160/1993, que foi declarado inconstitucional, sob o fundamento de que, ao estabelecer a data da ocorrência do fato como termo inicial da prescrição, contrariava o modelo federal relativo à prescrição nos Tribunais de Contas, modelo este que, na realidade, somente foi definido pelo STF neste mesmo julgamento. Com base no voto do relator, acolhido pela grande maioria dos demais ministros, é possível extrair os seguintes entendimentos do STF.

Primeiro entendimento do STF: o modelo federal relativo à prescrição, a partir da interpretação do §5º do art. 37 da Constituição Federal, é no sentido de que a única hipótese de imprescritibilidade é a da pretensão ressarcitória concernente a dano provocado por ato doloso de improbidade administrativa. A regra, portanto, é a prescrição.

Segundo entendimento do STF: a prescrição no TCU é, segundo expressão do próprio relator, regulada pela “aplicação conjugada da Lei 9.873, de 1999, com a Lei 8.443, de 1992 [Lei Orgânica do TCU] e o entendimento fixado pelo Tribunal, quando do julgamento RE 636.553”, o que significar dizer que o prazo prescricional é de cinco anos a

35-B, 35-C e 35-D da Lei 12.160/1993 do Estado do Ceará com a redação que lhes foi dada pela Lei n. 15.516, de 6 de janeiro de 2014

⁶⁴⁰ As atribuições do TCM-CE foram, posteriormente, assumidas pelo Tribunal de Contas do Estado do Ceará, em virtude da extinção daquele Tribunal pela Emenda Constitucional Estadual 92/2017, considerada constitucional pelo STF na ADI 5.763, rel. Min. Marco Aurélio (Tribunal Pleno, DJe 23.10.2019).

contar da data do vencimento do prazo para a apresentação da prestação de contas ou, não havendo o dever de prestar contas, da data do conhecimento do fato pelo TCU.

Conforme comentado anteriormente, a Lei nº 9.873/1999 “Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta”, mas teve o seu alcance ampliado pelo STF, a partir do citado julgamento do Mandado de Segurança nº 32.201, em 2017, e passou a ser invocada para reger a prescrição da pretensão punitiva e, mais adiante, passou a ser, paulatinamente, invocada por alguns ministros para reger também a prescrição da pretensão ressarcitória.

No Recurso Extraordinário nº 636.553, por sua vez, o STF apreciou o Tema 445 do regime da repercussão geral, oportunidade na qual fixou a seguinte tese: "Em atenção aos princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, os Tribunais de Contas estão sujeitos ao prazo de 5 anos para o julgamento da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, a contar da chegada do processo à respectiva Corte de Contas". A referência feita pelo relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509 a essa tese diz respeito ao termo inicial da contagem do prazo. Ou seja, defendeu o relator que, a contagem do prazo prescricional deve ter o mesmo termo inicial da contagem do prazo decadencial mencionado na aludida tese, qual seja, a entrada do processo no TCU.

O relator, ministro Edson Fachin, apresentou, entre outros, o seguinte fundamento para o seu entendimento de que o termo inicial do prazo de prescrição deve ser a contar da data do vencimento do prazo para a apresentação da prestação de contas ou, não havendo o dever de prestar contas, da data do conhecimento do fato pelo TCU:

Por isso, não se afigura razoável que o termo inicial para a fluência do lapso temporal dependa de providência que não esteja sob responsabilidade ou atribuição própria da Corte de Contas, sob pena de se premiar não apenas a conduta do gestor causador do dano, mas também a da autoridade supervisora desidiosa.

(...)

Finalmente, deve-se contar o prazo prescricional a partir da data do conhecimento da irregularidade nos casos em que, por iniciativa própria, o Tribunal realiza auditorias ou inspeções, assim como nos casos em que a ele são diretamente levadas as informações necessárias para a instauração de tomada de contas especial.

Os processos de tomada de contas especial no TCU têm representado, em média, aproximadamente 44% do estoque de processos da Corte.⁶⁴¹ E, em sua maioria, são tomadas de contas especiais constituídas fora do Tribunal, na própria Administração Pública, e, posteriormente, remetidas à Corte para julgamento. O caso mais comum e que representa a imensa maioria desses processos é a tomada de contas especial relativa a recursos repassados mediante transferências voluntárias da União para outro membro da Federação brasileira ou para entidades do terceiro setor.

Nesses casos, a prestação de contas a cargo do beneficiário dos recursos deve ser apresentada ao órgão repassador desses mesmos recursos, a quem incumbe a sua análise. Se aprovar as contas, nada é enviado ao TCU. No entanto, se não as aprovar ou se o beneficiário dos recursos não apresentar a prestação de contas, compete ao órgão repassador instaurar a tomada de contas especial e remetê-la ao Tribunal.

Como se vê, o TCU não tem controle sobre essa fase originária da tomada de contas especial, denominada fase interna. Essa é a razão pela qual o entendimento firmado na ADI nº 5509 é relevante. Caso contrário, em grande parte desses processos a prescrição já teria ocorrido quando desse entrada no TCU.

Há, ainda, fundamento jurídico relevante a justificar o termo inicial a partir do vencimento do prazo para a apresentação da prestação de contas, relativo ao fato de não ser razoável admitir o curso da prescrição a favor de quem sequer cumpriu a sua obrigação de prestar contas ainda. Trata-se de lógica incorporada em diversas leis para reger a prescrição quando há o dever de prestar contas.

Nesse sentido dispõem o art. 73, §§2º e 3º, da Lei nº 13.019/2014 (Lei das Parcerias Voluntárias),⁶⁴² o art. 37, §3º, da Lei nº 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos)⁶⁴³ e o art. 206,

⁶⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório Anual de Atividades do TCU: 2021**. Brasília: TCU, 2022, p. 61. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=ANEXO_SGT:ANEXOS:0::NO:1:P1_COD_ITEM:41. Acesso em: 7 out. 2022.

⁶⁴² Lei 13.019/2014: Art. 73. [...] § 2º Prescreve em cinco anos, contados a partir da data da apresentação da prestação de contas, a aplicação de penalidade decorrente de infração relacionada à execução da parceria. § 3º A prescrição será interrompida com a edição de ato administrativo voltado à apuração da infração.

⁶⁴³ Lei nº 9.096/1995: Art. 37. A desaprovação das contas do partido implicará exclusivamente a sanção de devolução da importância apontada como irregular, acrescida de multa de até 20% (vinte por cento). § 3º A sanção a que se refere o caput deverá ser aplicada de forma proporcional e razoável, pelo período de um a doze meses, e o pagamento deverá ser feito por meio de desconto nos futuros repasses de cotas do Fundo Partidário, desde que a prestação de contas seja julgada, pelo juízo ou tribunal competente, em até cinco anos de sua apresentação.

§3º, inciso VII, alínea b, e §4º, do Código Civil.⁶⁴⁴ Em todas essas hipóteses o legislador fixou como termo inicial do prazo de prescrição a data da apresentação da prestação de contas ou de sua aprovação pelo órgão competente.

Terceiro entendimento do STF: o princípio da simetria previsto no art. 75 da Constituição Federal, segundo o qual “As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”, alcança não apenas o que está disposto expressamente na Constituição Federal sobre o TCU, mas também a regulamentação infralegal, ao menos em relação à prescrição da pretensão ressarcitória e da pretensão punitiva. Essa compreensão é ressaltada pela parte final do voto do Ministro Edson Fachin, com o seguinte teor:

Com todas essas considerações, é possível reconhecer que o disposto no inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei Estadual impugnada é contrário ao modelo federal de controle externo e, por essa razão, ofende o art. 75 da Constituição Federal. Com efeito, a previsão segundo a qual o prazo prescricional inicia-se a partir da data de ocorrência do fato não encontra abrigo no ordenamento constitucional, nem nas leis federais de regência, razão pela qual deve ser declarada inconstitucional.

Portanto, nos termos da decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509, em virtude do princípio da simetria, são inconstitucionais as normas dos demais membros da Federação brasileira que estiverem em desacordo com o modelo federal de prescrição tanto da pretensão ressarcitória quanto da pretensão punitiva aplicáveis ao TCU, segundo o qual o prazo prescricional é de cinco anos a contar da data do vencimento do prazo para a apresentação da prestação de contas ou, não havendo o dever de prestar contas, da data do conhecimento do fato pelo TCU.

No entanto, embora a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509 tenha sido julgada em 11 de novembro de 2021, o STF, em 30 de maio de 2022, ou seja, apenas seis meses após, julgou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5384 na qual considerou constitucional artigo de lei do Estado de Minas Gerais que estabelece o prazo de cinco anos para a pretensão punitiva do Tribunal de Contas a contar da data de ocorrência do fato. Além disso, o STF rejeitou expressamente a alegação de ofensa ao princípio da simetria e, portanto, ao modelo

⁶⁴⁴ Código Civil: Art. 206. Prescreve: § 3º Em três anos: VII - a pretensão contra as pessoas em seguida indicadas por violação da lei ou do estatuto, contado o prazo: b) para os administradores, ou fiscais, da apresentação, aos sócios, do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento; § 4º Em quatro anos, a pretensão relativa à tutela, a contar da data da aprovação das contas.

federal de prescrição que a própria Suprema Corte havia invocado para, seis meses antes, declarar a inconstitucionalidade de outra norma estadual que também havia adotado a data do fato como termo inicial da prescrição. Conforme constou da ementa:

3. O princípio da simetria não pode ser invocado desarrazoadamente, em afronta à sistemática constitucional de repartição de competências e à própria configuração do sistema federativo. Nessa perspectiva, é constitucional a instituição da prescrição e da decadência no âmbito dos respectivos tribunais de contas nas diversas unidades federativas, em linha com interpretação mais consentânea à Constituição Federal.⁶⁴⁵

É de se observar que o entendimento sustentado pelo relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.384, ministro Alexandre de Moraes, contrasta drasticamente com o que havia sustentado no voto que proferiu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509, quando fez enfática defesa da aplicação do princípio da simetria para afastar a constitucionalidade da norma estadual que previu a data do fato como termo inicial do prazo prescricional. Nas palavras do ministro:

Todavia, o mesmo não se pode afirmar em relação ao inciso II do parágrafo único do art. 35-C da Lei Estadual 12.160/1993, pois, como bem identificado pelo eminente Relator, Min. EDSON FACHIN, o estabelecimento da data de ocorrência do fato como termo inicial do prazo quinquenal mostra-se, além de prejudicial ao interesse público de fiscalização das contas, incompatível com o regime federal de controle externo (Leis 8.443/1992 e 9.837/1999, aplicadas conjuntamente com o entendimento firmado no julgamento do RE 636.553), e, por isso mesmo, com o art. 75 da Constituição Federal. Não seria possível, assim, prever-se na legislação estadual termo inicial do prazo prescricional distinto daqueles estabelecidos a partir da interpretação conjugada das normas federais regulamentadoras da matéria, pena de ofensa à simetria com o modelo federal.

Sem dúvida, decisões contraditórias como as da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5509 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5384 provocam insegurança jurídica e promovem tratamento diferenciado para situações semelhantes, o que prejudica o funcionamento dos Tribunais de Contas como um sistema nacional que, ao menos nas questões mais relevantes, deveria guardar um mínimo de uniformidade, sem assimetrias tais como a ora evidenciada.

⁶⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.384**. Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUIÇÃO ESTADUAL E LEI COMPLEMENTAR 102/2008 DO ESTADO DE MINAS GERAIS. EDIÇÃO DE NORMAS SOBRE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA APLICÁVEIS NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE [...]. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 30 de maio de 2022. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=762180769>. Acesso em: 10 dez. 2022.

Considerando, porém, que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5384 não afeta a realidade do TCU, mas apenas dos demais Tribunais de Contas, a Corte Federal de Contas, tendo por norte o entendimento expresso no julgamento da ADI 5509, aprovou, por meio do Acórdão nº 2.285/2022 – Plenário, a Resolução nº 344/2022, na qual buscou retratar fielmente a compreensão do STF sobre a prescrição tanto da pretensão ressarcitória quanto da punitiva.⁶⁴⁶

Nos termos do voto do relator do citado acórdão, ministro Antonio Anastasia, o TCU agregou à citada norma o entendimento do STF expresso em diversos mandados de segurança impetrados contra o TCU sobre as causas interruptivas da prescrição, cuja aplicação se orienta pelo disposto na Lei nº 9.873/1999, mas com a compreensão de que podem ocorrer mais de uma vez e podem ser provocadas por atos praticados pela Administração Pública na fase interna da tomada de contas especial.

Não é finalidade deste trabalho analisar a citada resolução, tarefa que demandaria trabalho específico, mas ao menos uma reflexão é pertinente, no tocante à sua constitucionalidade, pois se poderia se cogitar de ofensa ao princípio da legalidade estrita, sob o argumento de que prescrição é matéria cuja disciplina requer lei em sentido formal.

Entendemos, porém, que o argumento não merece prosperar. A resolução do TCU é fruto, primeiro, da ausência de lei em sentido formal e da necessidade de, diante da evolução da jurisprudência do STF, disciplinar e uniformizar dentro do TCU o entendimento sobre a prescrição, a fim de que não mais se aplique a imprescritibilidade, e, segundo, foi redigida à luz do entendimento do STF, que a norma buscou retratar, com os acréscimos necessários no tocante aos temas ainda pendentes de manifestação da Suprema Corte.

⁶⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão nº 2.285/2022**. Ementa: PROJETO DE RESOLUÇÃO SOBRE A PRESCRIÇÃO NO ÂMBITO DO TCU. RECEBIMENTO DE EMENDAS E SUGESTÕES. APROVAÇÃO. Relator: Min. Antonio Anastasia, 11 de novembro de 2022. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2285%2520ANOACORDAO%253A2022%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 10 dez. 2022.

CONCLUSÃO

A conclusão, portanto, é pela confirmação da hipótese e tese central no sentido de que, diante da lacuna legislativa, os pressupostos do sistema de responsabilização aplicado pelos Tribunais de Contas, dada a sua autonomia constitucional, são, em nível constitucional, predominantemente os princípios do direito público sancionador e, em nível infraconstitucional, são, com matizes, predominantemente os institutos da parte geral do direito penal, mas sem prejuízo de outras fontes subsidiárias naquilo que não contrariar os princípios específicos informadores da responsabilidade administrativo-financeira.

Considerada a confirmação da hipótese, apresentam-se, a seguir, as conclusões primárias que fundamentam a confirmação da hipótese.

Os Tribunais de Contas gozam de autonomia constitucional, pois seu estatuto jurídico é centralmente disposto pela Constituição Federal que lhe define a organicidade básica e lhe outorga diretamente as suas competências, das quais se extraem as suas possibilidades e seus limites de atuação, que não podem ser ampliados nem reduzidos por norma infraconstitucional, mas apenas regulamentados.

A função controle exercida pelos Tribunais de Contas tem autonomia constitucional e, por isso, deve ser compreendida como função estatal apartada das funções legislativa, executiva e judiciária decorrentes da clássica tripartição das funções do poder de Montesquieu.

O sistema de responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas goza de autonomia constitucional, pois tem assento primário na Constituição Federal, com lógica própria, a partir de tríplice atuação repressiva: juízos depreciativos de contas; condenações à reparação de danos ao erário; imposição de sanções.

É juridicamente correto se falar em um direito do controle externo sancionador, bipartido em direito constitucional do controle externo sancionador e direito infraconstitucional do controle externo sancionador, cuja autonomia não impede a incidência direta de princípios do direito público sancionador como fundamento do *jus puniendi* estatal e o influxo de princípios e regras de outros ramos do direito.

O regime jurídico do direito do controle externo sancionador tem, no campo normativo, as seguintes fontes:

- Por incidência direta, em relação tanto ao direito material quanto ao processual: princípios constitucionais do direito público sancionador; princípios e regras constitucionais do direito do controle externo sancionador; princípios e regras infraconstitucionais do direito do controle externo sancionador.

- Por aplicação subsidiária, relativamente ao direito material, naquilo que não contrariar os princípios e valores próprios do direito do controle externo sancionador: princípios e regras infraconstitucionais do direito administrativo sancionador; princípios e regras infraconstitucionais do direito penal; e princípios e regras infraconstitucionais do direito civil.

- Por aplicação subsidiária, relativamente ao direito processual, naquilo que não contrariar os princípios e valores próprios do direito do controle externo sancionador: princípios e regras infraconstitucionais do processo administrativo sancionador; princípios e regras infraconstitucionais do processo civil; princípios e regras infraconstitucionais do processo penal.

A responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas é regida pelos princípios e as regras que informam a responsabilidade subjetiva, cujos elementos que a compõem, quais sejam, fato ilícito, conduta culposa ou dolosa, comissiva ou omissiva e nexo de causalidade, devem ser analisados, a partir da individualização das condutas.

As excludentes de ilicitude e as de culpabilidade assim como as causas de extinção de punibilidade incidem sobre a responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas, de modo que, quando constatadas, devem ser declaradas, a fim de que produzam seus efeitos jurídicos sobre a esfera de responsabilidade de quem estiver sendo julgado.

Apresentadas as conclusões primárias, apresentam-se, a seguir, as conclusões delas decorrentes no tocante a questões que, ao longo desta tese, foram problematizadas.

Em virtude do princípio da legalidade, os Tribunais de Contas não podem aplicar sanção não prevista em lei, mas estabelecida no seu regimento interno. No entanto, em se tratando de sanção prevista em lei, os Tribunais de Contas podem realizar a sua dosimetria de acordo com parâmetros estabelecidos no regimento interno, cuja eventual amplitude no

tocante aos limites mínimos e máximos da sanção não configuram qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Com fundamento na aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Civil, os Tribunais de Contas podem impor multa por litigância de má-fé a quem incorrer em abuso do direito de defesa em ofensa aos deveres de lealdade e boa-fé processual.

A lei nova mais benéfica retroage quando alterar o próprio tipo sancionador mediante redução da sanção administrativa ou pela sua revogação total, por retratar a alteração dos valores da sociedade quanto à reprovabilidade da conduta anteriormente punida, mas não retroage quando a alteração se limitar a normas de ordenação da atividade administrativa, hipótese na qual incide o princípio de que *tempus regit actum* (o tempo rege o ato).

Em cumprimento ao § 2º do art. 22 da LINDB, segundo o qual “Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”, a pesquisa acerca dos antecedentes do agente limita-se ao Tribunal de Contas no qual tramita o processo em que o agente figura como parte.

Não se aplica o princípio da presunção de inocência quando o gestor é omissor no seu dever de prestar contas.

No tocante a fatos supostamente ilícitos que decorram de decisões administrativas fundadas em argumentos consequencialistas, convém aos Tribunais de Contas avaliar se o decisor observou os seguintes parâmetros:

- Primeiro: o consequencialismo somente deve ser adotado como critério de decisão se a solução que, dada a norma posta, naturalmente seria aplicável ao caso concreto tiver potencial significativamente alto para produzir mais desordem do que ordem ou nas hipóteses em que a norma aplicável comporta mais de uma interpretação razoável para o caso concreto;

- Segundo: a decisão consequencialista deve, na medida do possível, estar amparada em dados empíricos que sustentem as prognoses realizadas quanto às prováveis consequências;

- Terceiro: a decisão a favor das consequências individuais deve ser precedida de avaliação acerca da sua repercussão nas consequências sistêmicas, com as devidas justificativas jurídicas e práticas para a escolha;

- Quarto: havendo a disputa entre consequências variadas, tais como as de curto ou longo prazo, as regionais ou nacionais, as econômicas ou sociais, entre outras, a decisão deve ter como ponto de partida a ponderação entre os direitos ou princípios tutelados por cada uma das opções envolvidas, à luz da Constituição Federal, com as devidas justificativas jurídicas e práticas para a escolha;

- Quinto: a decisão consequencialista deve sempre buscar a opção que melhor promova a efetivação de direitos fundamentais.

Não obstante as controvérsias em torno da Súmula nº 347 do Supremo Tribunal Federal, não há, em regra, fundamento para os Tribunais de Contas punirem quem dá execução a lei posteriormente considerada inconstitucional pela Corte de Contas, exceto se a lei, ao tempo do ato do agente, já não mais gozava de presunção de legitimidade e de constitucionalidade, em virtude de decisão judicial ou de Tribunal de Contas ou ainda por conter teor absurdamente inconstitucional.

Por terem competência para tanto, os Tribunais de Contas devem realizar juízo sobre o dolo, sempre que as provas dos autos permitirem a formação de convicção segura sobre o assunto.

Para fins de avaliação do erro grosseiro, entendido como culpa grave, os Tribunais de Contas devem identificar o dever de cuidado objetivo exigível do agente no caso concreto a partir do método comparativo com o modelo fragmentado de conduta, representado pelo homem médio, prudente, diligente, identificado com base nas práticas consolidadas daquela atividade profissional e nas normas regulamentares sobre o tema.

Embora o art. 22 da LINDB tenha feito referência apenas às dificuldades reais do gestor, os Tribunais de Contas devem avaliar também as eventuais facilidades reais do gestor que, eventualmente, possam ter sido por ele desprezadas.

Não há fundamento jurídico para, com fundamento no art. 22 da LINDB, isentar o gestor de responsabilidade ou atenuá-la se não forem atendidas as seguintes quatro condições, sendo as duas primeiras de natureza objetiva e as duas últimas de natureza subjetiva.

- Primeira: os obstáculos e as dificuldades reais devem ter pertinência com o resultado ilícito ao final produzido.

Segunda: os obstáculos e dificuldades reais devem ter tido relevância para a produção do resultado ilícito.

- Terceira: o agente público não pode ter dado causa nem, de qualquer modo, contribuído para o surgimento dos obstáculos e das dificuldades reais, pois seria admitir o benefício da própria torpeza.

- Quarta: o agente público precisa ter tentado superar os obstáculos e as dificuldades reais e, caso não tenha conseguido, precisa apresentar justificativas para o insucesso.

O erro grosseiro a que se refere o art. 28 da LINDB é requisito mínimo tanto para a aplicação de sanções quanto para a imputação de responsabilidade para fins de reparação de dano ao erário.

Quem delega competência não delega responsabilidade, de modo que as irregularidades cometidas pelo agente delegado não implicam a responsabilidade automática da autoridade delegante que somente deve ser responsabilizada nos casos de conluio, falha grave na supervisão hierárquica (culpa *in vigilando*) ou má escolha do subordinado (culpa *in eligendo*).

Relativamente ao nexo de causalidade, não se aplica à responsabilização promovida pelos Tribunais de Contas a teoria civilista dos danos diretos e imediatos, mas sim a teoria penalista das condições *sine qua non*, completada pela teoria da imputação objetiva.

O reconhecimento de uma excludente de culpabilidade impede não apenas a imposição de sanção, mas também a imputação de responsabilidade pelo dano ao erário e o julgamento pela irregularidade das contas, tendo em vista que o dano ao erário e a irregularidade das contas são consequentes lógicos da antecedente conduta merecedora de reprovação.

As teorias funcionais da culpabilidade, ao promoverem a cisão entre as duas primeiras funções da culpabilidade, quais sejam, a de fundamentação da pena, de um lado, e a de limite e medida de pena, de outro, embora encontrem resistências no direito penal, abrem possibilidades no direito administrativo sancionador e no direito do controle externo sancionador que merecem ser objeto de estudo e, se for o caso, implementação, a fim de que, diante do ilícito provado, a resposta dos Tribunais de Contas não se limite à sanção convencional, mas possa, a um só tempo, promover incentivos adequados à mudança de

comportamentos indesejados e produzir os efeitos dissuasórios necessários e suficientes à tutela do interesse público.

Nos termos da pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, relativamente à nova interpretação conferida ao §5º do art. 37 da Constituição Federal, não se aplica aos Tribunais de Contas a imprescritibilidade, motivo pelo qual devem fazer incidir sobre os processos pendentes de julgamento tanto a prescrição da pretensão ressarcitória quanto da prescrição da pretensão punitiva, cujos prazos devem observar o entendimento da Suprema Corte.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Consequencialismo jurídico: o lugar da análise de consequências em direito e os perigos do ativismo judicial consequencialista. **Revista dos Tribunais**. Vol. 1009/2019. Nov/2019. DTR\2019\40632.

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-23, jan./abr. 2014. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18909/17652>.

AFFONSO, Sebastião Baptista. **Tribunais de Contas no contexto do Poder Judiciário**. Palestra proferida no XIX Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil. Rio de Janeiro, 21-24/out/1997.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Tradução: Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008.

AMARAL, Diogo Freitas do. O poder sancionatório da administração pública. In: AMARAL, Diogo Freitas do; ALMEIDA, Carlos Ferreira de; ALMEIDA, Maria Tavares de (Coords.). **Estudos comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito Nova de Lisboa**. Vol. I. Lisboa: Almedina, 2008, p. 215-234.

APORÁ. **Lei nº 45, de 18 de outubro de 2011**. Altera a redação do inciso IV do caput do art. 29 da Constituição Federal e do art. 29-A, tratando das disposições relativas à recomposição das Câmaras Municipais. Aporá: Câmara Municipal, [2011]. Disponível em: <http://ba.portaldatransparencia.com.br/prefeitura/apora/iframe.cfm?pagina=abreDocumento&arquivo=35EB01518847>. Acesso em: 10 set. 2022.

APORÁ. **Lei nº 45, de 18 de outubro de 2011**. Dispõe sobre autorização para abertura de crédito suplementar ao orçamento vigente (lei nº 036/2010) e dá outras providências. Aporá: Câmara Municipal, [2011]. Disponível em: <http://ba.portaldatransparencia.com.br/prefeitura/apora/iframe.cfm?pagina=abreDocumento&arquivo=34E3045C8049>. Acesso em: 10 set. 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processuais civil brasileiro. **Revista de Processo**. vol. 225. p. 389-410, nov. 2013.

ATALIBA, Geraldo. Imposto de renda – multa punitiva. **Revista de Direito Administrativo**. 126/550.

AVIS, Eric; FERRAZ, Cláudio; FINAN, Frederico. **Do Government Audits Reduce Corruption? Estimating the Impacts of Exposing Corrupt Politicians**. Disponível em: <https://eml.berkeley.edu/~ffinan/Finan_PoliticalSelection.pdf>

BALEEIRO, Aliomar. O Tribunal de Contas e o Controle da Execução Orçamentária. **Revista de Direito Administrativo**, v. 31, jan./mar. 1953.

BARBOSA, Rui. Exposição de motivos sobre a criação do Tribunal de Contas da União. **Revista do Tribunal de Contas da União**, nº 82.

BARROSO, Luís Roberto. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos Tribunais Constitucionais nas democracias Contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**. Rio de Janeiro, Vol. 9, n. 4, p. 2171-2228, 2018.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2007, p. 226-228.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. **Revista de Direito do Ministério Público**, Rio de Janeiro, RJ, n. 4, p. 160-175, 1996. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/2856472/Luis_Roberto_Barroso. Acesso em: 15 mar. 2022.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Hemus Editora, 1994.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. White Dog Publishing. 1781. Edição do Kindle, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

_____. O direito administrativo sancionador e o estatuto constitucional do poder punitivo estatal: possibilidades, limites e aspectos controvertidos da regulação do setor de revenda de combustíveis. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral**, Rio de Janeiro (Edição Especial): Administração Pública, risco e segurança jurídica, p. 468-491, 2014.

_____. **Uma teoria do direito administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro, São Paulo e Recife: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

BLAZECK, Luiz Maurício Souza; MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coords). **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Teoria da norma jurídica**. Tradução: Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo: EDIPRO. 5. ed. 2012.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do relator, pela Comissão de Seguridade Social e Família, à emenda substitutiva global ao projeto que deu origem à Lei nº 12.732/2012**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1376C432D5B16

72A8AB80D2D5630F012.node1?codteor=999405&filename=Tramitacao-PL+3887/1997.
Acesso em: 15 dez. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição nº 329, de 17 de outubro de 2013**. Altera a forma de composição dos Tribunais de Contas; submete os membros do Ministério Público de Contas ao Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP e os Conselheiros e Ministros dos Tribunais de Contas ao Conselho Nacional de Justiça - CNJ e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597232>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 199, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 2 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890.** Crêa um Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos actos concernentes á receita e despesa da Republica. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d00966-a.html. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892.** Dá regulamento para execução da lei n. 23 de 30 de outubro de 1891, na parte referente ao Ministerio da Fazenda. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1166-17-dezembro-1892-523025-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922.** Organiza o Código de Contabilidade da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/dpl4536-1922.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 8.930, de 10 de junho de 2019.** Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017.** Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9203.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.** Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67emc69.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990.** Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.** Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 30 jun. 2021

BRASIL. **Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.** Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9º do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar nº 184, de 29 de setembro de 2021.** Altera a Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, para excluir da incidência de inelegibilidade responsáveis que tenham tido contas julgadas irregulares sem imputação de débito e com condenação exclusiva ao pagamento de multa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp184.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949.** Reorganiza o Tribunal de Contas da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1930-1949/10830.htm. Acesso em: 30 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990.** Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm. Acesso em: 4 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em 10 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.** Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19472.htm. Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19478.htm. Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.** Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19491.htm. Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998.** Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19649cons.htm. Acesso em 5 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.** Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19790.htm. Acesso em: 5 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999.** Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19873.htm. Acesso em: 25 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, e o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L10028.htm. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm. Acesso em: 3 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, alterando o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.218, de 29 de agosto de 1991, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.469, de 10 de julho de 1997, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, 10.426, de 24 de abril de 2002, 10.480, de 2 de julho de 2002, 10.522, de 19 de julho de 2002, 10.887, de 18 de junho de 2004, e 6.404, de 15 de dezembro de 1976, o Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e as Leis nºs 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 11.116, de 18 de maio de 2005, 11.732, de 30 de junho de 2008, 10.260, de 12 de julho de 2001, 9.873, de 23 de novembro de 1999, 11.171, de 2 de setembro de 2005, 11.345, de 14 de setembro de 2006; prorroga a vigência da Lei nº 8.989, de 24 de fevereiro de 1995; revoga dispositivos das Leis nºs 8.383, de 30 de dezembro de 1991, e 8.620, de 5 de janeiro de 1993, do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, das Leis nºs 10.190, de 14 de fevereiro de 2001, 9.718, de 27 de novembro de 1998, e 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.964, de 10 de abril de 2000, e, a partir da instalação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, os Decretos nºs 83.304, de 28 de março de 1979, e 89.892, de 2 de julho de 1984, e o art. 112 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111941.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.732, de 22 de novembro de 2012. Dispõe sobre o primeiro tratamento de paciente com neoplasia maligna comprovada e estabelece prazo para seu início. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112732.htm. Acesso em: 14 mai. 2020.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 10 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021**. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em: 15 mar. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 22, de 6 de julho de 2017**. Altera o artigo 22, altera o inciso III do art. 52, altera o artigo 73, acrescenta o artigo 73-A, altera o parágrafo único do art. 75, altera a alínea “r” do inciso I do artigo 102, todos da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 29-A e 115 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para modificar a forma de composição dos Tribunais de Contas, criar o Conselho Nacional dos Tribunais de Contas e adotar outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129565>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 57, de 5 de maio de 2004**. Regulamenta a hipótese de responsabilização direta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, nos casos de transferência de recursos públicos federais. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528%2522Decis%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A57%2520NUMANOATO%253A2004/score%2520desc/0/%2520. Acesso em: 30 abr. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 63, de 1º de setembro de 2010**. Estabelece normas de organização e de apresentação dos relatórios de gestão e das peças complementares que constituirão os processos de contas da administração pública federal, para julgamento do Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 7º da Lei nº

8.443, de 1992. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A63%2520NUMANOATO%253A2010/score%2520desc/0/%2520. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 71, de 28 de novembro de 2012**. Dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A71%2520NUMANOATO%253A2012/score%2520desc/0/%2520. Acesso em: 4 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 84, de 22 de abril de 2020**. Estabelece normas para a tomada e prestação de contas dos administradores e responsáveis da administração pública federal, para fins de julgamento pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 7º da Lei 8.443, de 1992, e revoga as Instruções Normativas TCU 63 e 72, de 1º de setembro de 2010 e de 15 de maio de 2013, respectivamente. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A84%2520NUMANOATO%253A2020/score%2520desc/0/%2520. Acesso em: 25 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria nº 4 da Presidência do TCU**, de 18 de janeiro de 2022. Atualiza o valor máximo da multa a que se refere o art. 58 da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/multa/TIPO%253A%2528Portaria%2529/score%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 28 dez 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório anual de atividades do TCU: 2016**. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=ANEXO_SGT:ANEXOS:0::NO:1:P1_COD_ITEM:41. Acesso em: 7 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório anual de atividades do TCU: 2017**. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=ANEXO_SGT:ANEXOS:0::NO:1:P1_COD_ITEM:41. Acesso em: 7 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório anual de atividades do TCU: 2018**. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=ANEXO_SGT:ANEXOS:0::NO:1:P1_COD_ITEM:41. Acesso em: 7 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório anual de atividades do TCU: 2019**. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=ANEXO_SGT:ANEXOS:0::NO:1:P1_COD_ITEM:41. Acesso em: 7 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório anual de atividades do TCU: 2020**. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=ANEXO_SGT:ANEXOS:0::NO:1:P1_COD_ITEM:41. Acesso em: 7 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Relatório Anual de Atividades do TCU: 2021**. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=ANEXO_SGT:ANEXOS:0::NO:1:P1_COD_ITEM:41. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução nº 155, de 4 de dezembro de 2002**. Regimento Interno do TCU. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/data/files/7B/17/AB/27/9E6D3810B4FE0FF7E18818A8/RITCU.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Resolução nº 170/2004**. Dispõe sobre a elaboração e a expedição das comunicações processuais emitidas pelo Tribunal de Contas da União. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528Resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2529%2520NUMATO%253A170/score%2520desc/0/%2520. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. In: SOUZA, Alfredo José de *et. al.* **O novo Tribunal de Contas: órgão protetor dos direitos fundamentais**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

BUENO, Vera Scarpinella. Devido processo legal e a Administração Pública no Direito Administrativo norte-americano: uma breve comparação com o caso brasileiro. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). **Devido processo legal na Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

BUZAID, Alfredo. O Tribunal de Contas no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. Volume LXII. Fasc. II. 1967.

CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. V. II. Rio de Janeiro. Forense. 1978.

_____. **Do poder disciplinar no direito administrativo português**. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1932.

CAGNAZZO, Alessandra. **La sanzione amministrativa: principi generali**. Torino: G. Giappichelli, 2011.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018, p. 70-98.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. **"Brançosos" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina. 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e Competência**. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CASADO, Belén Casado. **El derecho sancionador civil: consideraciones generales e supuestos**. Málaga: Universidad de Málaga, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. Tomo I. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

_____. **Derecho administrativo**. Tomo II. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CASTRO NUNES. **Teoria e Prática do Poder Judiciário**. Rio de Janeiro. Forense. 1943.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. O Tribunal de Contas – Órgão Constitucional – Funções Próprias e Funções Delegadas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 109, julho-setembro/1972.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALLARI, Odilon. A participação dos Tribunais de Contas na apuração do dano nos acordos de não persecução civil: As múltiplas controvérsias do §3º do art. 17-B da Lei nº 8.429/1992. In: MOTTA, Fabrício; VIANA, Ismar (coord.). **Improbidade administrativa e Tribunais de Contas: as inovações da Lei nº 14.230/2021**. Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 235-268.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 12. ed. São Paulo. Malheiros. 1996.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São: Editora Revista dos Tribunais. 2000.

COELHO, Inocência Mártires. **A hermenêutica constitucional como teoria do conhecimento do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

_____. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

CONTI, José Maurício. **Direito Financeiro na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

_____. **Levando o direito financeiro a sério: a luta continua** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Blucher, 2019.

COSTA, Carlos Casimiro. Funções jurisdicionais e administrativas dos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, nº 53. 1958.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

COTRIM NETO, A.B. O Tribunal de Contas e o aperfeiçoamento do Estado de Direito. **Revista de Informação Legislativa** nº 76, outubro-dezembro/1982.

CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa**. Nº 94, abril-junho/1987, p. 193-195.

DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DANTAS, Ivo. **O valor da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEZAN, Sandro. **Princípios de direito administrativo sancionador**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

DEZAN, Sandro Lúcio. **Fundamentos de direito administrativo disciplinar**. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

_____. **Uma teoria do direito público sancionador: fundamentos da unidade do sistema punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

_____; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Quem tem medo da responsabilização subjetiva? As teorias da conduta e da imputação, para um direito administrativo sancionador constitucionalizado. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. v. 11, n. 1, p. 690-709, abr. 2021. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/7346>. Acesso em: 20 jun. 2022.

_____; PARENTE, Dante Aguiar. Estado constitucional de direito e coerção: a irretroatividade da lei no direito administrativo sancionador. **Revista da AGU**. v. 22, n. 1, p. 119-148, jan./mar. 2023. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/issue/view/177/353>. Acesso em: 10 jan 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. Vol. 2. 14. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro. Vol. 1: Teoria geral do direito civil.** 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo.** 9. ed. Buenos Aires: Editora Ciudad Argentina. 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

_____. **O império do direito.** Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo.** Volume 1. 16. ed. Madrid: Civitas, 2013.

_____. **Curso de derecho administrativo.** Tomo II, 13. ed. Madrid: Civitas, 2013.

_____. **Curso de direito administrativo.** Vol. II. 13. ed. Tradução: José Alberto Froes Cal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

_____. Uma visão reformista dos Tribunais de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.** nº 13, julho/1982.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FERRAZ, Sérgio; DALARRI, Adilson Abreu. **Processo administrativo.** 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Vários tradutores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo,** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros.

_____. Administração pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **RDA - Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 258, p. 141-167, set./dez. 2011.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. **O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro**. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIANNINI, Massimo Severo. **Diritto amministrativo**. Volume Primo. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1970.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. **Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos tribunais de contas**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Vol. 1: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito civil brasileiro**. Vol. 4: responsabilidade civil. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRACIE, Ellen. Notas sobre a revisão judicial das decisões do Tribunal de Contas da União pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista do TCU**. Ano 38, n. 110, p. 7-14, set./dez 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Parte geral. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1, nº 4, p. 3-23, out-dez/2006.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **Regime jurídico dos Tribunais de Contas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

HAEBERLIN, Martín. **Uma teoria do interesse público: fundamentos do estado meritocrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

_____. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. 20. ed. Tradução: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1998.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito administrativo e ilícito penal. **Revista de Direito Administrativo**, seleção histórica. 1945-1995.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal. Vol. 1**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo: la técnica jurídica del derecho público francês**. Tomo I. Buenos Aires: Depalma, 1948.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**. Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 63-92, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2008.

_____. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Tradução do alemão: Alexandre Krug. Tradução do italiano: Eduardo Brandão. Tradução do francês: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Tradução: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUBÉ, Vitor Rolf. Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas. **Revista de Informação Legislativa** n. 113, jan/mar. 1992.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Tradução do alemão para o espanhol: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1979.

MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the rule of law: a theory of legal reasoning**. New York: Oxford University Press Inc., 2005, *e-book Kindle*.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a execução das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas, especialmente a legitimação. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, n. 83, dez./96-mar/97.

MARANHÃO, Jarbas. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas: seus primórdios, normas e atribuições. **Revista de Informação Legislativa**, n. 119, p. 255-268, jul./set. 1993.

MATOS, André Salgado de. **A fiscalização administrativa da constitucionalidade: contributo para o estudo das relações entre Constituição, lei e administração pública no Estado social de direito**. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. 14. ed. Tradução de Luís Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

MEDAUAR, Odete. **Controle da administração pública**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDEIROS, Rui. **A Decisão de Inconstitucionalidade**. Lisboa. Universidade Católica Editora. 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELLO, José Luiz de Anhaia. **Da competência do Tribunal de Contas para negar aplicação a leis inconstitucionais**. São Paulo: Saraiva, 1965.

_____. O papel dos Tribunais de Contas e o desenvolvimento nacional. **Revista de Informação Legislativa**, out-dez/1970.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Tribunais de Contas - natureza, alcance e efeitos de suas funções. **RDP**, n. 73, p. 181-192, jan./mar. 1985.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MIR, Jose Cerezo, Limites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Tomo 28, p. 159-175, Fasc/Mes 2, 1975, p. 162. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2788179>. Acesso em: 14 nov. 2021.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947. v. II.

_____. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. Max Limonad. 1953, vol. II.

_____. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969**. V. 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre órgãos constitucionalmente autônomos (Um estudo de caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 223, n. 24, jan./mar. 2001. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48309/46485>. Acesso em: 15 ago. 2022.

_____. Funções essenciais à justiça e contra-poderes. **Revista da AGU**. v. 10, n. 27, p. 7-30, jan./mar. 2011. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1908/1575>. Acesso em: 12 mai. 2022.

NEVARES, Ana Luiza Maia. O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no Código Civil de 2002, p. 263. In: TEPEDINO, Gustavo (Coordenador). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O erro grosseiro: análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. In: VALIATI, Thiago Priess; HUNGARO, Luis Alberto; CASTELLA, Gabriel Morettini e (Coords). **A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ONETO, Víctor Sebastián Baca. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano **Revista digital de Derecho Administrativo**, n. 21, p. 313-344, primer semestre/2019, p. 339-340. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5708/7104>. Acesso em: 20 nov. 2022.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari. A instrução processual no Tribunal de Contas da União em face de um processo célere e consistente juridicamente: os desafios dos novos tempos. **Revista do Tribunal de Contas da União**, nº 108, ano 38, jan/abr 2007, p. 63-70.

_____. Diante do princípio federativo, seria constitucional uma lei nacional de processo dos Tribunais de Contas? **Revista do Tribunal de Contas da União**. Ano 40, n. 113, p. 13-32, set./dez. 2008.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. **Curso de direito financeiro**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Coimbra: Almedina, 2007.

PARDINI, Frederico. **Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional**. Tese apresentada e aprovada no Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte. 1997.

PELEGRI, Marcia. **A competência sancionatória do Tribunal de Contas: contornos constitucionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Responsabilidade civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POLLETTI, Ronaldo. **Controle de constitucionalidade das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

PORTUGAL. **Lei nº 98, de 26 de agosto de 1997**. Lisboa: Assembleia da República, [1997]. Disponível em: <https://www.tcontas.pt/pt-pt/TribunalContas/Publicacoes/ColetaneasLegislacao/Documents/LOPTC.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatismo and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, *e-book Kindle*.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais: teoria geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução: Marlene Holzhausen. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIBEIRO, Renato Jorge Brown. O problema central do controle da Administração Pública pode ser resumido ao debate sobre modelos? **Revista do Tribunal de Contas da União**. Brasília, v. 33, n. 93, jul/set 2002, p. 64.

RINCÓN, José Suay. El derecho administrativo sancionador: perspectivas de reforma. **Revista de Administración Pública**. N. 109. Enero-abril, 1986.

ROSAS, Roberto. Aspectos dos Tribunais de Contas. **Revista de Informação Legislativa**, out-dez/1969.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Tradução para o castelhano: Enrique Bacigalupo. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009, p. 113-146.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing Accountability. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. **The self-restraining state: power and accountability in new democracies**. Boulder, Colorado: Lynne Rienner Publishers, 1999, p. 13-28.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática**. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução: Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey. 2007.

SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e controle de constitucionalidade**. Tese de doutorado em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. 2006.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org.). Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretations and Institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo. Saraiva. 1975.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 5. ed. São Paulo: Método, 2015.

TAVARES, Juarez. **Teoria do crime culposos**. 5. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo. Malheiros. 1999.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Vol. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

TORRES, Heleno Taveira. **Direito constitucional financeiro: teoria da constituição financeira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 5. ed. Rio de Janeiro. Renovar. 1998.

_____. Os direitos fundamentais e o Tribunal de Contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**. n. 23. Julho/1992.

_____. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. Volume V: O Orçamento na Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

VELOSO, Zeno. **Controle jurisdicional de constitucionalidade**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WOLFE, Christopher. **La transformacion de la interpretacion constitucional**. Madrid: Civitas Ediciones, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZANOBINI, Guido. **Le sanzioni amministrative**. Turim: Fratelli Bocca, 1924.