



Responsabilização de Agentes

perante o Tribunal
de Contas

Agemir Marcolin Junior

AGEMIR MARCOLIN JUNIOR

RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

PORTO ALEGRE

2021

CIP – CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

M321r Marcolin Júnior, Agemir

Responsabilização de agentes perante o Tribunal de Contas / Agemir Marcolin Júnior. – Porto Alegre : Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, ESGC Publicações, 2021.

126 p.

1. Livro digital

ISBN: 978-65-81347-04-8

1. Agente público. 2. Responsabilidade. 3 Tribunal de contas. I. Título.

CDU: 37.077.3:336.126.55

***Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca do Tribunal de
Contas do Estado do RS***

FICHA TÉCNICA

PRODUÇÃO

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO RS

INICIATIVA

ESCOLA SUPERIOR DE GESTÃO E CONTROLE FRANCISCO JURUENA

APOIO TÉCNICO

DIREÇÃO DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DO TCE-RS

COORDENAÇÃO

EVERALDO RANINCHESKI

ELABORAÇÃO

AGEMIR MARCOLIN JUNIOR

REVISÃO JURÍDICA

CARLOS EDUARDO DOS SANTOS FLECK

REVISÃO

CARLA SEABRA – MTB 5302/RS

EDITORIAÇÃO

JANAÍNA CASTOLDI

CONSELHO TCE-RS

CONSELHEIROS

ESTILAC MARTINS RODRIGUES XAVIER –PRESIDENTE

ALEXANDRE POSTAL –VICE-PRESIDENTE

CEZAR MIOLA –2º VICE-PRESIDENTE

MARCO PEIXOTO –CORREGEDOR

IRADIR PIETROSKI –OUVIDOR

RENATO LUÍS BORDIN DE AZEREDO –PRESIDENTE DA 1ª CÂMARA

ALGIR LORENZON–PRESIDENTE DA 2ª CÂMARA

CONSELHEIROS SUBSTITUTOS

HELOÍSA TRIPOLI GOULART PICCININI

ALEXANDRE MARIOTTI

DANIELA ZAGO GONÇALVES DA CUNDA

ANA CRISTINA MORAES WARPECHOWSKI

LETÍCIA AYRES RAMOS

ROBERTO DEBACCO LOUREIRO

PROCURADOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

GERALDO COSTA DA CAMINO

ADJUNTOS DE PROCURADOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS

DANIELA WENDT TONIAZZO

ÂNGELO GRÄBIN BORGHETTI

FERNANDA ISMAEL

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

RICARDO SUPERTI DE OLIVEIRA

DIRETOR-GERAL

CESAR LUCIANO FILOMENA

DIRETOR DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO

EVERALDO RANINCHESKI

DIRETORA ADMINISTRATIVA

RENATA AGRA BALBUENO

DIRETOR DA ESCOLA SUPERIOR DE GESTÃO E CONTROLE FRANCISCO JURUENA

CARLOS EDUARDO DOS SANTOS FLECK

IMPORTANTE: Este material tem caráter meramente informativo. Foi elaborado entre dezembro de 2019 e março de 2020 com o intuito de subsidiar ações de capacitação no âmbito da Direção de Controle e Fiscalização do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. O seu conteúdo **não vincula** os trabalhos técnicos produzidos pelos servidores, sob suas responsabilidades, e **pode não expressar**, necessariamente, a posição oficial do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul e de outros tribunais, sobre os temas abordados.

SUMÁRIO

PALAVRA DO PRESIDENTE	7
APRESENTAÇÃO	9
1 NOÇÕES GERAIS	11
1.1 RESPONSABILIZAÇÃO JURÍDICA	11
1.2 RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PERANTE OS TRIBUNAIS DE CONTAS	13
2 MATRIZ DE RESPONSABILIZAÇÃO	27
2.1 DEFINIÇÃO	27
2.2 ABORDAGEM ANALÍTICA DOS CAMPOS DA MATRIZ	30
3 RESPONSABILIZAÇÃO APLICADA (EM RELAÇÃO A ALGUNS AGENTES)	43
3.1 RESPONSABILIDADE DOS AGENTES POLÍTICOS	43
3.2. RESPONSABILIDADE DO AGENTE SUPERIOR HIERÁRQUICO E DO AGENTE SUBORDINADO	48
3.3. RESPONSABILIDADE DO ORDENADOR DE DESPESA	58
3.4. RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO	67
3.5. RESPONSABILIDADE DO PREGOEIRO E DA EQUIPE DE APOIO	71
3.6. RESPONSABILIDADE DE QUEM ELABORA O EDITAL, O PROJETO BÁSICO E O TERMO DE REFERÊNCIA	73
3.7 RESPONSABILIDADE DE QUEM HOMOLOGA O CERTAME LICITATÓRIO E ADJUDICA O OBJETO LICITADO	75
3.8 RESPONSABILIDADE DE QUEM ASSINA O CONTRATO E TERMOS ADITIVOS	78
3.9 RESPONSABILIDADE DE QUEM EXERCE O ACOMPANHAMENTO E A FISCALIZAÇÃO DE CONTRATO	80
3.10 RESPONSABILIDADE DE QUEM EMITE PARECER JURÍDICO OU TÉCNICO	85
3.11 RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PRIVADOS	89
4 CONSIDERAÇÕES COMPLEMENTARES	96
4.1 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE	96
4.2. A LEI Nº 13.655/2018 E O ERRO GROSSEIRO	103
4.3. ASPECTOS POLÊMICOS ACERCA DO NEXO DE CAUSALIDADE	114
4.4. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA	122
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	126

PALAVRA DO PRESIDENTE

A despeito das adversidades que a pandemia impôs, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul implantou avanços institucionais extraordinários nos últimos dois anos. São aprimoramentos que perpassam o redesenho da processualística, o fortalecimento do Parecer Prévio nas Contas Anuais dos Prefeitos, a ênfase na fiscalização concomitante, a criação de robôs, ferramentas automáticas - um caminho para a inteligência artificial - e mesmo a criação do Núcleo de Jurisprudência.

Esses muitos aprimoramentos, que, diga-se, corporificam melhorias estudadas há algum tempo por diversos atores da Casa, ganharam notoriedade sob o emblema de “Novo Modelo Processual”, expressão que congrega a confluência dessas melhorias.

Dentre os aprimoramentos instituídos, cabe destaque especial à implantação da matriz de responsabilização e ao amplo trabalho de capacitação dos servidores sobre o tema da responsabilização de agentes perante a jurisdição de contas.

A obra ora publicada é um das entregas que traduzem o animador esforço da instituição em qualificar os seus processos e suas decisões, especialmente no que toca ao exercício desta solene e grave competência de imputar responsabilidades reparatórias e sancionatórias àqueles que cometem irregularidades ou causam danos ao erário.

Também cabe registrar, sobre a responsabilidade dos agentes, um reconhecimento ao Conselheiro Algir Lorenzon, decano deste Tribunal, que foi pioneiro neste debate, muito antes das alterações legislativas que agora aperfeiçoam a responsabilização dos agentes públicos como gestores de recursos, renunciou o que viria a lei reorientar e consolidar.

Por fim, parablenzo enfaticamente a Direção de Controle e Fiscalização, seus dirigentes, pela competência, ímpeto, dedicação e acuidade na elaboração deste trabalho e, principalmente, na realização das capacitações oferecidas ao Corpo Técnico e aos jurisdicionados.

Aqui assento o meu aplauso e agradecimentos à Direção de Controle e Fiscalização pelo trabalho e pela qualidade técnica que imprimiram o tempo todo

para que chegássemos a estes excelentes resultados, comprovados pelos relatórios de desempenhos e, sobretudo, pelo desdobramento na vida prática dos administradores e o que, realmente, importa: voltar-se para a melhoria de vida dos cidadãos!

Que a presente obra seja de imensa utilidade a todos os que exercem ou lidam com o controle externo.

Calorosas saudações!

Em dezembro de 2021.

Estilac Martins Rodrigues Xavier

Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

APRESENTAÇÃO

Em cumprimento à diretiva de aprimoramento técnico do processo de controle externo, no tocante à responsabilização dos agentes alcançados pela jurisdição do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, a Direção de Controle e Fiscalização providenciou a elaboração do presente trabalho, que ora está sendo publicado, para subsidiar as ações de capacitação que foram promovidas a partir de março de 2020.

A despeito de o tema ser eminentemente jurídico, buscou-se utilizar linguagem clara e recorrer à terminologia jurídica de forma diligente, com a consciência de que o escopo maior era o de propiciar a compreensão de todos os colegas, especialmente, aqueles de outras formações.

Por sua singeleza e propósito, o material pode conter simplificações e reducionismos no desenvolvimento de algum tópico, bem como o nível de precisão e atualidade teórica pode não corresponder à sua complexidade.

Diante de uma construção jurisprudencial urdida, por décadas, pelo Tribunal de Contas da União (TCU), o conteúdo foi elaborado com larga utilização do banco de “jurisprudência selecionada”, disponível no portal daquela Corte¹.

A exposição foi estruturada, basicamente, em quatro partes (capítulos): a primeira, contendo uma contextualização teórica; a segunda, abordando a ferramenta denominada “matriz de responsabilização”; a terceira, trazendo alguns casos de responsabilização aplicada; e, a quarta, abordando aspectos complementares (e mais polêmicos).

Embora a conclusão da elaboração de seu conteúdo tenha ocorrido em março de 2020 e, desde então, tenha advindo legislações como Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, que estabeleceu nova regência para licitações e contratos, pode-se considerar que os entendimentos jurídicos e, especialmente, as lógicas de imputação de responsabilidade que estão abordadas no trabalho ainda permanecem substancialmente atuais e aplicáveis.

É importante dizer que a complexidade do tema demandará, do Corpo

¹ Disponibilização direta mediante o link <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/jurisprudencia-selecionada>>. Acesso em 25 fev. 2020.

Técnico, um esforço contínuo de estudo e pesquisa de outras fontes (não devendo se restringir ao conteúdo do presente trabalho). A este propósito, recomenda-se, desde já, a leitura dos excelentes estudos contidos na Nota Técnica nº 1/2018², produzida pela Consultoria Técnica, e no Relatório, produzido pela Comissão de Estudos sobre Responsabilização constituída pela Portaria nº 1.319/2018³.

Por fim, conclamamos o apoio de todos na produção de mais conhecimento sobre o tema, seja por meio de colaborações ao aprimoramento deste material; seja por meio da elaboração de outros.

Agradecemos o compromisso e a dedicação.

Everaldo Ranincheski

Diretor de Controle e Fiscalização

² Disponível no Portal do TCERS, mediante busca em “Atos Normativos TCERS”. Disponibilização direta pelo link <<https://atosoficiais.com.br/tcers/nota-tecnica-n-1-2018?origin=instituicao>>. Acesso em 25 fev. 2020.

³ Lançado no Processo Administrativo nº 122-0200/18-0.

1 NOÇÕES GERAIS

1.1 RESPONSABILIZAÇÃO JURÍDICA

Nas relações da vida, as palavras responsabilidade e responsável são usadas em múltiplos contextos, mas, três são os significados mais frequentes: um, no sentido de “dar causa” a algum acontecimento (ex.: a colisão foi responsável pela queda da árvore); outro, no sentido de “responder” pela consequência de algum acontecimento ou ato de alguém (ex.: os pais respondem pelos atos dos filhos); e, por fim, outro, no sentido de ser “depositário”, fazer a “guarda” ou “zelar” por algo (ex.: o quadro está sob minha responsabilidade).

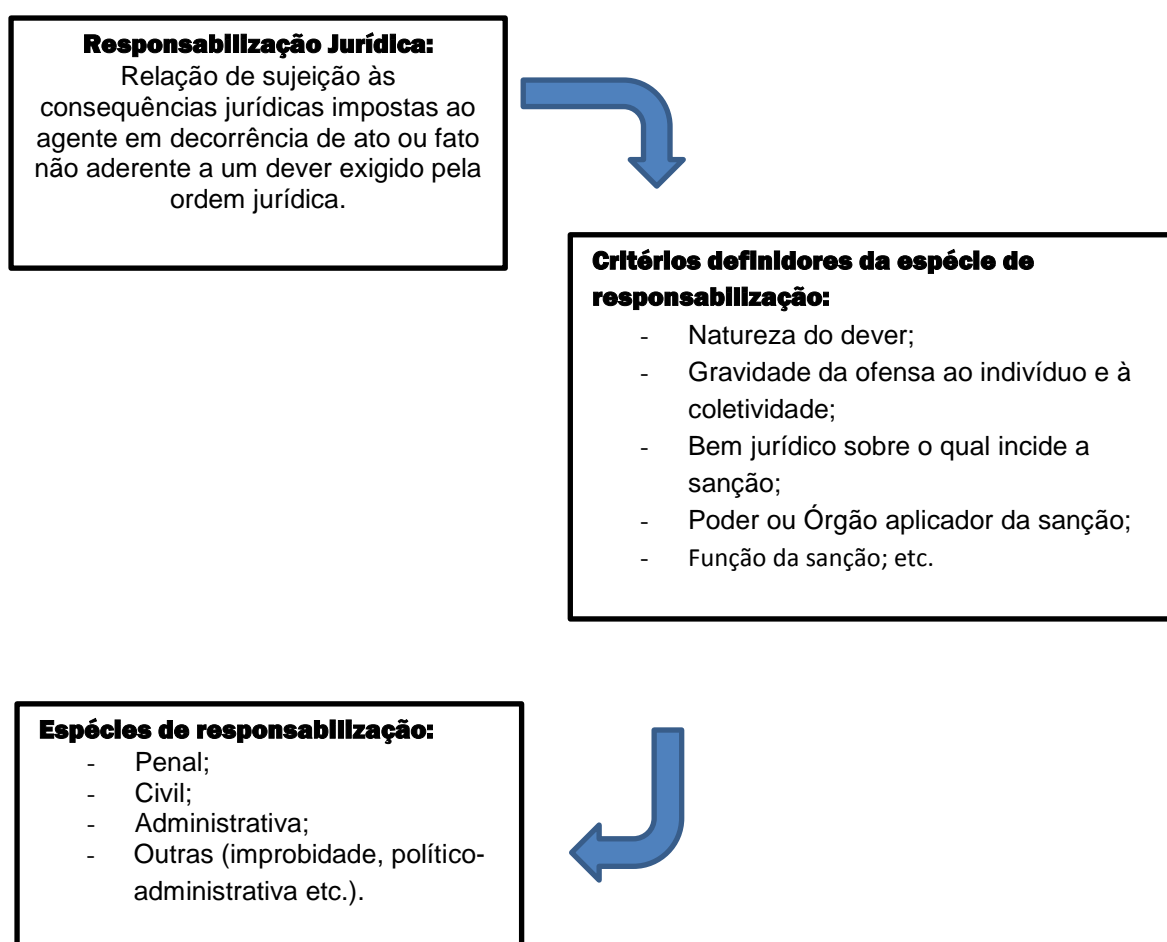
Esses significados coincidem, mais ou menos, com a etimologia remota da palavra, radicada nas expressões latinas *respondere* e *spondeo*⁴, que, na época romana, traduziam, respectivamente, as ideias de “restituir”, “reparar” e, no caso da última, “garantir”.

No campo do direito, a expressão ganha um sentido mais específico. Num balanço entre muitas definições, podemos dizer que: “responsabilização jurídica é a sujeição às consequências de resposta do Estado desencadeadas por ato ou fato não aderente a um dever exigível do agente pela ordem jurídica”.

Também é muito comum ouvirmos que existem “esferas” distintas de responsabilidade. Daí que uma sanção disciplinar de suspensão, aplicada ao servidor que descumpra dever funcional, é definida como de “natureza administrativa”; a obrigação de indenizar a vítima, em acidente de trânsito, quanto ao valor do conserto de seu veículo, tem “natureza civil”; e a sanção de reclusão imposta a quem pratica um crime de roubo tem “natureza penal”.

⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.18.

No entanto, o que define se uma responsabilidade é administrativa, civil ou penal? Normalmente, essas esferas são demarcadas por critérios materiais, tais como a importância do bem da vida a ser protegido; a gravidade da conduta para a convivência em sociedade; o grupo ou indivíduo atingido; o tipo de consequência jurídica e sua finalidade (punição, reparação, admoestação); e/ou critérios formais, tais como o órgão que está encarregado de aplicar a sanção (se pertence ao Poder Judiciário ou a outro Poder) e o campo da legislação de onde se extrai a enunciação do dever que foi inobservado.



Em resumo: *responsabilização jurídica* é a sujeição às consequências de resposta do Estado ao descumprimento de um dever imposto pelo ordenamento. Há espécies ou esferas de responsabilização (como penal, civil e administrativa), que são definidas conforme o bem ou vítima atingidos, gravidade da conduta, legislação ou órgão que aplica a sanção.

1.2 RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PERANTE OS TRIBUNAIS DE CONTAS

1.2.1 Contextualização

Há algumas décadas que a natureza dos tribunais de contas e a possibilidade ou não de suas decisões serem revisadas, pelo Poder Judiciário, são questões discutidas pela doutrina e jurisprudência⁵.

Já as questões sobre *em relação a quem e como* deve ser operada a responsabilização, no âmbito da jurisdição desses órgãos, passaram a ser discutidas com mais atenção somente após a Constituição de 1988. De lá para cá, evoluiu-se para o entendimento de que os tribunais de contas exercem jurisdição ampla, que alcança, não só os agentes públicos, mas, também, agentes privados que administrem recursos públicos ou que, por relação conexa à gestão, tenham dado causa a prejuízo ao erário⁶.

5 A despeito dos dissensos, a compreensão mais aceita tem sido a de que o tribunal de contas é um órgão de *estatura constitucional* (previsto na Constituição), *autônomo e independente* (não integra ou se subordina a outro Poder), que exerce uma *função constitucional peculiar* (controle externo), atuando ora como auxiliar do Poder Legislativo (como quando emite o parecer prévio), ora como órgão julgador, hipótese essa em que prolata decisões judicialiformes qualificadas como de *natureza administrativa especial* ou de *natureza singular*, apenas revisáveis pelo Poder Judiciário em hipóteses de *vício formal* ou *ilegalidade manifesta*. Como assinala Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “a decisão do Tribunal de Contas, se não se iguala à decisão jurisdicional, porque está sujeita a controle pelo Poder Judiciário, também não se identifica com a função puramente administrativa. Ela se coloca a meio caminho entre uma e outra. Ela tem fundamento constitucional e se sobrepõe à decisão das autoridades administrativas” (*in Coisa Julgada - Aplicabilidade a Decisões do Tribunal de Contas da União*. Revista do TCU nº 70/1996, pág. 23). Essas premissas explicam a adjetivação de “colorido quase-jurisdicional” que foi empregada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Sepúlveda Pertence, no julgamento do MS 23.550-1, e a jurisprudência formada nas últimas décadas no sentido de que “o Tribunal de Contas pratica ato insusceptível de revisão na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal ou tísna de ilegalidade manifesta” (STF, MS 7280).

6 É o que vem entendendo a jurisprudência. Nesse sentido: “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 gera dinheiro público ou administra bens ou interesses da comunidade deve contas ao órgão competente para a fiscalização” (STF, MS 21.644 e MS 26.969). (Grifou-se). Ainda: “Não há abuso de poder ou ilegalidade na atuação do TCU, em face de terceiro que, juntamente, com o gestor público, concorreu para o resultado danoso ao Erário, bem como o reconhecimento da legalidade do acordo extrajudicial celebrado entre o antigo DNER e os impetrantes não se apresenta como direito líquido e certo a ser amparado na via do mandamus” (STF, MS 24.379/DF). (Grifou-se). Também: “Desse modo, é assente que a parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal alcança os agentes particulares, os quais terão de prestar contas e serão sujeitos à jurisdição do TCU, caso deem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” (Acórdão TCU nº 946/2013-Plenário). (Grifou-se). Diz a **Súmula TCU nº 286**: “A pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias de recursos federais feitas com vistas à consecução de uma finalidade pública responde solidariamente com seus administradores pelos danos causados ao erário na

Outrossim, quando pensamos em responsáveis perante esses tribunais, é comum lembrarmos-nos daquelas autoridades que ocupam a condição de administrador ou dirigente máximo da unidade jurisdicionada ou, ainda, de ordenador de despesas. Por quê? A explicação está, em parte, no regime anterior ao da Constituição de 1988.

1.2.2 As mudanças constitucionais e seus reflexos

Se lermos a Constituição de 1967 e a compararmos com a Carta atual, veremos que, na primeira, a fiscalização se limitava ao campo *financeiro* e *orçamentário*, operada por exames mais formais, baseados em levantamentos contábeis e centrados na verificação da legalidade ou ilegalidade da despesa.

Constituição de 1967 (+ EC 1/1969)	Constituição de 1988
<p>Art. 70. A fiscalização <u>financeira e orçamentária</u> da União será exercida pelo Congresso Nacional mediante controle externo e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, instituídos por lei.</p> <p>§ 1º O controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União e compreenderá a apreciação das contas do Presidente da República, <u>o desempenho das funções de auditoria financeira e orçamentária</u>, bem como o julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos.</p>	<p>Art. 70. A fiscalização <u>contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial</u> da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à <u>legalidade, legitimidade, economicidade</u>, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.</p>

A tipologia de fiscalização do regime anterior fica mais evidente quando analisamos trabalhos antigos. As imagens abaixo são de um trabalho do Corpo Técnico do TCE/RS, lavrado no **ano de 1975**, extraído do Processo de Inspeção Ordinária nº 3500.43.108.75 (PM de Santa Maria). As análises eram guiadas por

aplicação desses recursos”. Também, nesse sentido, foi o Relatório elaborado pela Comissão de Estudos sobre Responsabilização, constituída, no âmbito desta Casa, pela Portaria nº 1319/2018 (lançado no Processo Administrativo nº 122-0200/18-0). Consta daquele trabalho que “a Comissão reafirmou a conclusão de que o TCE-RS possui competência constitucional para responsabilizar agentes privados – pessoas físicas (naturais) e jurídicas”.

checklists (Figura 1); depois delas, seguiam anotações complementares (Figura 2); e, por fim, a descrição das irregularidades detectadas (Figura 3):

Figura 1 – Trecho do checklist

	SIM	NÃO
3. DO BOLETIM DE TESOURARIA (OU OUTRO SISTEMA)		
1.3.1.- O BOLETIM É EFETUADO:		
a - DIARIAMENTE ?	X (*)	
b - PELA TESOURARIA ?	X	
1.3.2.- O BOLETIM É ASSINADO PELO:		
a - TESOUREIRO ?	X	
b - SECRETÁRIO (OU DIRETOR) DA FAZENDA ?		
c - PREFEITO MUNICIPAL ?		
1.3.3.- O BOLETIM REGISTRA OS SALDOS:		
a - EM NUMERÁRIO DISPONÍVEL ?	X	
b - EM NUMERÁRIO REF. DEP. DE TERCEIROS ?		
c - EM BANCOS ?	X	
d - EM TÍTULOS E VALORES ?	X	

3. Do boletim de tesouraria (ou outro sistema) / Sim Não

1.3.1. O boletim é efetuado:

a – diariamente?

b – pela tesouraria?

1.3.2. O boletim é assinado pelo:

a – tesoureiro?

b – secretário (ou Diretor) da Fazenda?

c – Prefeito Municipal?

1.3.3. O boletim registra os saldos:

a – em numerário disponível?

b – em numerário ref. dep. de terceiros?

c – em bancos?

d – em títulos e valores?

Figura 2 - Trecho da ficha complementar com anotações

ITENS	ESCLARECIMENTOS
1.2	A Prefeitura mantém além do cargo de Tesoureiro, o de fiel de Tesoureiro e Pagador, conforme decretos anexos.
1.3.1	Deve-se registrar no entanto, que os tributos arrecadados por bancos, somente são incluídos nos registros Municipais nos fins de mês.
1.4.1 e 1.4.3	Vide Termo de Inspeção da Tesouraria.

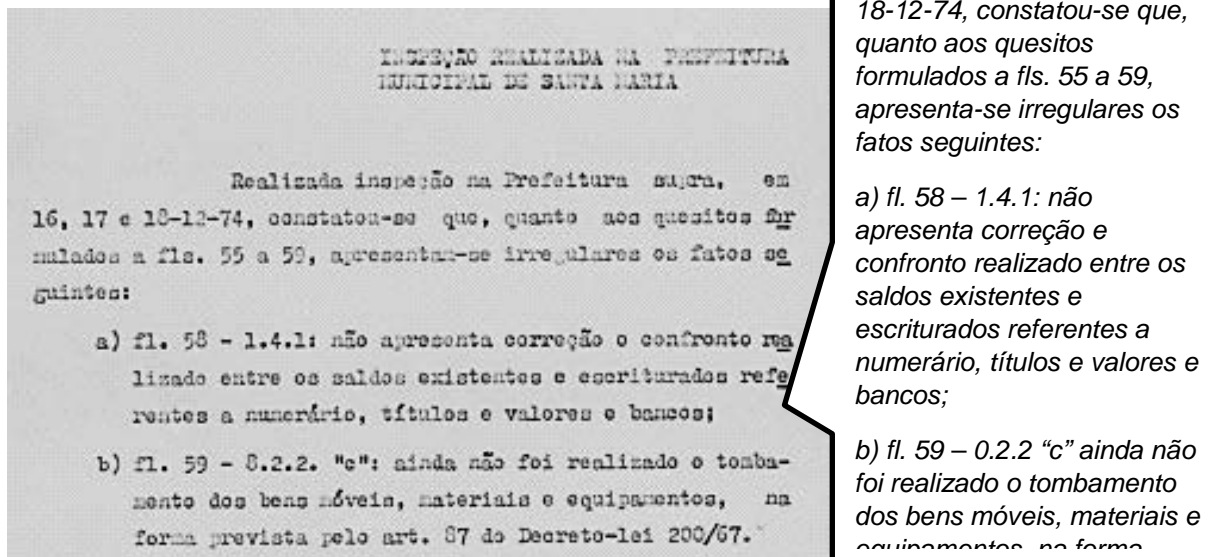
Esclarecimentos

1.2 A Prefeitura mantém além do cargo de Tesoureiro, o do fiel de Tesoureiro e Pagador, conforme decretos anexos.

1.3.1 Deve-se registrar, no entanto, que os tributos arrecadados por bancos, somente são incluídos nos registros Municipais nos fins de mês.

1.4.1 e 1.4.5 vide Termo de Inspeção de Tesouraria.

Figura 3 – Descrição das duas irregularidades detectadas



Como se pode perceber, os exames eram, marcadamente, formais e de viés financeiro, contábil e orçamentário; coincidentes, em alguma medida, com o conceito tradicional de *auditoria de demonstrações financeiras e contábeis*.

É compreensível, portanto, que, naquele cenário, a interlocução do controle se estabelecesse, predominantemente, com a autoridade, o administrador superior ou dirigente e com o ordenador de despesas, já que estes atores seriam os principais responsáveis por “executar e controlar o orçamento”, “realizar a despesa” e dela, portanto, “prestar contas”⁷ – responsabilidade da qual poderiam se eximir, dependendo do caso, mediante instauração de tomada de contas especial⁸.

⁷ Em julgado do Supremo Tribunal Federal (STF) do ano de 1982, colhe-se: “Mandado de segurança contra o Tribunal de Contas da União. [...] 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. Coincidência, ao contrário do que foi alegado, entre a acusação e a condenação, no tocante à irregularidade da licitação. Mandado de segurança indeferido” (MS 20.335/DF, de 13/10/1982, relator Ministro Moreira Alves). (Grifou-se).

⁸ Aliás, como anota Luciano Souza, no regime anterior ao de 1967, o tribunal de contas sequer estava autorizado a realizar auditorias *in loco*: “É oportuno ressaltar que, na Constituição de 1946, o Tribunal de Contas não tinha competência de realizar auditorias *in loco*; os ordenadores de despesa da Administração Direta não estavam sujeitos à tomada de contas, salvo nos casos de desfalque, desvio e outras irregularidades de igual porte; os atos da despesa estavam obrigados, como já

Com a Constituição de 1988, o espectro de atuação do controle externo foi sensivelmente ampliado. A fiscalização não se circunscrevia mais aos campos *financeiro e orçamentário* e à perspectiva da *legalidade estrita*. Foi fraqueado, também, o controle *operacional* da Administração e a verificação da *legitimidade, economicidade e eficiência* de seus atos, dentre outras adições de competências⁹.

Esse redesenho das competências, combinado com a evolução das administrações, traduzida na progressiva *departamentalização e descentralização*, foi tornando mais complexa a fiscalização e, por conseguinte, o debate travado nos processos de conta.

E, logicamente, tornou-se mais complexa a tarefa de imputar responsabilidades. Isso porque, ao se abrir flancos como os da *legitimidade e economicidade*, o olhar dos órgãos de controle não estaria mais tão adstrito aos aspectos de *forma*. Não bastava saber, apenas, se determinado ato estava ou não autorizado pela lei. **Outras perguntas passaram a ser feitas:** a despesa estava condizente com o interesse público? Os preços estavam condizentes com a realidade de mercado ou de contratações públicas? A contratação realizada se sustenta sob um ângulo de custo e benefício?

Nesse movimento, ficariam mais explícitas situações em que as condutas de outros atores da Administração eram prevalentes na cadeia causal determinante da inconformidade constatada.

Aliada a essa percepção, os mencionados fenômenos da *departamentalização e da descentralização* tornariam mais flagrantes aqueles casos em que incorreções praticadas por outros agentes teriam remota probabilidade de detecção, por parte do administrador superior ou do ordenador - mesmo que estes estabelecessem rotinas de controle de razoável acuidade.

Como resultado, o controle externo passou a observar, com mais atenção, condutas de outros atores: o diretor da unidade que produz a pesquisa de preço

assinalado, ao registro prévio ou posterior ou à tomada de contas; e os contratos administrativos, que interessavam à receita e à despesa, eram previamente registrados” (SOUZA, Luciano Brandão Alves de. A Constituição de 1988 e o Tribunal de Contas da União. **Revista de Informação Legislativa**, ano 26, n. 102. Brasília: Senado Federal, p. 173-184, abr-jun, 1989).

⁹ MILESKI, Helio Saul. O Ordenador de Despesas e a Lei de Responsabilidade Fiscal. Conceituação e Repercussões Jurídico Legais. Artigo publicado na revista **Interesse Público**, Ano 4, nº 15, julho/setembro de 2002 – Porto Alegre: NotaDez.

incorreta, o fiscal que atesta a alocação de um material que não foi empregado na obra, o técnico que elabora o projeto básico contendo inconsistência etc.

Para tanto, tornar-se-ia necessário um maior esclarecimento dos critérios jurídicos de responsabilização. O tema, então, passou a ter maior destaque na pauta da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), como veremos no próximo tópico.

Em resumo. O controle exercido, pelo Tribunal de Contas, até a Constituição de 1967, era mais *formal*, centrando-se nos espectros *financeiro* e *orçamentário* e sob a perspectiva da legalidade da despesa. A fixação da responsabilidade recaía, prevalentemente, no administrador ou dirigente e no ordenador de despesas. Com a Constituição atual, o perímetro de controle foi ampliado, divisando-se aspectos como *legitimidade*, *economicidade* e *eficiência*. Esse quadro, aliado à sofisticação organizacional da Administração, tornou mais presente a responsabilização de outros atores.

1.2.3 A utilização de outros ramos do direito para definir critérios

Alguns países tratam a responsabilização de agentes perante os tribunais de contas como uma categoria autônoma de responsabilidade, denominando-a de “responsabilidade financeira” ou “responsabilidade contábil”¹⁰. É o caso, por exemplo, de Portugal, que, na Lei n° 98/97, trata com minudências esses e outros aspectos¹¹.

¹⁰ GOMES, Emerson Cesar da Silva. **Responsabilidade financeira** – uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, pp. 13 a 15.

¹¹ Apenas para exemplificar a abordagem feita pela lei portuguesa sobre aspectos relativos à responsabilização de agentes, seguem alguns artigos dela extraídos: “Artigo 61º - Responsáveis: 1 - Nos casos referidos nos artigos anteriores, a responsabilidade pela reposição dos respectivos montantes recai sobre o agente ou agentes da acção. [...] 5 - A responsabilidade prevista nos números anteriores só ocorre se a acção for praticada com culpa. [...]. Artigo 64º - Avaliação da culpa. 1 - 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. 2 - Quando se verifique negligência, o Tribunal pode reduzir ou relevar a responsabilidade em que houver incorrido o

No Brasil, a despeito de as leis orgânicas tratarem alguns aspectos materiais e processuais da responsabilidade, a ausência de disposições específicas sobre critérios de responsabilização, à semelhança das que existem em legislações estrangeiras, levou a doutrina e jurisprudência a buscar em outros ramos do direito esses critérios.

Como as principais consequências das decisões dos tribunais de contas estão no campo *patrimonial* (débito) e *sancionatório-punitivo* (multa e outras sanções), a responsabilização surgiu, aqui, de uma confluência de regras e princípios extraídos da Constituição e das legislações administrativas, civil e penal. Em material produzido pelo TCU, consta a seguinte observação¹²:

O processo nas cortes de contas se aproxima do Direito Civil, quando se trata de reparar um prejuízo causado ao Erário. E, de outra banda, se achega a princípios do Direito Penal, nas hipóteses de aplicação de pena.

Na trajetória de construção da jurisprudência, merece destaque o **Acórdão TCU nº 46/2001 - Plenário**, um dos precedentes considerados paradigmáticos sobre o tema. Nesse *case*, a responsabilidade de um dos agentes foi afastada sob o fundamento de ausência de culpa, não sendo exigível, do agente, naquelas circunstâncias, a conferência detalhada de todos os atos de seus subordinados. Transcreve-se trecho da fundamentação contida no Voto do Ministro José Antônio de Barreto Macedo:

A Constituição Federal, ao tempo em que adotou a teoria da responsabilidade objetiva, relativamente às pessoas jurídicas de direito público e às de direito privado prestadoras de serviços públicos consagrou a teoria da responsabilidade subjetiva para fins de reparação do patrimônio dessas entidades em razão do dano causado pelo agente, conforme se observa no art. 37, § 6º, *in verbis*:

[...]

2. O Código Civil também alberga a teoria da responsabilidade subjetiva, estabelecendo, em seu art. 159, que a obrigação de reparar o dano fica

infrator, devendo fazer constar da decisão as razões justificativas da redução ou da relevação. [...]. Artigo 65º - Responsabilidades financeiras sancionatórias. 9 - A 1ª e 2ª Secções do Tribunal de Contas podem relevar a responsabilidade por infração financeira apenas passível de multa quando: a) Se evidenciar suficientemente que a falta só pode ser imputada ao seu autor a título de negligência; b) Não tiver havido antes recomendação do Tribunal de Contas ou de qualquer órgão de controlo interno ao serviço auditado para correção da irregularidade do procedimento adotado; c) Tiver sido a primeira vez que o Tribunal de Contas ou um órgão de controlo interno tenham censurado o seu autor pela sua prática”.

¹² TCU. Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU – Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos. **Aula 1 – Introdução à Responsabilidade**. Instituto Serzedello Corrêa, 2013, p. 10.

condicionada a "ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência". Nesse compasso, tem-se como elemento essencial para o dever de indenizar o fator culpa entendido em sentido amplo, dolo ou culpa em sentido estrito.

3. Não basta, portanto, que o dano decorra de um comportamento humano, sendo necessário que o autor da conduta a tenha praticado com a intenção deliberada de causar prejuízo, configurando, *in casu*, o dolo ou, de outro turno, que tenha havido violação de um dever de cuidado da parte do agente, caracterizando a culpa em sentido estrito. Nesse sentido, é a lição de Orlando Gomes (*in* Obrigações, 12 ed. Editora Forense, 1998, p. 264):

[...]

6. Vê-se, portanto, que a culpa é substancialmente um descuido. Ocorre que, de outro tanto, a lei não vem a dizer o que é descuido, não traçando a norma de conduta. Remete ao juiz, ao analisar o caso concreto, a incumbência de dizer qual a conduta devida pelo agente naquelas circunstâncias. O art. 159 do Código Civil expressa, em verdade, um princípio, consubstanciando o que se denomina na doutrina de norma aberta ou cláusula geral.

[...]

18. Cumpre, nesta oportunidade, apreciar as alegações de defesa oferecidas, com vistas a avaliar, à luz da doutrina e das disposições legais aplicáveis à espécie, se a conduta do referido militar configura a hipótese de culpa, atentando, sempre, que a responsabilidade que se apura nos presentes autos é de natureza subjetiva.

[...]

29. Nessas circunstâncias, lícito presumir que a conferência *pari passu* do trabalho de todos os subordinados, em nível de detalhamento, poderia tornar inviável o exercício das demais atribuições que lhe eram cometidas, consubstanciando, efetivamente, retrabalho, com inegável prejuízo à eficiência e à eficácia que devem caracterizar o trabalho de todo servidor.

(Grifou-se).

Desde então, viu-se solidificar, no âmbito do TCU, jurisprudência no sentido de que “condena-se o gestor baseado na responsabilidade subjetiva do agente público, apurada pela verificação do nexo de causalidade entre a infração praticada ou o dano experimentado e o comportamento do agente”¹³.

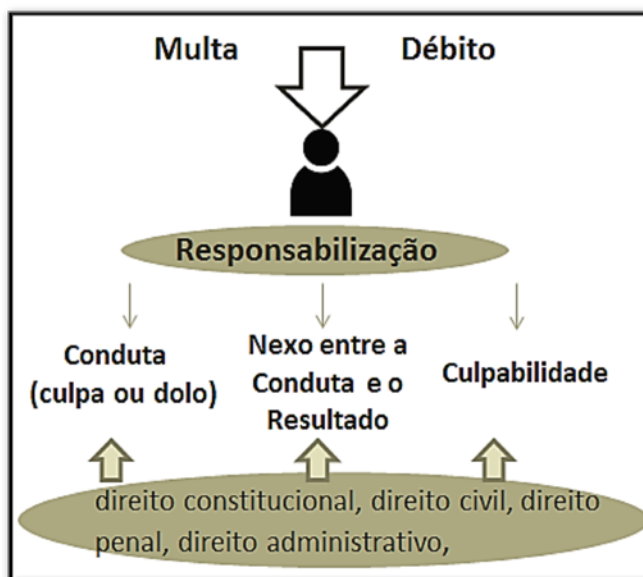
A esse critério foram agregados outros. Como anotado, em linhas atrás, para além da recomposição patrimonial (e da aplicação, para tanto, do arcabouço da responsabilidade civil), a atuação do controle externo pode resultar, também, na incidência de outras sanções, como multas e restrições de direitos.

Por essa peculiaridade, a jurisprudência do TCU, em paulatino processo de

¹³ Enunciado extraído do **Acórdão TCU nº 7378/2019 – Primeira Câmara**. Também é ilustrativo o **Acórdão TCU nº 6479/2014-Segunda Câmara**, o qual sintetiza os critérios de responsabilização. Vejamos: “a responsabilidade perante os tribunais de contas é de natureza subjetiva, se origina de conduta comissiva ou omissiva do agente, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos do Estado ou ainda aos que, sem deter essa condição, causarem prejuízo aos cofres públicos”.

construção¹⁴, passou a utilizar *avaliação de culpabilidade* e *excludentes de culpabilidade* e de *antijuridicidade*, como, respectivamente, “inexigibilidade de conduta diversa” e “estado de necessidade”, categorias usuais, especialmente, no Direito Penal, para mitigar ou afastar, em casos específicos, as consequências da condenação, o que veio tornar mais sofisticado o critério de responsabilização¹⁵.

A figura abaixo busca oferecer uma visão geral:



Essa experiência jurisprudencial foi refletida, então, no formato de ferramenta denominada “matriz de responsabilização” (que será abordada no Capítulo 2), ferramenta esta que busca congrega todos esses aspectos da responsabilização e que tem sido adotada pela maioria dos órgãos de controle (externo e interno).

Mais, recentemente, adveio a Lei nº 13.655/2018, que introduziu vários

¹⁴ Interessante notar que essa evolução foi eminentemente jurisprudencial. Não há normas legais ou regimentais, no âmbito daquela Corte, que regem a matéria. A esse respeito, colhe-se do **Acórdão TCU nº 483/2017-Plenário**: Nos processos de controle externo, os fatores que influenciam na dosimetria da pena não estão estabelecidos em lei ou no nosso regimento, mas decorrem de nossa própria construção jurisprudencial, feita paulatinamente a cada situação concreta. [...]. (Grifou-se).

¹⁵ Para exemplificação de julgados nesse sentido: No âmbito dos processos do TCU, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos, com base no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, é de natureza subjetiva, seguindo a regra geral da responsabilidade civil. [...]. Deve ser verificada, ainda, a ocorrência de eventual excludente de culpabilidade, tal como inexigibilidade de conduta diversa ou ausência de potencial conhecimento da ilicitude. (**Acórdão TCU nº 2781/2016-Plenário**). (Grifou-se). Prestação de contas do exercício de 1993. [...] Estado de necessidade. Direito constitucional à saúde. [...]. Assim, entendo que foi reconhecida a situação de necessidade, por parte do Hospital, da manutenção da prestação dos serviços públicos de saúde, sendo que, prescindir da mão-de-obra contratada, poderia significar negação ao direito à saúde, previsto no artigo 6º da Constituição Federal. Dessa forma, deixo de acatar as proposições de irregularidade das contas e aplicação de multa aos responsáveis. (**Acórdão TCU nº 107/2002 – Plenário**). (Grifou-se).

dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). De um modo geral, pode-se dizer que a lei reafirmou, obliquamente, algumas premissas que já haviam sido apropriadas pela jurisprudência (como a necessidade da presença do elemento subjetivo na conduta)¹⁶. Dentre os aspectos mais relevantes, destacam-se a previsão de temperamentos à aplicação de *sanções* (art. 22) e a necessidade de caracterização de *erro grosseiro* ou *dolo* para que haja responsabilização pessoal do agente (art. 28)¹⁷ – as implicações desta lei serão melhor abordadas no Capítulo 4.

Longe de haver um modelo acabado de imputação de responsabilidade, os arquétipos existentes estão em contínua evolução e, conforme o órgão, em diferentes estágios de desenvolvimento¹⁸.

Em resumo, a ausência de legislação específica sobre responsabilização de agentes, perante os tribunais de contas, culminou na utilização de critérios da responsabilidade civil subjetiva e de algumas categorias mais usuais no campo penal. A Lei 13.655/2018 previu temperamentos às sanções e à necessidade de caracterização de erro grosseiro ou dolo para que o agente possa ser pessoalmente responsabilizado.

¹⁶ Sobre este ponto, a Nota Técnica nº 1/2018, produzida pela Consultoria Técnica desta Casa (disponibilização direta pelo link <<https://atosoficiais.com.br/tcers/nota-tecnica-n-1-2018?origin=instituicao>>. Acesso em 25 fev. 2020), ao comentar o art. 22 da referida lei, assim consignou: “Cabe acrescer, que tanto o caput quanto seu parágrafo, ao enunciar que serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, pressupõe uma avaliação do fato e da conduta, o que indica a necessidade de valorar-se a culpa do sujeito, enviando, por via reflexa, à ideia de responsabilidade subjetiva, haja vista que Culpabilidade encerra um forte significado de ‘evitabilidade’”. (Grifou-se).

¹⁷ Transcreve-se parte do texto legal: “Art. 22. 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. § 1º 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. § 2º 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. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. [...] Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas, em caso de dolo ou erro grosseiro”.

¹⁸ Daí a crítica de Jacoby Fernandes, em recente obra: “Se aos órgãos de controle ainda faltam poderes para quebra de sigilo fiscal e bancário – o que se verá não procede, faltam-lhes, ainda mais, uma estrutura organizada de imputação de responsabilidade”. (Grifou-se). Extraído de **Manual do ordenador de despesas**: à luz do novo regime fiscal. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 42.

1.2.4 A responsabilização e a culpa presumida

Mas, se o gestor público está adstrito ao princípio da legalidade e tem o dever de prestar contas, diante de uma situação de ilegalidade/irregularidade, não caberia a ele o ônus de comprovar que agiu de acordo com a lei? Se a resposta é sim, por que, então, seria necessário falar em culpa como pressuposto da responsabilização?

Existem situações em que a questão de se saber a quem pertence o “ônus da prova” pode tornar um pouco confuso o critério de responsabilização que está sendo aplicado, podendo gerar a percepção de que se está diante de *uma responsabilidade objetiva*¹⁹ ou próximo a isso. Tais situações ocorrem, principalmente, em matéria de direito financeiro, como quando o ordenador não comprova, adequadamente, o emprego dos dinheiros e bens públicos.

Observe que, mesmo nessas situações, a responsabilidade **permanece sendo subjetiva**, mas fundada em *culpa presumida*²⁰, já que cabe, originariamente, ao gestor, a apresentação dos elementos necessários à prestação de contas quanto à legalidade de seus atos e regularidade na aplicação dos recursos. Nesse sentido, o Ministro Benjamin Zymler no **Acórdão TCU nº 1905/2004-Segunda Câmara**:

Insistiu o recorrente na tese de que o débito somente lhe poderia ser atribuído se provados, além da ocorrência do dano, a culpa ou o dolo. Por certo não se aplica, no âmbito do processo no TCU, a teoria da responsabilidade objetiva, que prescinde a demonstração de culpa ou dolo. Contudo, o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal impõe ao gestor público o dever de demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos sob sua guarda, sendo que a omissão ou falta de exação no cumprimento dessa obrigação induz a presunção de culpa. Não cabe ao Tribunal de Contas da União provar a culpa do agente público, mas antes exigir que esse demonstre, por meio da competente prestação de contas,

¹⁹ Na responsabilidade objetiva, é desnecessária a presença da culpa, bastando a demonstração do dano causado e do nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano.

²⁰ Não se desconhece os dissensos doutrinários acerca da culpa presumida. Para alguns, algumas hipóteses de incidência dessa modalidade teriam sido “objetivadas” pelo Código Civil de 2002. Nesse sentido, Flavio Tartuce (*in Manual de Direito Civil*. Método, 7. ed., 2017): “Deve-se concluir, como parcela majoritária da doutrina, que não se pode falar mais nessas modalidades de culpa presumida, hipóteses anteriores de responsabilidade subjetiva. Essa conclusão se dá porque as hipóteses de culpa in vigilando e culpa in eligendo estão regulamentadas pelo art. 932 do CC, consagrando o art. 933 a adoção da teoria do risco, ou seja, que tais casos são de responsabilidade objetiva, não se discutindo culpa”. Não obstante essas posições, como destacado na análise técnica contida no **Acórdão TCU nº 828/2013-Plenário**, “a responsabilidade nos julgados desta Corte de Contas continua seguindo o modelo de responsabilidade subjetiva, ainda que em muitos casos por culpa presumida (‘in re ipsa’ ou ‘culpa contra a legalidade’). Tal sistema, diferentemente da responsabilidade objetiva, ainda permite ao responsabilizado afastar a culpa a ele atribuída, trazendo aos autos as devidas comprovações”.

que administrou o patrimônio público de acordo com a lei. Caso não logre produzir tal prestação de contas, restará presumida sua culpa.

(Grifou-se).

A *culpa presumida* funda-se, aqui, na compreensão de que, no regime público, como o agente está adstrito ao princípio da legalidade e à obrigação de prestar contas - sendo um *dever* seu demonstrar a aderência de seus atos ao ordenamento, bem como comprovar o regular emprego dos recursos públicos que foram confiados -, uma vez identificada irregularidade ou ilegalidade cuja responsabilidade lhe está sendo imputada, instaura-se **presunção de culpa**, cujo ônus de prova em sentido contrário lhe competirá²¹.

Trata-se de uma racionalidade jurídica largamente utilizada pelos tribunais de contas, na fundamentação de suas decisões. É muito utilizada em circunstâncias envolvendo, por exemplo, “omissão de prestar contas”²².

Há de se obtemperar os casos em que a atuação se desenvolve num contexto de “fiscalização” – assim entendido aquele em que o tribunal, espontânea ou provocadamente, vai ao encontro do jurisdicionado para exame de atos específicos de uma gestão²³. Neste, a invocação da presunção de culpa poderá

²¹ No âmbito do TCU, o interessante material **Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU** – Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos (2013), produzido pelo Instituto Serzedello Corrêa, traz um elucidativo esboço desse raciocínio (p. 17): “Ao contrário do direito comum, em que, via de regra, a pessoa pode fazer tudo o que não está proibido pela norma, no direito público, o gestor só pode fazer o que a lei permite. O descumprimento da norma traz um indicativo de negligência em relação ao que dispunha o texto legal. Isso não significa dizer, contudo, que o descumprimento da norma é sinônimo de culpa do infrator. O gestor pode trazer aos autos elementos que demonstrem ter ele agido corretamente, em face das circunstâncias que o cercavam”.

Essa situação assemelha-se, no plano civil, àquela em que há uma norma de conduta para o comportamento, estipulada em lei ou regulamento, como ocorre nos casos de trânsito ou dever de obediência a certas regras técnicas no desempenho de profissões. Alguns autores falam em “culpa contra a legalidade [...]”. Na jurisprudência, o trecho do **Acórdão TCU nº 828/2013 - Plenário** também é emblemático ao abordar o que a doutrina chama de “culpa contra a legalidade”: “Por afrontar diretamente as normas públicas de licitação, nas lições dos melhores doutrinadores (*in* Sergio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 7. ed, 2007, pp. 38-41; ver também Martinho Garcez Neto, Prática da responsabilidade civil, 2. ed., p. 128), fica caracterizada a chamada ‘culpa contra a legalidade’, que atribui ao agente o ônus de comprovar que não teria agido com culpa, nos seguintes termos: ‘A mera infração da norma regulamentar é fator determinante da responsabilidade civil; cria a desfavor do agente uma presunção de ter agido culpavelmente, incumbindo-lhe o difícil ônus da prova em contrário’”.

²² Nesse sentido: “A responsabilização do gestor que não prestou contas dos recursos a ele confiados por meio de ajuste convenial decorre de culpa presumida, na medida em que compete a ele demonstrar a correta utilização desses recursos públicos” (**Acórdão TCU nº 5787/2017-Segunda Câmara**). (Grifou-se).

²³ A jurisprudência costuma chamar de contas ordinárias aquelas que são periodicamente submetidas ao tribunal na forma de prestação de contas e as contas especiais aquelas que são instadas a partir

exigir uma fundamentação mais articulada, podendo ocorrer, a depender do caso concreto, de o seu cabimento ser mais limitado. No **Acórdão TCU nº 1522/2016-Plenário**, o Ministro Benjamin Zymler elucida o balanço do “ônus da prova” em situações de “prestação de contas” e de “fiscalização”:

18. Como é cediço, em processos de fiscalização, não há propriamente prestação de contas. Neles, as supostas irregularidades advêm de constatações obtidas a partir de elementos colhidos por iniciativa do próprio Tribunal, durante a execução do trabalho. Nessa hipótese, os indícios de irregularidades devem ser sustentados por evidências, as quais são consideradas pelo julgador, o Tribunal, na formação de seu convencimento.

19. De qualquer forma, mesmo nos processos de fiscalização, compete aos gestores públicos e aos terceiros interessados darem satisfação ao TCU sobre a regularidade dos procedimentos, ou seja, das despesas realizadas em face de contrato, sob pena de verem, contra eles, a instauração de processo de tomada de contas especial e a eventual condenação em débito.

20. Nesse sentido, as partes interessadas devem oferecer contraprova das evidências e dos fatos deduzidos pela equipe de auditoria e, produzidos, de ofício pelo Tribunal durante a fase de instrução e, ainda, produzir prova dos fatos alegados por elas, que sejam capazes de impedir, modificar ou extinguir o direito que decorreria dos fatos narrados pela Secretaria do Tribunal. Tais evidências formam, juntamente com as carreadas pela fiscalização, o acervo probatório a ser utilizado para o convencimento do TCU, o que permite afirmar que o ônus probatório, mesmo em processos de fiscalização, também compete aos interessados, nos termos mencionados.

21. Embora não seja possível, a rigor, falar de partes antagônicas nos processos do Tribunal, entendo que, grosso modo, a distribuição do ônus probatório nos processos de fiscalização segue a disciplina do art. 373 do Código de Processo Civil, o qual deve ser lido segundo as peculiaridades da atividade de controle externo. Dessa forma, incumbe à Secretaria do Tribunal demonstrar os fatos apurados nas fiscalizações, mediante a juntada das evidências que os suportem, e aos órgãos fiscalizados e aos terceiros interessados, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dos deduzidos pelo corpo instrutivo do Tribunal a partir das evidências colhidas na auditoria ou na instrução.

(Grifou-se).

Assim, diferentemente da situação em que o gestor deixa de apresentar documentos comprobatórios de prestação de contas de recurso (caso em que se instaura *culpa presumida* em relação ao agente e torna desnecessário que a Equipe de Auditoria “prove”, também, o emprego irregular daquele recurso), há outras

de prejuízo detectado em ações de fiscalização. Transcreve-se trecho do **Acórdão TCU nº 946/2013-Plenário** que é elucidativo: “[...] 48. A segunda parte do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, por sua vez, atribui ao TCU a competência para julgar: ‘II – [...] as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público’. (segunda parte). 49. Nesse caso, exige-se um evento específico para ocorrer a necessidade da apresentação das contas, qual seja, a existência de eventual prejuízo ao patrimônio público. Por isso, trata-se de contas especiais ou não ordinárias”. (Grifou-se). Vide, também, ainda sobre essa distinção, o parágrafo 23 do Voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Luís Roberto Barroso, no julgamento do **RE 848826/DF** por aquela Corte.

situações em que a formação do mosaico probatório caberá, prevalentemente, à Equipe, que deverá coligir evidências suficientes²⁴. **Por exemplo:** um apontamento que afirma a ocorrência de contratação e pagamento de valores superfaturados deverá estar acompanhado de elementos que suportem a caracterização do superfaturamento e que permitam, também, a identificação da conduta do agente imputado como responsável.

É óbvio que a comparação de exemplos feita acima é simplista e revela apenas uma linha geral de raciocínio técnico-jurídico, sendo incapaz de encerrar as múltiplas especificidades que podem advir do caso concreto. Por isso, caberá ao julgador conferir os temperamentos e as calibrações necessárias à luz dessas especificidades²⁵.

Em resumo, mesmo naquelas situações em que há omissão de prestação de contas ou quando o agente é responsabilizado por não comprovar o emprego regular dos recursos, a responsabilidade permanece sendo de natureza subjetiva (e não objetiva), mas baseada na teoria da *culpa presumida*²⁶.

²⁴ Nesse sentido: “Em processos de auditoria, o ônus da prova sobre ocorrências consideradas ilegais cabe ao TCU, devendo tais ocorrências estar acompanhadas de fundamentação que permita a identificação do dano, da ilegalidade, do responsável por sua autoria e da entidade ou empresa que tenha contribuído para a prática do ato ilegal”. (**Acórdão TCU nº 721/2016 - Plenário**).

²⁵ Assim, há particularidades que dependem do caso concreto. Ainda no exemplo de superfaturamento, se os preços constam de sistemas oficiais de referência, cabe à Equipe apenas a evidência da divergência do preço contratado com aquele do sistema oficial, e cabe ao responsável, se essa for a matéria deduzida em sua defesa, a prova de que os preços oficiais não se aplicam ao caso concreto. Nesse sentido: “Compete aos responsáveis comprovar, a partir de elementos fáticos, suas alegações de que os preços extraídos de sistemas oficiais de referência não se aplicam ao caso concreto ou necessitam de adequação para tanto, uma vez que esses sistemas da Administração refletem os preços de mercado e gozam de presunção de veracidade e de legitimidade, razão pela qual podem e devem ser considerados para a análise de adequação de preços e apuração de eventual superfaturamento”. (**Acórdão TCU nº 1000/2017-Plenário**). (Grifou-se).

²⁶ O trecho abaixo transcrito, extraído do já mencionado **Acórdão TCU nº 5787/2017-Segunda Câmara**, reforça a explanação feita anteriormente: “13. A responsabilização pela utilização de recursos públicos federais no âmbito desta Corte de Contas, de fato, não comporta a teoria da responsabilidade objetiva, na medida em que necessário se faz demonstrar, ao menos, culpa do responsável na utilização indevida desses recursos, a exemplo do que restou decidido pelos Acórdãos 433/2012-TCU-Plenário, 249/2010-TCU-Plenário e 487/2008-TCU-Plenário, entre tantos outros. 14. Ocorre que o TCU tem adotado, em regra, com relação à avaliação da culpabilidade em ajustes convenientes, a teoria da culpa presumida, segundo a qual compete ao responsável demonstrar a correta utilização dos recursos públicos que lhe foram confiados, na medida em que, violado o dever jurídico de prestar contas, nasce para o responsável a obrigação de ressarcir os valores correspondentes. Em outras palavras, nesta hipótese, perfaz-se a presunção relativa de que os recursos repassados não foram aplicados corretamente”. (Grifou-se).

2 MATRIZ DE RESPONSABILIZAÇÃO

2.1 DEFINIÇÃO

Elaborada pelo TCU, por volta do ano de 2001, a *matriz de responsabilização* é uma espécie de formulário que serve como ferramenta de explicitação sintética das informações sobre o agente indicado como responsável e os fundamentos que amparam a responsabilização²⁷. Deve ser preenchida pelo Auditor por ocasião da elaboração da *peça técnica* que traz o apontamento das inconformidades detectadas, sendo inserida, normalmente, após a parte textual daquela.

A sua ausência ou preenchimento incorreto não acarreta nulidade ao processo, mas o seu efetivo e adequado emprego é importante pelos ganhos que pode propiciar à instituição e aos jurisdicionados. Dentre eles: **(i)** induzir a elaboração dos relatórios com os elementos ou pressupostos objetivos e subjetivos da responsabilização organizados de forma lógica e expostos de forma clara; **(ii)** qualificar o debate processual; **(iii)** permitir ao julgador mais elementos para a formação de convicção; e **(iv)** fortalecer a juridicidade das decisões.

Na experiência de outros tribunais, percebe-se que as matrizes costumam ser estruturadas de forma a contemplar os critérios de responsabilização abordados no item 1.2.3.

No modelo a seguir (que é uma adaptação do modelo instituído pela **Portaria**

²⁷ A recomendação de sua utilização foi preconizada pela Comissão de Estudos sobre Responsabilização, constituída, no âmbito desta Casa, pela Portaria nº 1319/2018 (em Relatório lançado no Processo Administrativo nº 122-0200/18-0): “Para tanto, entende-se que a responsabilidade subjetiva analisada nos processos de controle externo deve basear-se na legislação civil, em especial no disposto no Código Civil (art. 927). [...] 5. Conclusões [...] e) Quanto à Matriz de Responsabilização [...] a Comissão entende que, nos processos de controle externo em que se perquiria a responsabilização ressarcitória ou punitiva, é necessária a inclusão de Matriz de Responsabilização ao final de cada peça que aponte ou impute a responsabilização mencionada, buscando a padronização de critérios analíticos nas sucessivas etapas do processo [...]”.(Grifou-se).

TCU Adplan n° 01/2010), é possível visualizar os campos para preenchimento e os respectivos conteúdos:

Quadro 1 – Matriz adaptada do modelo instituído pela Portaria TCU Adplan n° 01/2010

ACHADO	RESPONSÁVEL	PERÍODO DE EXERCÍCIO	CONDUTA	NEXO ENTRE A CONDUTA E RESULTADO	CULPABILIDADE
Título da inconformidade ou a sua designação numérica de referência.	Nome, cargo ou condição, CPF ou CNPJ.	Delimitação, no período examinado, do período em que o agente esteve em exercício do cargo, função ou na condição de conveniente, parceiro ou contratado.	Descrição da ação (agir) ou omissão (não agir) culposa (negligência, imperícia, imprudência, <i>in vigilando</i> , <i>in eligendo</i>) ou dolosa (com intenção ou assumindo o risco).	Descrição da relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado de dano ou não aderência dela decorrente.	Juízo amplo sobre a reprovabilidade da conduta praticada pelo agente, podendo ser destacadas (se houver) circunstâncias atenuantes ou agravantes.

É desejável que, ao preenchê-la, atente-se para três qualidades: **(i) concisão**: o conteúdo deverá ser redigido de forma sintética, resumida; **(ii) correlação**: o conteúdo deve guardar correlação com o que foi desenvolvido na parte textual anterior da peça e com os elementos comprobatórios lá referenciados (não sendo necessário reiterar referências que já constam da parte textual); e **(iii) clareza**: o conteúdo deve ser redigido, preferencialmente, por meio de enunciados diretos, com linguagem clara e objetiva.

Seguem, a seguir, quatro exemplos de matrizes preenchidas:

ACHADO	RESPONSÁVEL	PERÍODO DE EXERCÍCIO	CONDUTA	NEXO ENTRE A CONDUTA E RESULTADO	CULPABILIDADE
1.1	Sr. XXXXXX, Prefeito Municipal, CPF n° XXXXX	XX/XX/XX a XX/XX/XX.	Contratar e realizar despesas com serviços de publicidade para finalidades não coadunadas com interesse público e caracterizadoras de promoção pessoal.	A conduta resultou quadro de não aderência às normas de regência e consumação de despesas ilegítimas no valor de R\$ XXX.	Era exigível do responsável conduta diversa, diante do contexto que o cercava. Registre-se, como agravante, que o agente foi, previamente, alertado perla Procuradoria Municipal, que emitiu parecer contrário à contratação.
Proposição de Débito: Não					

ACHADO	RESPONSÁVEL	PERÍODO DE EXERCÍCIO	CONDUTA	NEXO ENTRE A CONDUTA E RESULTADO	CULPABILIDADE
5.1	Sr. XXXXXX, Engenheiro (Fiscal de Contrato), CPF nº XXXXXX	XX/XX/XX a XX/XX/XX.	Atestar medições por transporte de brita em distâncias superiores às distâncias efetivamente realizadas, quando deveria manter rotinas de controle e revisão que evitassem ocorrências desse tipo.	A conduta resultou no superfaturamento por quantidade no valor de R\$ XXX.	Era exigível do responsável conduta diversa, diante do contexto que o cercava. Registre-se, como circunstância agravante, que o agente já foi responsabilizado por esta Corte em processo anterior, em razão de conduta e inconformidade análoga.
Proposição de Débito: Sim					
ACHADO	RESPONSÁVEL	PERÍODO DE EXERCÍCIO	CONDUTA	NEXO ENTRE A CONDUTA E RESULTADO	CULPABILIDADE
5.1	XXXXXX Contrutora Ltda., Contratada, CNPJ nº XXXXXX	XX/XX/XX a XX/XX/XX.	Beneficiar-se, ilegitimamente, de valores decorrentes de pagamento determinado a partir de atestados incorretos, contendo medições por transporte de brita em distâncias superiores às distâncias efetivamente realizadas, quando deveria arguir a divergência e o pagamento em valor superior ao devido.	A conduta resultou no superfaturamento por quantidade no valor de R\$ XXX.	Era exigível da responsável conduta diversa, diante do contexto que a cercava, em especial diante dos boletins de medição de contrato que permitem, de forma ostensiva, a identificação da divergência de quantitativos.
Proposição de Débito: Sim					
3.2	Sr. XXXXXX Secretário Municipal da Administração, CPF nº XXXX	XX/XX/XX a XX/XX/XX.	Determinar o pagamento de gratificação por atividade em comissão especial sem respaldo em documentação comprobatória da efetiva realização do trabalho por parte dos servidores e do efetivo funcionamento da comissão, quando deveria manter rotinas de controle e revisão que evitassem ocorrências desse tipo.	A conduta propiciou a ocorrência de pagamentos indevidos que somam R\$ XXX.	Era exigível do responsável conduta diversa, diante do contexto que o cercava. Registre-se, como circunstância agravante, que os pagamentos já haviam sido objeto de exame e alerta por parte do Controle Interno. Mesmo após ciência, o responsável não cessou a conduta.
Proposição de Débito: Sim					

2.2 ABORDAGEM ANALÍTICA DOS CAMPOS DA MATRIZ

Nos tópicos seguintes, abordaremos, analiticamente, os campos “achado”, “responsável”, “período de exercício”, “conduta”, “nexo” e “culpabilidade”.

2.2.1 Achado

Nesse campo, deve ser informado o título da inconformidade ou a sua designação numérica de referência.

2.2.2 Responsável

Nesse campo, deverá ser identificado o agente responsável, por meio de informações como nome completo, o cargo ou função que ocupa, a sua condição na relação com a Administração (caso seja contratado, conveniente, parceiro etc.), o número no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) e/ou o número no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ).

O auditor poderá, também, lançar mão de requisição para indagar as informações acima. Segue abaixo um exemplo de conteúdo de requisição.

Informar, conforme quadro-modelo (adaptável) a seguir, os agentes **responsáveis pela prática dos atos e/ou que são titulares das competências** relacionadas, bem como (se houver) as respectivas normas, atos ou instrumentos de regência:

<i>Ref.</i>	<i>Objeto</i>	<i>Nome(s) do(s) agente(s) / Cargo e/ou Função) / n° de CPF</i>	<i>Período de exercício no cargo e/ou função (entre XX/XX/XX e YY/YY/YY)</i>	<i>Leis, normas, atos ou instrumentos definidores das competências (caso existentes)</i>	<i>Detalhamentos/observações complementares (se houver)</i>
1	Ordenar/liquidar o pagamento da folha dos servidores das secretarias municipais X, Y e Z.	José de XXXX, Secretário Municipal de Administração, CPF n° YYYYYY.	XX/XX/XX a YY/YY/YY	Lei Orgânica n° XXXX, art. X; Lei Municipal n° YYYYY, art. Y; e Decreto Municipal n° ZZZZ.	Não há.
2

Mas, nem sempre é fácil identificar a quem se deve imputar a responsabilidade por determinada realidade encontrada.

Há três informações que são centrais: **(i)** quem detinha a competência de agir; **(ii)** qual o agente que praticou o ato; **(iii)** qual o agente que não o praticou (quando isso lhe era exigível).

A clareza quanto a essas informações é importante para as próximas etapas de fundamentação da responsabilidade.

A seguir, quadro apresentando o Método dos Cinco Passos, num caso hipotético contendo extravio de computadores, serve como aprofundamento do estudo.

Quadro 2 – Método dos Cinco Passos

Para aprofundar....

O método dos cinco passos

Um método que pode ser útil é o dos **cinco passos**. Para demonstrar a sua aplicação, utilizou-se um caso hipotético envolvendo extravio de computadores e ausência de controle patrimonial:

1° passo: detectar o achado e reunir evidências suficientes à afirmação de que o achado configura uma inconformidade.

Exemplo: a partir de demanda do controle social, foi verificado extravio de computadores recentemente adquiridos, o que conduziu a Equipe à detecção de falhas críticas, materiais e relevantes na área de patrimônio;

2° passo: visualizar, a partir do achado, qual (ou quais) a(s) conduta(s), comissiva(s) ou omissiva(s), que foi(ram) determinante(s) para a ocorrência inconformidade.

Exemplo: constatou-se que as falhas detectadas na área de patrimônio decorrem de condutas omissivas (ausência cabal de controles mínimos razoáveis) e, especificamente em relação aos computadores extraviados, foi identificado ato administrativo (conduta comissiva) determinando a entrega dos bens em prédio de uma associação comunitária;

3° passo: identificar, a partir da visualização das condutas, quais os atores (órgãos ou agentes) que possuem competências (legais, regimentais ou por atos internos) com maior relação de *atributividade* com a conduta. Sem esgotá-las, podemos enxergar três principais: a) *atributividade formal primária*: aquela que

decorre de lei, norma, estatuto, contrato etc.; b) *atributividade formal derivada*: aquela que decorre de atos internos da organização, delegação de competência etc.; e/ou c) *atributividade fática*: aquela que decorre de usurpação de função, prática administrativa ou uma realidade.

Exemplo: a lei municipal prevê como atribuição (e dever) do Departamento Municipal de Patrimônio, na pessoa do respectivo Diretor, instituir controles de bens móveis e imóveis, bem como determinar a movimentação dos bens entre as unidades (*atributividade formal primária*);

4º passo: se a conduta foi comissiva (um agir), identificar o ato (despacho, decisão, contrato, portaria etc.) que a consubstancia e verificar qual agente assinou o documento²⁸ ou está identificado como sendo o seu autor.

Exemplo: no caso específico dos computadores extraviados, foi identificado ato unilateral assinado pelo servidor Diretor de Patrimônio (conduta comissiva), mediante o qual determinou a alocação e a entrega daqueles bens em prédio de uma associação comunitária, inexistindo, porém, respaldo legal ou justificativa para essa entrega, bem como documento assinado pela entidade que comprove ter havido o recebimento daqueles bens;

5º passo: se a conduta foi omissiva (não agir), identificar, a partir do resultado do passo 3º, quem tinha a competência-dever de agir.

Exemplo: a ausência cabal de controles mínimos de entrada e saída de bens, tombamento, termos de responsabilidade etc. sinaliza para uma conduta omissiva do servidor Diretor de Patrimônio, agente a quem a lei municipal atribuiu responsabilidade pela instituição desses controles e vigilância quanto a sua efetividade.

2.2.3 Período de Exercício

Nesse campo, deverá ser informado qual o período, dentro daquele examinado, que o agente, a quem se imputa a responsabilidade, esteve no exercício do cargo, função ou esteve na condição de conveniente, parceiro, contratado etc.

É importante observar eventuais períodos de férias, licenças, substituições ou outros fatos que podem afastar a responsabilidade do agente, fazendo-se incluir, se

²⁸ Como, em regra, os atos administrativos são formais, a responsabilidade pode ser identificada a partir da verificação da(s) assinatura(s) que consta(m) do(s) documento(s) que consubstancia(m) esse(s) ato(s).

for o caso, o outro agente que esteve em exercício nesse período.

2.2.4 Conduta

A *conduta* corresponde à ação *comissiva* (decorrente de um agir) ou *omissiva* (decorrente de um não agir), *culposa* (imperícia, imprudência, negligência, *in eligendo*, *in vigilando*), ou *dolosa* (com intenção ou assumindo o risco), que determinou ou contribuiu, relevantemente, para o *resultado* (não aderência e/ou dano).

Note-se que a responsabilidade, perante os tribunais de contas, pode decorrer apenas da *culpa em sentido estrito*, não necessitando a comprovação da conduta *dolosa* ou *má fé* do agente²⁹ - prova essa (do elemento intencional) que, em regra, não é obtível nos processos de controle externo.

Também não é necessário que, na descrição da conduta, haja a menção específica de qual das modalidades de culpa foi configurada. As modalidades são referências:

- a *imperícia* é o agir sem a aptidão técnica ou profissional exigida;
- a *imprudência* é o agir precipitado ou sem a cautela medianamente esperável;
- a *negligência* é uma inobservância de um dever de cuidado a partir de uma omissão;
- a culpa *in eligendo* é a que advém da má escolha de pessoa a quem se confia a prática de ato; e
- a culpa *in vigilando* é a falta de vigilância sobre o agir de outrem.

Além dessas, há outras modalidades.

29 Sobre a culpa e o dolo nos processos dos tribunais de contas, vide o seguinte enunciado do TCU: "A responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa *stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado. Desse modo, é suficiente a quantificação do dano, a identificação da conduta do responsável que caracterize sua culpa, seja por imprudência, imperícia ou negligência, e a demonstração do nexos de causalidade entre a conduta culposa (*stricto sensu*) e a irregularidade que ocasionou o dano ao erário". (Acórdão TCU nº 635/2017-Plenário).

O fundamental é que seja claramente demonstrado (com elementos de evidência suficientes indicados, preferencialmente, na parte textual do relatório) que um *dever* exigível do agente, pelo ordenamento jurídico, restou inobservado a partir da conduta identificada³⁰.

Seguem, abaixo, alguns exemplos de descrição de condutas em matriz de responsabilização³¹:

assinar o contrato n.º X (fls. xx/yy), por dispensa, em hipótese não prevista em lei, quando deveria ter realizado procedimento licitatório;

atestar as faturas X, Y e Z (fls. xx/yy) com valores acima daqueles previstos no contrato K, quando deveria ter glosado os valores superiores aos contratuais;

não adotar providências com vistas à apuração dos fatos, à identificação dos responsáveis, à quantificação do dano e ao imediato ressarcimento ao Erário, quando deveria ter instaurado o devido processo de tomada de contas especial; [...].

Na prática, no entanto, nem sempre será fácil avaliar se determinada conduta **pode ou não ser considerada como culposa**.

Costuma-se dizer que a *culpa* é formada por **três elementos**: **(i)** a *voluntariedade* (consciência quanto ao comportamento praticado, mas não necessariamente quanto ao resultado)³²; **(ii)** a *antevisão do resultado* (a possibilidade de prever o resultado antijurídico decorrente do comportamento)³³; e

³⁰ Sobre esse ponto, colhe-se do Relatório elaborado pela Comissão de Estudos sobre Responsabilização, constituída, no âmbito desta Casa, pela Portaria n° 1319/2018 (lançado no Processo Administrativo n° 122-0200/18-0), a seguinte observação: “Nesse contexto, as chamadas culpa *in eligendo* e a culpa *in vigilando*, por exemplo, devem ser demonstradas no caso concreto, e não apenas anunciada como decorrências do cargo de gestão ocupado. Com efeito, “para que fique comprovada a existência de culpa *in eligendo*, a inépcia da autoridade delegada tem que ser comprovada, pois a culpa *in eligendo* existe quando a autoridade delegante confia missão sabidamente incompatível com os requisitos possuídos pelo delegado, sejam eles técnicos ou pessoais. A culpa *in vigilando* é caracterizada pela falta de fiscalização sobre procedimentos exercidos por outrem. Contudo, não é possível o exercício da supervisão de forma irrestrita, sob pena de tornar sem sentido o instituto da delegação de competência e inviabilizar o exercício das tarefas próprias e privativas da autoridade delegante (Acórdão 1581/2017, Primeira Câmara do TCU)”.

³¹ Exemplos extraídos e adaptados da **Portaria TCU Adplan n° 01/2010**.

³² Nesse julgado, por exemplo, o comprometimento da voluntariedade da conduta do agente vulnerável parece ter sido o fundamento para o afastamento da responsabilidade: “Não é razoável imputar responsabilidade quando restar demonstrada a utilização de pessoas de boa-fé, em condição de vulnerabilidade ante o agente de má-fé”. (**Acórdão TCU n° 7397/2012-Segunda Câmara**).

³³ A ausência de previsibilidade parece ter sido, por exemplo, o fundamento para afastar a responsabilidade no seguinte julgado: “A negligência do gestor deve ser abalizada com a possibilidade de antevisão do resultado. Se não era do seu conhecimento a existência de esquema fraudulento e se da fraude não auferiu benefícios, pondera-se exagerada a hipótese de responsabilizá-lo por ter concorrido culposamente para o dano ao erário, mesmo que a ocorrência

(iii) a não aderência a um dever (o comportamento não está de acordo com aquele que era exigível do agente)³⁴.

Uma técnica simples, que pode auxiliar nessa perquirição, é a que utiliza o conceito de *homem ou administrador médio*. Consiste em se fazer a seguinte pergunta: “é razoável admitir que o gestor diligente teria cometido o mesmo erro que o gestor do caso concreto cometeu?”³⁵.

Por fim, bom frisar que a avaliação criteriosa da presença da *culpa* e a sua meticulosa fundamentação (na parte textual da peça, já que a matriz deve trazer apenas a síntese) é muito importante para fortalecer a juridicidade da responsabilização, sobretudo diante do art. 28 introduzido pela Lei nº 13.655/2018 (que será abordado no Capítulo 4).

No quadro a seguir, texto de aprofundamento sobre *culpa, legalidade e juridicidade*.

Quadro 3 – Culpa, legalidade e juridicidade

Para aprofundar...

Culpa, legalidade e juridicidade

Como foi dito acima, nem sempre é fácil discernir se uma conduta do agente público é culposa ou não.

Quando o enunciado normativo traz uma carga descritiva de conduta mais densa, essa tarefa pode se tornar mais simples. Neste caso, como o *dever* está gravado, com ostensividade semântica, no texto legal, a conduta transgressora é identificável mais facilmente, gerando uma presunção de que o agente procedeu com culpa (o que a doutrina chama de *culpa contra a legalidade*³⁶) – por exemplo: o pagamento sem respaldo em documento

tenha se dado a partir do uso de sua senha pessoal cedida, de boa-fé, a outro agente público”. (Acórdão TCU nº 6544/2010-Primeira Câmara). (Grifou-se).

³⁴ Assim, por exemplo, o superior hierárquico tem o dever de exercer controle sobre os seus subordinados, sendo responsabilizado no caso de omissão diante desse dever. Nesse sentido: “O superior hierárquico deve exercer o papel de direção, coordenação e supervisão dos trabalhos de seus subordinados, sendo obrigado a corrigir as graves lacunas ou omissões eventualmente por eles incorridas”. (Acórdão TCU nº 3241/2013-Plenário).

³⁵ Indagação extraída do Memorando-Circular TCU nº 33/2014 – Segecex. Em outras palavras, o “administrador médio” é abstração que busca reproduzir o comportamento provável do homem comum de boa fé, que busca exercer, zelosa e diligentemente, o seu trabalho; que é “diligente e cuidadoso com os seus negócios”. (Acórdão TCU nº 2011/2016-Plenário).

³⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**, Ed. Malheiros, 2006, pp. 90-91.

comprobatório da entrega do material ou prestação do serviço caracteriza violação explícita ao dever de observância dos procedimentos descritos nos artigos 62 e 63 da Lei nº 4.320/64; ou a realização de uma licitação por tomada de preços quando, diante do valor, teria que ser por concorrência, conforme expresso no art. 23, II, da Lei nº 8.666/93.

Por outro lado, como a legislação nem sempre é minudente (e nem poderia sê-lo), há situações que o dever tem de ser deduzido de referenciais como, por exemplo, os princípios constitucionais. Nesses casos, poderá haver maior complexidade, pois caberá ao auditor verificar a *juridicidade*³⁷ da conduta, defluindo do ordenamento qual o *dever* que foi inobservado naquele caso concreto³⁸ – por exemplo: com fundamento nos princípios da legalidade, moralidade, legitimidade e economicidade, o TCU entendeu que “a Administração não deve realizar festividades, eventos comemorativos e outros congêneres, sem que estejam vinculados às finalidades da entidade e sem que haja comedimento dos gastos” (Acórdão TCU nº 6726/2010-Primeira Câmara). Note que, neste caso, a culpa não se apresenta de forma ostensiva, devendo ser decantada a partir do cotejo entre a conduta praticada e uma norma de *dever ser extraída* do ordenamento jurídico. Assim, embora não haja balizas objetivas para aferir, abstratamente, o que pode ser considerado aderente “às finalidades da entidade” ou à “comedimento de gastos”, é de se reconhecer que, diante do caso concreto, aquelas situações que gravemente desbordam do razoável costumam suscitar consensos significativos, por vezes quase

³⁷ O princípio da juridicidade tem sentido equivalente ao que os administrativistas costumavam denominar de “legalidade ampla”. Em melhores palavras: “a noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição” (MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**, 1. ed., São Paulo: Dialética, 1999, p. 24. Apud Francisco Luiz Fernandes, em artigo intitulado **Princípio da juridicidade**, disponível em <<https://ambitojuridico.com.br>>. Acessado em 18 fev. 2020).

³⁸ Sobre este ponto, é esclarecedora a abordagem feita no material produzido pelo TCU (Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU – Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos. **Aula 1 – Introdução à Responsabilidade**. Instituto Serzedello Corrêa. 2013, p. 15): “É importante dizer, desde logo, da dificuldade que o tema encerra, que é reconhecida pela própria doutrina. A identificação da culpa não é simples e carrega um considerável grau de subjetividade. A lei não fala o que é exatamente um descuido. O Código Civil faz genérica menção à negligência e à imprudência. Já o Código Penal diz que o crime é culposo quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. A lei não define esses conceitos. Esses comandos representam o que se chama na doutrina de norma aberta ou Cláusula Geral colocando ao julgador a incumbência de criar, complementar, desenvolver a norma jurídica, consideradas as circunstâncias do caso concreto. Vale transcrever a orientação contida no seguinte trecho do voto do Ministro do STJ Ruy Rosado, exarado em sede de Recurso Especial (REsp. nº 242.598/RJ): ‘Para a definição da culpa como elemento da responsabilidade prevista no art. 159 do C. Civil, deve o juiz definir previamente qual era a regra de cuidado que deveria ter sido obedecida pelo agente naquelas circunstâncias, pois assim o exige a técnica apropriada à aplicação da cláusula geral, classificação a que pertence o referido art. 159’”. (Grifou-se).

inequívocos (imagine-se, por exemplo, a contratação milionária de uma atração musical internacional para um evento interno, restrito aos poucos servidores de um órgão jurisdicionado de pequeno porte).

2.2.5 Nexo de causalidade (entre a conduta e o resultado)

É a descrição da relação de *causa e efeito* entre a *conduta* (a *ação* ou *omissão culposa* ou *dolosa*) praticada pelo *agente responsável* e o *resultado* dela decorrente.

São exemplos de descrição de nexos na matriz de responsabilização³⁹:

a assinatura do contrato n.º X, por dispensa indevida, resultou na aquisição de serviços sem a realização de procedimento licitatório;

o atesto das faturas X, Y e Z com valores acima daqueles previstos no contrato K, propiciou pagamentos indevidos em montantes superiores aos contratuais;

a assinatura do contrato n.º X resultou na contratação de pessoal terceirizado para ocupação de cargos efetivos;

a omissão no dever de fiscalizar propiciou a ocorrência de execução financeira de 55% com correspondente execução física de 0%”.

Podemos dizer que os resultados podem ser subsumidos a duas grandes categorias: (1) *não aderência* (às normas de regência ou outros critérios, como boas práticas, determinações etc.); e (2) *danos* ao erário.

Logo, uma estrutura redacional simples pode ser feita pela articulação das seguintes frases:

- 1) a conduta descrita;
- 2) resultou/propiciou/acarretou;
- 3) o dano/a despesa indevida/o superfaturamento/o prejuízo;
- 4) no montante de R\$ XX/nos montantes retro indicado;

e/ou

- 5) resultou/propiciou/acarretou;
- 6) o descumprimento/ a inobservância/ a não aderência;
- 7) às normas de regência e aos critérios retro indicados.

³⁹ Exemplos extraídos (sem adaptação) da **Portaria TCU Adplan n.º 01/2010**.

Há uma técnica que pode ser útil para testar se o nexos está presente ou não. Deve-se excluir, da cadeia de acontecimentos, a conduta do agente (ou adequá-la ao critério) e verificar, probabilisticamente, se, mesmo com a exclusão, o resultado permaneceria ocorrente. Caso este desapareça ou apenas sofra abrandamento, haverá indicativo (em maior ou menor grau) de relação de causa e efeito.

Apesar de parecer simples, o nexos de causalidade é um aspecto muito delicado da responsabilização. Há situações em que a conduta (embora pareça) pode não ser o acontecimento, na cadeia causal, que efetivamente determinou ou, relevantemente, contribuiu para a consumação do resultado – essas particularidades serão melhor abordadas no Capítulo 4.

2.2.6 Culpabilidade

Na jurisprudência de praticamente todos os tribunais de contas é possível encontrar situações em que, mesmo que caracterizada a irregularidade da conduta do responsável, as consequências dessa responsabilização são mitigadas ou afastadas.

Se observarmos, atentamente, esses casos, perceberemos que o julgador provavelmente terá o feito a partir de uma *avaliação de culpabilidade* – ainda que não haja menção explícita na decisão.

A *avaliação da culpabilidade* é comumente definida como um juízo de “reprovabilidade da conduta do agente” ou “censura em relação ao ato praticado ou que deixou de ser praticado por quem tinha o dever de fazê-lo”⁴⁰. Trata-se de uma

⁴⁰ Poder-se-ia arguir, em relação à pessoa jurídica, ser incabível a avaliação da culpabilidade. Contudo, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador e no âmbito da jurisdição de contas essa avaliação é feita. Colhe-se da Análise Técnica exposta no **Acórdão TCU nº 11867/2019** - Primeira Câmara uma explicação esclarecedora a esse respeito: “5.4. É sabido que a pessoa jurídica não possui, naturalmente, vontade. Essa prerrogativa é exclusivamente humana, ligada à capacidade de agir. Somente a pessoa natural pode cometer (ou evitar) atos ilícitos. A pessoa jurídica estaria, portanto, fora do alcance da culpabilidade, impedindo a aplicação de sanção, no âmbito do Direito Penal. 5.5. Entretanto, o Direito Administrativo possui regime jurídico próprio e distinto do Penal. Uma das peculiaridades é exatamente a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica. O fundamento legal para aplicação de multa a pessoas jurídicas pelo TCU é dado pelos arts. 70 e 71 da CF/1988, sendo aplicável quando verificada a ocorrência de débito, como no caso sob comento (art. 57 da Lei 8.443/1992). 5.6. A doutrina também fornece elementos para a possibilidade de sanção administrativa a pessoas jurídicas: O Direito Administrativo [...] depara com o concreto problema gerado por pessoas jurídicas que atuam ilicitamente em detrimento de importantes valores tutelados e protegidos pela ordem jurídica. Essa atuação, essa objetiva capacidade de atuar, resulta da personalidade jurídica dessas entidades, que podem, portanto, manifestar uma específica

adaptação do instituto correspondente do Direito Penal.

Vale destacar que “culpa e culpabilidade não se confundem, pois a primeira é requisito da irregularidade e a segunda pressuposto para aplicação da pena”⁴¹.

A avaliação da culpabilidade pode estar consubstanciada em indagações como⁴²:

- a) *Houve boa-fé do responsável?*
- b) *O responsável praticou o ato após prévia consulta a órgãos técnicos ou, de algum modo, respaldado em parecer técnico?*
- c) *É razoável afirmar que era possível ao responsável ter consciência da ilicitude do ato que praticara?*
- d) *Era razoável exigir do responsável conduta diversa daquela que ele adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam? Caso afirmativo, qual seria essa conduta?*

Neste campo, também haverá a oportunidade de se destacar, “se for o caso, a existência de situações atenuantes ou agravantes, como, por exemplo, medidas corretivas ou reparatórias adotadas pelo responsável, existência de afirmações ou documentos falsos” (**Portaria TCU Adplan n° 1/2010**).

vontade juridicamente relevante, embora fictícia, na vida de relações, sem que se identifiquem, muitas vezes, as pessoas físicas que realmente comandam e ditam essas decisões com pleno domínio dos fatos e seus desdobramentos. A pessoa jurídica, por essa realista perspectiva, atua ilicitamente e pratica fatos objetivamente proibidos pela ordem jurídica. É natural, portanto, que o Direito Administrativo Sancionador reaja e disponha de instrumentos eficazes na luta contra pessoas jurídicas que praticam fatos ilícitos. Se o Direito Penal, por seu conteúdo necessariamente ressocializante, ostenta dificuldades históricas no tratamento desse assunto, o certo é que o Direito Administrativo não sofre as mesmas dificuldades. Do ponto de vista histórico, não há essas dificuldades. E, por um ângulo teórico atual, creio que tampouco se pode construir dificuldades nesse sentido (Fábio Medina Osório, *Direito Administrativo Sancionador*, 2000, ed. Revista dos Tribunais). 5.7. Assim, é devidamente possível a aplicação de multa a pessoa jurídica no presente caso, como demonstra, ainda, a jurisprudência desta Corte de Contas (Acórdãos 491/2017-TCU, 702/2016-TCU, ambos do Plenário e da relatoria do Ministro Augusto Nardes, 4.950/2016-TCU - 2ª Câmara, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro, 702/2016-TCU - Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, 3.289/2016-TCU - 2ª Câmara, da relatoria do Ministro Marcos Bemquerer, 8631/2013-TCU-1ª Câmara, da relatoria do Ministro Walton Alencar)”. (Grifou-se).

⁴¹ Trecho extraído da Análise técnica exposta no **Acórdão TCU n° 537/2014 - Plenário**.

⁴² TCU. Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU – Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos. **Aula 5 – Matriz de Responsabilização**. Instituto Serzedello Corrêa. 2013, pp. 10 e 11.

Reflexões como essas (que já eram encontradas na jurisprudência do TCU⁴³) foram, em alguma medida, abarcadas pela Lei nº 13.655/2018, que introduziu dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). É o que se pode depreender do art. 22, que determina que, nas decisões, sejam consideradas as “circunstâncias práticas” envolvidas; a “natureza e gravidade da infração”; os “danos” que dela provierem; as “circunstâncias agravantes e atenuantes”; e que haja a “dosimetria”⁴⁴:

Art. 22. 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.

§ 1º 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.

§ 2º 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.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

(Grifou-se).

Malgrado o esforço do Corpo Técnico em buscar o adequado cumprimento da legislação, haverá grande probabilidade de o auditor não dispor (até a conclusão do relatório) de elementos suficientes para esse tipo de avaliação.

É por esse motivo que o preenchimento desse campo, por ocasião do

⁴³ Nesse sentido: “No âmbito dos processos do TCU, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos, com base no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, é de natureza subjetiva, seguindo a regra geral da responsabilidade civil. [...] Deve ser verificada, ainda, a ocorrência de eventual excludente de culpabilidade, tal como inexigibilidade de conduta diversa ou ausência de potencial conhecimento da ilicitude”. (**Acórdão TCU nº 2781/2016 - Plenário**). (Grifou-se). A explanação seguinte, contida no material produzido pelo TCU, referido em notas anteriores (op. cit.), é elucidativa: “No âmbito do TCU, a ideia de valoração do grau de censura da conduta do agente pode ser constatada em diversas deliberações. Por vezes, aponta-se que o ato foi praticado em desconformidade com a lei, que houve uma irregularidade, sinaliza-se para a presença de culpa, ocasionalmente leve ou levíssima, mas, pela análise das diversas circunstâncias do caso concreto, conclui-se que não há censura suficiente para apenar a pessoa. É o que se extrai, por exemplo, da conclusão do Voto condutor do Acórdão nº 662/2003 – Plenário, quando o Relator, após registrar várias atenuantes, afirmou: ‘ante este quadro, creio que a conduta do responsável, embora irregular, não possui culpabilidade suficiente para ensejar aplicação de multa’”. (Grifou-se).

⁴⁴ Observe que o Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou os artigos alterados pela Lei nº 13.655/2018, replicou previsão no mesmo sentido: “Decisão que impuser sanção ao agente público. Art. 16. A decisão que impuser sanção ao agente público considerará: I - a natureza e a gravidade da infração cometida; II - os danos que dela provierem para a administração pública; III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes; IV - os antecedentes do agente; V - o nexo de causalidade; e VI - a culpabilidade do agente”.

relatório, como se observa na experiência de outros tribunais, **costuma ser singelo**. Em regra, há a consignação padrão, na matriz, de que “era exigível do responsável a adoção de conduta diversa diante das circunstâncias que o cercavam” e, se for o caso, a menção de circunstâncias *agravantes* (como, por exemplo, apontamentos e decisões anteriores sobre a matéria) ou *atenuantes* (como, como por exemplo, adoção de providências). Seguem dois modelos:

Era exigível do responsável conduta diversa, diante do contexto que o cercava. Registre-se, como circunstância agravante, que a inconformidade já havia sido objeto de exame e alerta por parte do Controle Interno. Mesmo após ciência, o responsável não cessou a conduta.

Era exigível do responsável conduta diversa, diante do contexto que o cercava. Registre-se, como circunstância atenuante, que, após a auditoria, foram adotadas providências tendentes ao saneamento das inconformidades. Contudo, até a conclusão deste Relatório, os resultados dessas providências ainda não tinham sido consumados, não havendo registro de recomposição ao erário.

Já na fase de decisão, a culpabilidade, provavelmente, demandará avaliação mais acuidada. Nessa fase, os elementos que, no transcorrer do processo, tenham sido carreados aos autos (no mais das vezes pelo próprio agente, em esclarecimentos), poderão conduzir o julgador não só a conferir temperamentos à *sanção*, mas, também, à avaliação do cabimento ou não de alguma *excludente de culpabilidade*, como, por exemplo, em situações de “inexigibilidade de conduta diversa” ou “potencial desconhecimento da ilicitude”. Os excertos abaixo exemplificam situações em que o cabimento de excludentes de culpabilidade foi debatido pelo TCU:

Deixo de sugerir a aplicação de multa ao responsável, por entender que, no caso concreto, presente a excludente de culpabilidade relativa à inexigibilidade de conduta diversa, premido que se encontrava o gestor para adimplir o pagamento dos salários dos professores sem o respaldo dos repasses federais originalmente previstos. **(Acórdão TCU nº 4316/2019 - Primeira Câmara).**

A sucessiva alternância na chefia do Poder Executivo municipal durante o mandato eletivo constitui obstáculo real à gestão pública, devendo ser considerada na avaliação da culpabilidade do responsável (art. 22, caput, do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). **(Acórdão TCU nº 6196/2019 - Segunda Câmara).**

A demonstração de coação moral irresistível na prática de ato irregular afasta a reprovabilidade da conduta e, por conseguinte, a culpabilidade do responsável. **(Acórdão TCU nº 1679/2019-Plenário).**

A excludente de culpabilidade com base em obediência hierárquica somente é acolhida pelo TCU em caso de ordem não manifestamente ilegal. Se a ordem for manifestamente ilegal e as alegações de coação não forem comprovadas no processo, os responsáveis devem responder pelo débito a eles atribuído. **(Acórdão 9392/2015-Segunda Câmara).**

O tema das *excludentes* será analisado no Capítulo 4⁴⁵. Lá, poderemos ver, a partir do estudo da jurisprudência, que algumas operam sobre a *culpabilidade* e, outras, sobre a própria *ilicitude*, afastando não só a *responsabilidade financeira sancionatória* (multas), como também a *responsabilidade financeira ressarcitória* (débito).

Em resumo, a matriz de responsabilização é uma ferramenta que busca aprimorar e facilitar a exposição dos fundamentos e das informações necessárias para a responsabilização de agentes. Consiste, basicamente, em uma espécie de formulário adjunto à peça técnica (relatório), no qual o auditor deverá consignar informações concisas, correlacionadas (com o conteúdo anterior da parte textual da peça) e claras sobre: o achado, o agente responsável, o período de exercício, a sua conduta, o nexó (entre a conduta e o resultado) e a culpabilidade.

Vejam: 1) no campo “achado”, deve constar a referência numérica deste ou sua síntese; 2) no campo “responsável”, deverá ser informado o nome e dados do agente responsabilizado, que pode ser uma pessoa física ou uma pessoa jurídica; 3) no campo “período de exercício”, deverá ser informado o período, dentro do período total examinado, que o agente ocupou o cargo ou a função ou, então, esteve na condição de conveniente, parceiro ou contratado; 4) no campo “conduta”, deverá ser descrita a ação *comissiva* (decorrente de um agir) ou *omissiva* (decorrente de um não agir), *culposa* (imperícia, imprudência, negligência, *in eligendo*, *in vigilando*), ou *dolosa* (com intenção ou assumindo o risco), que determinou ou contribuiu relevantemente para o *resultado* (não aderência e/ou dano); 5) no campo “nexo”, deverá ser descrita a relação de *causa* e *efeito* entre a conduta (a ação ou omissão culposa ou dolosa) praticada pelo agente responsável e o resultado dela decorrente; e 6) no campo “culpabilidade”, deverão ser consignadas (caso detectáveis até a conclusão do relatório) informações que possam influenciar na avaliação do julgador sobre a reprovabilidade da conduta do agente. Exemplos: se, na circunstância que o cercava, era exigível a adoção de conduta diversa; se havia alguma circunstância agravante ou atenuante; se a conduta estava amparada em parecer técnico; se o gestor havia sido recentemente nomeado no cargo.

⁴⁵ Por ora, importa alertar que essas excludentes costumam ser acolhidas em situações especiais, a partir de análise criteriosa. Não basta, por exemplo, alegar que o Administrador “não sabia” sobre a ilicitude de determinada conduta, quando, pela posição que ocupava, era esperável dele que detivesse esse conhecimento e crível que, se não o tinha, poderia facilmente tê-lo obtido. Um conceito recorrentemente utilizado é a do “administrador médio”, que nada mais é do que a representação intelectual de um administrador hipotético, que se presume de boa fé e detentor do conhecimento razoável e do zelo mínimo necessário que o adequado desempenho daquela função exige.

3 RESPONSABILIZAÇÃO APLICADA (EM RELAÇÃO A ALGUNS AGENTES)

Neste capítulo, serão expostos julgados do TCU envolvendo a responsabilização de atores em situações consideradas mais recorrentes. O objetivo é obter conhecimento sobre as fundamentações utilizadas para amparar a imputação de responsabilidade daqueles atores e desenvolver/aprimorar o raciocínio técnico-jurídico sobre o tema.

3.1 RESPONSABILIDADE DOS AGENTES POLÍTICOS

Sem embargo de conceituação mais precisa, os *agentes políticos* são aqueles, eletivos ou não, que ocupam cargos estruturais à organização política do país (ex.: Presidente da República, Governadores, Prefeitos, Vices, Ministros e Secretários de Estado e de Municípios, Senadores, Deputados Federais e Estaduais, Vereadores, dentre outros)⁴⁶.

Há o entendimento de que os agentes políticos não seriam responsabilizados por aqueles atos eminentemente de exercício de *função política*, assim entendida aquela consubstanciada por atividade “de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado”⁴⁷. Mas, seriam responsabilizados, como os demais, quando praticados *atos administrativos de gestão*⁴⁸.

⁴⁶ Há uma tendência doutrinária de arrolar, também, como agentes políticos, os membros do Ministério Público, do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas. O STF, por vezes, assim se refere (por exemplo, no RE nº 228.977). Seriam, pode-se dizer, agentes políticos de categoria distinta, marcada pelo traço da profissionalidade.

⁴⁷ Di PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 582.

⁴⁸ Em relação ao caso do prefeito ordenador de despesas, cabe referir que, no julgamento dos Recursos Extraordinários nº 848826 e nº 729744, uma das teses assentadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) foi a de que “Para fins do art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar 64, de 18 de

Por certo que a demarcação desses terrenos não é fácil.

No caso do Prefeito⁴⁹, por exemplo, há funções de natureza prevalentemente *política*, tais como o encaminhamento de projetos de lei; a sanção; a promulgação e o veto; a elaboração de proposta orçamentária; a edição de decretos regulamentares e a representação institucional.

Há, também, funções *executivas de alto nível*, predicando-se, nessa categoria, as atividades de exercício do comando superior (como a definição de metas e estratégias); da coordenação dos órgãos (como a solução de conflitos e duplicidades na atuação de secretarias); do planejamento (como a definição de prioridades e cobrança de cronogramas); da realização de contatos externos (prospectando oportunidades, recursos etc.).

E, por fim, há funções de *execução administrativa*, tais como atos de execução de leis e decretos; contratações; ordenação de despesas; aplicação de penalidades; publicação de atos; desapropriação; arrecadação e guarda da receita; administração de patrimônio etc. Nessa última função é que se inserem os chamados *atos de gestão*.

Essas atividades administrativas, em grande parte, poderiam ser objeto de delegação, mas nem sempre isso ocorre. E, mesmo que ocorra, a responsabilidade de bem escolher o agente delegado e de exercer supervisão hierárquica permanece⁵⁰.

maio de 1990, alterado pela Lei Complementar 135, de 4 de junho de 2010, a apreciação das contas de prefeito, tanto as de governo quanto as de gestão, será exercida pelas Câmaras Municipais, com o auxílio dos Tribunais de Contas competentes, cujo parecer prévio somente deixará de prevalecer por decisão de 2/3 dos vereadores”. Ainda que a melhor interpretação da tese (e da *ratio decidendi* que a suporta) seja a de que a competência de julgamento da Câmara de Vereadores seria adstrita à emanção dos efeitos de inelegibilidade decorrentes da “Lei da Ficha Limpa”, não infirmo as demais competências sancionatórias e reparatórias dos Tribunais de Contas (que também poderiam recair sobre o prefeito ordenador, no caso de este praticar atos de gestão caracterizadores de irregularidades ou ilegalidades), é de se reconhecer como realidade irretorquível que esse precedente produziu um cenário de incertezas, o qual tem propiciado decisões judiciais em diferentes sentidos – algumas delas na linha de que até mesmo a aplicação de multas e débitos estaria abarcada no espectro do julgamento exercido pelo Poder Legislativo.

⁴⁹ O conteúdo exposto sobre as funções políticas, executivas e administrativas foi adaptado do conteúdo extraído do livro eletrônico “Manual do Prefeito” (15. ed. rev. atual. - Rio de Janeiro: IBAM, 2016, p. 45 a 52).

⁵⁰ A jurisprudência do TCU é no sentido de que a delegação não afasta a possibilidade de responsabilização do agente delegante, que dependerá da caracterização da conduta culposa do agente delegante. Exemplos: “A delegação de poderes não exime a responsabilidade do gestor por atos de sua competência primária, pois, ao delegar suas atribuições, o administrador tem obrigação de escolher bem o subordinado e assume o ônus de supervisioná-lo”. (**Acórdão TCU nº**

No **Acórdão TCU nº 6188/2015 - Primeira Câmara**, o Ministro Augusto Sherman sumariza, didaticamente, as hipóteses de responsabilização dos agentes políticos, as quais abrangem situações em que atos de gestão foram praticados pelo agente e situações em que esses atos não foram praticados, mas houve omissão no exercício da supervisão hierárquica:

É possível a responsabilização de agentes políticos nas hipóteses de (i) prática de ato administrativo de gestão ou outro ato, omissivo ou comissivo, que estabeleça correlação com as irregularidades apuradas; (ii) conduta reiterada de dano ao erário em decorrência da execução deficiente de convênios; (iii) irregularidades cuja amplitude e relevância indiquem, no mínimo, grave omissão no desempenho de atribuições de supervisão hierárquica; (iv) cometimento de irregularidades grosseiras na condução dos assuntos de sua competência.

Vejamos, de forma analítica, cada um dos casos:

a) prática de ato administrativo de gestão: como, por exemplo, ordenação de pagamento, celebração de contratos e aditivos, concessão de vantagem para servidor. Nesse sentido, o excerto abaixo é muito elucidativo (extraído do **Acórdão TCU nº 1151/2015-Plenário**). O caso concreto é o de um ex-ministro que assinou contrato e termos aditivos. Foi consignado na decisão que, embora a competência regimental fosse de agente inferior na estrutura do órgão, ao praticar tais atos de gestão avocou para si a responsabilidade:

Análise

[...]. Inicialmente, cabe ressaltar que não precisava o Sr. (...) assinar pessoalmente os referidos termos contratuais. Poderia tê-lo feito o dirigente da área administrativa do órgão, que era quem detinha competência regimental para tal ato. No entanto, o então Ministro deliberadamente optou por ele próprio formalizar tanto o contrato como os três termos aditivos posteriores. A partir do momento que pratica atos administrativos, chama para si a responsabilidade por sua conduta. Sem sua atuação direta não teria sido configurado o prejuízo ao erário aqui constatado.

[...]. Sobre as prorrogações, os termos aditivos continham vícios graves de legalidade, de fácil detecção, que, por meio de uma leitura atenta do fundamento legal utilizado, seria possível verificar que as condições para que essa regra fosse válida não estavam presentes no caso em questão.

Voto

198. Conforme apontado pela unidade técnica, a competência regimental para assinar contratos seria do dirigente da área administrativa. Ao assinar os aditivos com irregularidades, o titular do Ministério assumiu a

10463/2016-Segunda Câmara). Ainda: “A responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta, sendo imprescindível para definir essa responsabilidade a análise das situações de fato que envolvem o caso concreto. A falta de fiscalização (*culpa in vigilando*), o conhecimento do ato irregular praticado ou a má escolha do agente delegado (*culpa in eligendo*) podem conduzir, se comprovados, à responsabilidade daquela autoridade”. (**Acórdão TCU nº 8028/2016 - Segunda Câmara**).

responsabilidade pela celebração, especialmente em relação ao 3º TA, no qual houve acréscimo de valor de 100%, em desacordo com art. 65, §§ 1 e 2º, da Lei 8.666/1993.

199. A jurisprudência do TCU reconhece a possibilidade de responsabilização em situações como essa, quando o titular do órgão assume diretamente funções executivas, celebrando contratos e aditivos (e.g. os acórdãos 364/2003, 190/2001 e 1.132/2007- Plenário).

(Grifou-se).

b) outro ato, omissivo ou comissivo, que estabeleça correlação com as irregularidades: independentemente de ter ou não praticado ato de gestão, há situações em que as irregularidades são propiciadas prevalentemente pela omissão da autoridade em promover as estruturações ou normatizações necessárias para a existência de controles internos mínimos ou, então, praticar atos que obstaculizem os controles ou afastem a incidência desses. Exemplos de conduta omissiva:

A responsabilização de dirigente máximo pode decorrer de significativa desorganização administrativa no órgão ou entidade, o que configura negligência. (**Acórdão TCU nº 2147/2015 - Plenário**).

O dirigente máximo de órgão ou entidade da Administração Pública pode ser responsabilizado quando comprovada omissão grave no seu dever de regulamentação e supervisão dos subordinados. (**Acórdão TCU nº 7437/2018 - Segunda Câmara**).

Já, como exemplo de conduta comissiva, podemos citar o caso enfrentado no **Acórdão TCU nº 2136/2013 - Plenário**, em que um governador, indiferente à determinação anterior do tribunal, foi responsabilizado por decreto autorizativo de transferência de recurso que estava em conta vinculada para outra conta (esta não vinculada), propiciando, a partir disso, que ocorressem despesas indevidas⁵¹;

c) conduta reiterada de dano ao erário e/ou irregularidades cuja

⁵¹ Transcreve-se o seguinte trecho do **Acórdão TCU nº 2136/2013 - Plenário**: “13. Passando adiante, é certo que esse Tribunal tem entendido pela impossibilidade de se responsabilizar o agente político nos casos em que reste comprovado que não praticou atos de gestão dos recursos impugnados. 14. De outro viés, também existe a compreensão de que aquele responderá pelos recursos federais a ele confiado nos casos em que se estabeleça a correlação entre a prática de ato omissivo ou comissivo de sua parte e o dano causado ao erário (Acórdãos nº 2.391/2004-2ª Câmara; e os de nºs 468/2007, 1132/2007, 1467/2007 e 1063/2007, todos do Plenário). 15. Em meu modo de ver, essa última situação é a que está presente nos autos. Vejamos. 16. Mesmo ciente de ter assumido a obrigação de manter os recursos repassados em conta vinculada ao convênio, de natureza específica, com movimentação em observância ao disposto no Decreto 93.872/1986 e na IN/STN 01/1997, conforme expressamente consignado no aditivo celebrado para transferência da primeira parcela dos recursos, o recorrente baixou decreto que autorizava sua transferência para a conta única do [...], autarquia que sequer fazia parte do convênio, haja vista que a avença ocorreu sem a interveniência de qualquer órgão da administração indireta estadual. 17. Houve, ainda, o descumprimento de expressa determinação deste Tribunal, endereçada diretamente ao Governo do Estado de (...), no sentido de manter os recursos na conta bancária específica que tiver sido autorizada pelo órgão concedente, devendo os saques ocorrer somente para o pagamento de despesas previstas no plano de trabalho aprovado ou para aplicações no mercado financeiro (Decisão 529/2000-Plenário, sessão de 5/7/2000)”.

amplitude e relevância indiquem grave omissão na supervisão hierárquica: como, por exemplo, na situação de omissão do agente em adotar medidas corretivas mais amplas, no caso em que várias falhas reiteradas e/ou análogas são detectadas em vários ajustes congêneres, o que, no global, conferem magnitude à inconformidade. Ou, ainda, em situações de ocorrências amplamente divulgadas pela imprensa e que o agente político se omite em exercer supervisão hierárquica.

No **Acórdão TCU nº 760/2015-Plenário**, constou que “tal omissão caracteriza-se, precisamente, no caso concreto em exame, que é apenas um dos vários em que o Governo do Estado de [...] desconcentrou a gestão dos recursos federais para a sua administração indireta, sem a necessária autorização do órgão repassador, culminando na perda da identificação dos recursos federais e na inexecução do objeto pactuado. Pela reiteração da prática e pela magnitude dos recursos envolvidos, deveria o ex-governador [...] ter exercido maior controle sobre os atos de seus subordinados.” (Grifou-se).

d) irregularidades grosseiras: No **Acórdão TCU nº 2.922/2013 – Plenário**, colhe-se: “[...] A imputação de responsabilidade a tais autoridades, contudo, seria possível, razoável e necessária nos casos de irregularidades grosseiras, avaliadas sob enfoque amplo, ocorridas na condução de assuntos de sua competência [...]”. Uma hipótese que se poderia conceber, no esforço de ilustrar com exemplos, poderia ser a de um prefeito que, a pretexto de regulamentar os aspectos procedimentais da modalidade do pregão, estabelecesse, por decreto, regramentos frontais e explicitamente colidentes com a legislação de regência, desobrigando a Administração da observância de cautelas indispensáveis, o que, posteriormente, venha a culminar em contratações antieconômicas. Mesmo não praticando, diretamente, um ato de gestão, o agente editou regulamento com erro grosseiro, o qual foi determinante para a ocorrência de dano, conduta que o coloca ao alcance de responsabilização.

Em resumo, os *agentes políticos* podem ser responsabilizados, em regra, quando praticam *atos de gestão*. Contudo, a jurisprudência não circunscreve a sua responsabilidade a essas situações, podendo também responsabilizá-lo, por exemplo, em situações cuja irregularidade estiver diretamente relacionada ao exercício de uma competência sua mais ampla ou omissão em exercê-la, como, por exemplo, quando não institui órgãos de controle interno ou deixa de emitir as

normativas necessárias para que estes órgãos operem. Além disso, poderia ser responsabilizado em situações de culpa *in eligendo* ou, ainda, pela omissão no exercício de *supervisão hierárquica*, especialmente sobre questões relevantes ou das quais era presumível o seu conhecimento.

3.2. RESPONSABILIDADE DO AGENTE SUPERIOR HIERÁRQUICO E DO AGENTE SUBORDINADO

Em regra, a estruturação da Administração Pública é feita, internamente, por meio do fracionamento em *unidades (órgãos)* e sua disposição de forma escalonada. Cada unidade possui competências ou atribuições definidas e, como centro de imputação volitiva, um *agente público* que titulariza *poderes-deveres administrativos* exercíveis, naquele âmbito, com caráter de *autoridade*.

Dentre esses *poderes-deveres*, está o *poder administrativo hierárquico*.

O *poder hierárquico* é, antes de tudo, uma necessidade. É por meio dele que a Administração escalona os órgãos, distribui competências e torna possível o comando e o controle. Sem reconhecer a sua existência, seria muito difícil – talvez impraticável – a observância daqueles princípios fundamentais da Administração definidos no art. 6º do Decreto-Lei nº 200/1967⁵².

Mas, como se expressa esse poder?

Pode ser expresso por meio de atividades *diretivas* (definir ações, dar ordens, orientar); *normativas* (definir normas de como o trabalho deve ser realizado); *controladoras* (monitorar o cumprimento das ordens); *supervisoras* (rever atos dos subalternos, suspendendo-os ou revogando-os); e *disciplinares* (aplicar sanções quando for o caso)⁵³.

Extraí-se daí o fundamento lógico e jurídico para a afirmação de que o *superior hierárquico* tem o *dever* de fiscalizar e revisar os atos de seus

⁵² Transcreve-se: “Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I – Planejamento; II – Coordenação; III – Descentralização; IV - Delegação de Competência; V – Controle”.

⁵³ Adaptação do conteúdo encontrado no item 2.2.2.1, “a”, da obra intitulada **Direito Administrativo**, Tomo I, de Marcia Walquiria Batista dos Santos e João Eduardo Lopes Queiroz (E-book, Elsevier Brasil, 2013).

*subordinados*⁵⁴, respondendo por culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo*⁵⁵. A propósito, são ilustrativas as palavras abaixo, colhidas do **Acórdão TCU nº 3241/2013-Plenário**:

Dessa forma, não cabe ao superior hierárquico o papel meramente figurativo de referendar atos administrativos, sobretudo eivados de graves irregularidades, bastando, para tal, escudar-se em pareceres favoráveis de instâncias inferiores. Incumbe a essa autoridade exercer o papel de direção, coordenação e supervisão dos trabalhos, corrigindo, se necessário, as graves lacunas ou omissões eventualmente incorridas por seus subordinados, sobretudo aquelas que ostentem flagrante ilegalidade, como a verificada nestes autos. Cuida-se de cadeia decisória que implica, sempre, o controle recíproco dos atos administrativos a fim de ser aperfeiçoado o procedimento administrativo e alcançado o desiderato público.

(Grifou-se).

Na prática, porém, como definir se a responsabilidade é do *agente superior* ou do *agente subordinado*? Vejamos.

Há, basicamente, **três cenários** mais comuns.

No **primeiro cenário**, não existe *definição de competência* e não há a identificação do agente subordinado que praticou a conduta consubstanciadora da irregularidade. Neste caso, a imputação é direcionada, inicialmente, ao agente responsável pela unidade, pois caberia a este a ordenação dos processos de trabalho, a atribuição de responsabilidades aos agentes subordinados e o controle

⁵⁴ Nas palavras de Garcia e Alves: “A administração pública é organizada com a formação de escalonamentos funcionais, os quais são informados por um princípio de hierarquia, que se desenvolve, em linha ascendente, a partir dos agentes dotados de pouco ou nenhum poder de decisão, até atingir o ápice da estrutura organizatória, ocupado pela autoridade máxima da entidade. Em razão desta forma de organização, o superior hierárquico tem o dever jurídico de fiscalizar a atividade desenvolvida pelo agente que se encontra em um plano inferior, o que, observada a escala de ascendência acima referida, exaurir-se-á com a função fiscalizatória desempenhada pelo dirigente que ocupa o mais alto posto da estrutura administrativa, que estará sujeito a formas outras de controle que não as advindas do exercício do poder hierárquico”. O Trecho em tela foi extraído da obra **Improbidade Administrativa** de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (7 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 947) *apud* em artigo intitulado **A responsabilidade do Prefeito no âmbito da Lei Federal nº 8.429/92 pelos atos praticados por Secretários Municipais**, disponível em <<https://gustavotrincado.jusbrasil.com.br/artigos/548541887/a-responsabilidade-do-prefeito-no-ambito-da-lei-federal-n-8429-92-pelos-atos-praticados-por-secretarios-municipais?ref=serp>>. Acesso em 10 mar. 2020).

⁵⁵ Nesse sentido: “Ao administrador público é imposto o poder-dever de fiscalizar e de revisar os atos de seus subordinados, sob pena de responder por culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo* perante o TCU”. (**Acórdão TCU nº 7694/2010 - Primeira Câmara**). Também nesse sentido: “O fato de a irregularidade, comissiva ou omissiva, não ter sido praticada diretamente pelo gestor principal, e sim por outros servidores ou por órgão subordinado ao seu, não o exime de responder pela irregularidade, com base na culpa *in eligendo* ou na culpa *in vigilando*”. (**Acórdão TCU nº 1001/2018 - Primeira Câmara**).

dos atos praticados, decorrendo de tal omissão a presunção de *culpa*⁵⁶. Raciocínio aparentemente semelhante foi apresentado por Jacoby Fernandes⁵⁷, por meio de um elucidativo exemplo cujo trecho segue transcrito abaixo:

b) Não há definição de competência. Ocorre, com alguma frequência, em unidades pequenas que as competências não sejam detalhadamente descritas. Numa pequena prefeitura, por exemplo, a Secretaria de Educação tem 20 servidores que fazem tudo, desde folha de pagamento até licitação. Nessa situação, não havendo como estabelecer a competência por um pagamento decorrente de reajuste indevido de contrato atua-se definindo a responsabilização para o escalão imediatamente superior, conforme organização sistêmica. Assim, o Secretário de Educação responde por todos os atos da Secretaria de Educação. E, é assim porque a esse caberia o dever de repartição da competência própria pelos servidores, reunindo-os em unidades com competências específicas. (...).

(Grifou-se).

No **segundo cenário**, não há definição formal de competências, mas existe a identificação precisa do agente que praticou a conduta consubstanciadora da irregularidade (por exemplo, pela assinatura do documento). Nesta hipótese, ter-se-ia, num primeiro momento, por *culpa presumida*, a imputação sendo direcionada ao agente que praticou a conduta principal (comissiva ou omissiva) e, também, ao superior hierárquico responsável pela respectiva unidade (conduta omissiva)⁵⁸, o qual responderia por culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Observe que, nos dois cenários acima, como regra geral, uma vez constatadas as condutas que consubstanciam a irregularidade, instaura-se presunção de culpa, de modo que a prova de eventuais *atos impeditivos*,

⁵⁶ A compreensão doutrinária e jurisprudencial sobre aplicação da culpa presumida nas situações de contrariedade à legalidade e a inversão do ônus da prova dela decorrente pode ser bem apreendida no trecho da análise contida no **Acórdão TCU nº 828/2013 - Plenário** e aderida como fundamento do Voto: “Por afrontar diretamente as normas públicas de licitação, nas lições dos melhores doutrinadores (*in* Sergio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil, 7 ed, 2007, pp. 38-41; ver também Martinho Garcez Neto, Prática da responsabilidade civil, 2 ed., p. 128), fica caracterizada a chamada ‘culpa contra a legalidade’ que atribui ao agente o ônus de comprovar que não teria agido com culpa, nos seguintes termos: ‘A mera infração da norma regulamentar é fator determinante da responsabilidade civil; cria a desfavor do agente uma presunção de ter agido culpavelmente, incumbindo-lhe o difícil ônus da prova em contrário’”. (Grifou-se).

⁵⁷ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Manual do ordenador de despesas**: à luz do novo regime fiscal. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 44.

⁵⁸ Ressalvadas situações de irregularidades de maior amplitude e relevância ou de presumível conhecimento das autoridades dos estratos superiores, a responsabilidade da culpa *in vigilando* não ascende até os demais estratos da cadeia hierárquica. Nesse sentido: “A figura da culpa *in vigilando*, diretamente aplicável para responsabilização do gestor encarregado de supervisionar e fiscalizar as atividades de seus subordinados, não comporta a ampliação de responsabilidade a toda a cadeia hierárquica”. (**Acórdão TCU nº 2898/2012 - Primeira Câmara**).

modificativos ou *extintivos*⁵⁹ das responsabilidades passa a ser *ônus* dos agentes responsabilizados⁶⁰. Assim será, por exemplo, se o agente superior alegar que a irregularidade decorreu do extrapolamento por parte do agente subordinado às ordens que lhes foram determinadas⁶¹; ou, de outro turno, se o agente subordinado alegar que praticou a conduta em cumprimento às ordens do agente superior ou sob coação deste⁶².

No **terceiro cenário**, por sua vez, existe ato de *delegação de competência* por parte do agente superior (delegante) ao agente subordinado (delegado). Por meio dessa delegação (que está abordada no próximo item deste trabalho), cria-se *atributividade formal derivada*⁶³, deslocando a competência ao *agente delegado*, instaurando-se, em princípio, apenas contra este a presunção de culpa. Alerta-se: isso não significa que o *agente delegante* ficará eximido de responsabilidade. Permanece tal possibilidade em determinados casos⁶⁴. Contudo, ficará **mais restrito** o cabimento da *culpa presumida* contra este último agente, como será visto adiante (item 3.2.1).

Mas, e os demais agentes ascendentes da cadeia hierárquica? Em quais situações podem ser responsabilizados?

Colhem-se, no TCU, julgados cujas premissas se assentam na compreensão de que “não cabe ao dirigente máximo revisar, em minúcias, os processos administrativos instruídos pelas subunidades a ele subordinadas” (**Acórdão TCU n°**

⁵⁹ Sobre ônus da prova, *vide* item 1.2.4.

⁶⁰ *Vide* nota anterior sobre o tema da presunção de culpa.

⁶¹ Trata-se de aplicação analógica do disposto no art. 80, §2º, do Decreto-Lei n° 200/1967: “Art. 80. [...] § 2º O ordenador de despesa, salvo conviência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas”. (Grifou-se).

⁶² Nesse sentido: “A excludente de culpabilidade com base em obediência hierárquica somente é acolhida pelo TCU em caso de ordem não manifestamente ilegal. Se a ordem for manifestamente ilegal e as alegações de coação não forem comprovadas no processo, os responsáveis devem responder pelo débito a eles atribuído”. (**Acórdão TCU n° 9392/2015 - Segunda Câmara**).

⁶³ Sobre o sentido dessa expressão, *vide* o “método dos cinco passos” exposto no subitem 2.2.2.

⁶⁴ Trata-se de um ponto delicado cuja definição da responsabilidade depende muito do caso concreto. Nesse sentido, o **Acórdão TCU n° 2948/2010 - Plenário** afirma que “a responsabilização das autoridades delegantes não comporta soluções monolíticas ou generalizantes, devendo ser analisado caso a caso” (grifou-se).

3013/2012-Plenário). Transcreve-se trecho desse julgado⁶⁵:

De fato, não é razoável imputar ao dirigente máximo da unidade o dever de revisar, em minúcias, os processos administrativos instruídos pelas subunidades a ele vinculadas, para avaliar, por exemplo, se os pedidos de viagem se encontram instruídos com os bilhetes de passagem, os pagamentos de diárias foram registrados na ficha financeira do beneficiário ou há identidade entre os destinos das viagens indicados nos diferentes relatórios gerenciais.

Também há julgado no sentido de que, “a figura da culpa *in vigilando*, diretamente aplicável para responsabilização do gestor encarregado de supervisionar e fiscalizar as atividades de seus subordinados, não comporta a ampliação de responsabilidade a toda a cadeia hierárquica” (**Acórdão TCU nº 2898/2012 - Primeira Câmara**). (Grifou-se).

Esse entendimento deve ser contextualizado, por óbvio, diante do caso concreto. Existem hipóteses, a exemplo daquelas expostas no item 3.1 *retro*, que, como vimos, a responsabilização de agentes de níveis superiores poderá ocorrer, inclusive agentes políticos. Recapitulando algumas delas: no caso de o agente ter a ciência das irregularidades; no caso de omissão diante de questões cuja amplitude ou relevância justificasse a supervisão hierárquica, ou no caso em que as irregularidades decorrem de cenário de descontrole geral no órgão ou entidade.

Os exemplos transcritos abaixo são bem interessantes. Trata-se de casos hipotéticos, colhidos da recente obra de Jacoby Fernandes⁶⁶, que ilustram hipóteses de responsabilização de agentes subordinados, agentes superiores e agentes ascendentes de cadeias superiores:

Dois exemplos elucidam com clareza a questão. Considere o seguinte escalão hierárquico:

Agente 1 – prefeito

Agente 2 – secretário de saúde

Agente 3 – diretor de divisão de logística

Agente 4 – chefe de seção de contratos

Agente 5 – chefe de setor de gestão de contratos

⁶⁵ Exemplos de julgados no mesmo sentido: **Acórdãos TCU nºs 2098/2007- Primeira Câmara e 2948/2010 - Plenário**. Colhe-se deste último: “Não é razoável exigir que o dirigente maior de entidade pública verifique, em cada caso, o cumprimento de disposições legais corriqueiras em procedimentos de execução rotineiros, adotados pelos responsáveis dos diversos setores da instituição, a menos que tenha sido omissos diante de fatos irregulares a ele submetidos, sob pena de se tornar inviável a segregação de funções e ineficiente o mecanismo da delegação de competência”. (Grifou-se).

⁶⁶ *Op. cit.*, pp. 46-47.

Agente 6 – chefe do almoxarifado

Num caso, apura-se que determinado medicamento foi recebido e pago, mas não foi entregue. Nos documentos fiscalizados, verifica-se que o agente 6 assinou o recebimento, sem estar recebendo a mercadoria. Essa é, portanto, a principal irregularidade. À vista dessa informação, o agente 5 pediu o pagamento da fatura. Responde diretamente o agente 6 e, pela ausência de fiscalização, o agente 5. Precisamente, conforme texto legal. Quando o agente 4 ordena o pagamento, ao setor financeiro, em outra Secretaria, da Fazenda, por exemplo, as irregularidades dos dois escalões inferiores não são mais revistas. É irrazoável pretender que todo chefe fique revisando o cumprimento dos deveres dos subalternos. Se assim fosse, todos os superiores deveriam refazer todos os atos de todos os agentes, tornando impossível a estruturação sistêmica.

A responsabilidade dos agentes 4, 3, 2 e 1 só pode ocorrer se ficar comprovada a conivência, entendida como tal a ciência direta e pessoal, comprovada. Por isso, o ônus da prova, ou seja, o dever de apresentar prova fica sendo da auditoria, ou comissão de tomada de contas ou de processo disciplinar. É também por isso que nas grandes cidades dificilmente um prefeito é condenado, pois os diversos níveis hierárquicos descendentes firmam competência específica e própria.

Por fim, cabe enfatizar que podem existir situações especiais capazes de influenciar na responsabilização, mas que, na maioria das vezes, apenas serão reveladas (serão cognoscíveis) **no transcorrer do processo**.

Imagine, por exemplo, no segundo cenário antes exposto, que o *agente subordinado* que cometeu a conduta fosse pessoa de baixo grau de instrução que, sem receber treinamento, é alocado ao desempenho de determinada tarefa tecnicamente complexa, mediante ordem informal emitida pelo *agente superior*, que sequer lhe esclarece quais as responsabilidades assumidas, tampouco fornece critérios que orientem o trabalho que está sendo determinado.

Apesar de circunstâncias como essas acima nem sempre justificarem a elisão de responsabilidade do *agente subordinado*⁶⁷, poderá ocorrer de o julgador entender, diante da prova carreada aos autos, que restou configurada excludente⁶⁸ em relação à conduta desse agente, imputando a responsabilidade apenas ao *agente superior hierárquico* – e sob o consistente fundamento de que a conduta

⁶⁷ Por exemplo, em relação ao fiscal do contrato, existem julgados no sentido de que a ausência de formalização da designação não impede a responsabilidade e no de que a incompatibilidade entre o conhecimento do servidor e o trabalho a ser realizado, para ser considerada como escusa, deve estar embasada em ciência tempestiva da situação ao superior hierárquico: “A ausência de designação formal não obsta a responsabilização do agente que tenha praticado atos concernentes à função de fiscal de contrato, como o atesto de notas fiscais”. (**Acórdão TCU nº 12489/2019 - Segunda Câmara**). Ainda: “O fiscal de contrato designado, caso entenda não possuir conhecimento técnico para exercer suas competências, deve alegar o fato ao seu superior em tempo hábil, para adoção das medidas pertinentes, sob risco de vir a responder por eventual prejuízo causado ao erário (art. 67, § 2º ~~18.666/1993~~)”. (**Acórdão TCU nº 10868/2018 - Segunda Câmara**).

⁶⁸ As excludentes de responsabilidade estão abordadas no Capítulo 4.

omissiva deste último foi grave e prevalente à produção do resultado, já que lhe era exigível, como titular do *poder hierárquico*, orientar os trabalhos, definir claramente as responsabilidades, escolher adequadamente os servidores (*culpa in eligendo*) e exercer controle razoável sobre os atos praticados (*culpa in vigilando*), cautelas medianamente esperáveis de quem está na condição de responsável pelo órgão.

Por outro lado, imagine situação inversa: no mesmo cenário anterior (mas supondo que aquele agente possuísse formação adequada e que tivesse recebido as orientações necessárias), por conduta marcada por negligência grave, o *agente subordinado* certifica como ocorrente um fato inexistente, o que vem a acarretar dano relevante ao erário. O *superior hierárquico*, contudo, comprova, no decorrer do processo, que exercia controle de razoável proficiência (mediante, por exemplo, adoção de *checklists*, rotinas de revisão etc.) e que não identificou a inconsistência em razão do baixo *nível de detectabilidade* da falha⁶⁹. Nessa situação, poderá o julgador entender que não está caracterizada conduta culposa por parte do *agente superior*, imputando a responsabilidade apenas ao *agente subordinado*⁷⁰.

Como se pode perceber, embora existam linhas iniciais de raciocínio mais ou menos claras para a imputação de responsabilidade entre *agente superior* e *agente subordinado* – que podem minimizar, sensivelmente, as dificuldades do auditor por ocasião da elaboração do relatório -, é importante observar, por outro lado, que existe a possibilidade de sobrevir elementos de contextualização concreta que, na maior parte das vezes, tornam-se conhecidos apenas no transcorrer do processo, a partir da prova trazida pelos responsabilizados, elementos estes que poderão conduzir o julgador a perspectivas distintas daquelas inicialmente visualizadas.

⁶⁹ Aliás, sobre o nível de detectabilidade, importante lembrar que, em junho de 2019, adveio o Decreto nº 9.830/2019, o qual regulamentou o disposto no art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (aqueles alterados pela Lei nº 13.655/2018), estabelecendo, no tocante ao art. 28 (que exige erro grosseiro ou dolo para a responsabilização do agente público), uma disposição direcionada diretamente ao superior hierárquico: “Art. 12. [...] § 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo”. (Grifou-se). Logo, ao que tudo indica, nos casos em que o superior hierárquico comprove que havia um contexto de controle de razoável acuidade, é previsível que situações caracterizadas de remota detectabilidade possam ocasionar o afastamento de sua responsabilidade por culpa *in vigilando*.

⁷⁰ No **Acórdão TCU nº 46/2001 - Plenário**, em que a responsabilidade do agente superior foi afastada, colhe-se o seguinte trecho que é ilustrativo da *ratio* acima desenvolvida: “Nessas circunstâncias, lícito presumir que a conferência *pari passu* do trabalho de todos os subordinados, em nível de detalhamento, poderia tornar inviável o exercício das demais atribuições que lhe eram cometidas, consubstanciando, efetivamente, retrabalho, com inegável prejuízo à eficiência e à eficácia que devem caracterizar o trabalho de todo servidor”. (Grifou-se).

Vejamos, agora, a responsabilidade na hipótese em que existe *delegação de competência*.

3.2.1 Responsabilidade na delegação de competência

A *delegação de competência* é instrumento franqueado às autoridades para delegar “a prática de atos administrativos” a outros agentes, com “o objetivo de assegurar maior rapidez e objetividade às decisões, situando-as na proximidade dos fatos, pessoas ou problemas a atender” (arts. 11 e 12 do Decreto-Lei nº 200/1967).

Observe-se, aliás, que o Decreto-Lei nº 200/1967 arrolou a delegação de competência como um dos *princípios fundamentais da Administração* (art. 6º, IV).

Entre as considerações mais importantes sobre esse instituto⁷¹, estão as seguintes: **(i)** a necessidade de o ato formal indicar o agente delegado e o objeto da delegação (art. 12, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 200/1967⁷²); **(ii)** a publicidade (art. 37 da Constituição Federal); **(iii)** a irrenunciabilidade⁷³ da competência, podendo ser avocada (art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 88.937/1979⁷⁴).

No plano federal, a Lei nº 9.784/1999 estabelece vedação expressa à delegação de competência para edição de atos normativos, decisões de recursos administrativos e matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade (art. 13).

Para a jurisdição de contas, a maior dificuldade está em se demarcar as responsabilidades do agente delegante e do agente delegado e saber até que ponto o primeiro pode ser responsabilizado pelos atos do segundo.

⁷¹ O instituto já foi objeto de exame em processos de contas desta Casa. Cita-se, como exemplo, o Parecer MP/GAB/TC nº 205/91-7, aprovado, em sessão de 23/10/1991, nos autos do Processo nº 8.402/90-1, no qual consta percuente análise subscrita pelo Procurador-Geral Celestino Goulart.

⁷² Art. 12 [...] Parágrafo único: O ato de delegação indicará com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto de delegação.

⁷³ Nesse sentido: “O instituto da delegação é uma manifestação da relação hierárquica que transfere atribuições ao agente delegado, mas não exime o autor da delegação do dever de acompanhar os atos praticados. Isso porque as prerrogativas e os poderes do cargo, tais como a supervisão, não são conferidos em caráter pessoal ao agente público, mas sim para o bom desempenho de seu papel institucional, sendo, portanto, irrenunciáveis”. (Acórdão TCU nº 830/2014 - Plenário). (Grifou-se).

⁷⁴ Trata-se da regulamentação do Decreto-lei nº 200/1967, no referente à delegação de competência. Transcreve-se: “Art 2º [...]. Parágrafo único. A delegação de competência não envolve a perda, pelo delegante, dos correspondentes poderes, sendo-lhe facultado, quando entender conveniente, exercê-los mediante avocação do caso, sem prejuízo da validade da delegação”.

Como linha geral, o entendimento do TCU é no sentido de que a delegação de competência, **por si só, não afasta a responsabilidade do agente delegante.**

São três as situações em que este último é responsabilizado com mais frequência: **(i)** quando delega para pessoa que não detém os requisitos técnicos ou pessoais necessários (culpa *in eligendo*); **(ii)** quando não exerce (ou exerce deficientemente) a supervisão sobre questões de maior relevância, assim entendidas aquelas revestidas de lesividade, materialidade, abrangência ou reiteração; **(iii)** quando não adota providências em situações que foram levadas ao seu conhecimento. Nesse sentido:

A autoridade delegante pode ser responsabilizada sempre que verificada: a) a fiscalização deficiente dos atos delegados, pela lesividade, materialidade, abrangência e caráter reiterado das falhas e pelo conhecimento efetivo ou potencial dos atos irregulares praticados (culpa *in vigilando*); ou b) a má escolha do agente delegado, comprovada circunstancialmente em cada situação analisada (culpa *in eligendo*). **(Acórdão TCU nº 8799/2019 - Primeira Câmara).**

A delegação de competência não exime o delegante de fiscalizar as atribuições exercidas pelos subordinados, especialmente questões de maior relevância, como o cumprimento de determinação do TCU ao órgão ou à entidade. **(Acórdão TCU nº 2424/2017- Primeira Câmara).**

A delegação de competência não implica delegação de responsabilidade, competindo ao gestor delegante a fiscalização dos atos de seus subordinados, especialmente em situações nas quais, pela importância do objeto e materialidade dos recursos envolvidos, a necessidade de supervisão não pode ser subestimada. **(Acórdão TCU nº 2403/2015 - Segunda Câmara).**

(Grifou-se).

Importante frisar que o reconhecimento da responsabilidade do agente delegante não pode prescindir de elementos de prova ou, pelo menos, de ser ostensivamente defluível do contexto do caso concreto. Em outras palavras, a mera detecção de achado decorrente de ato de agente delegado não implica, de forma automática, a responsabilização do agente delegante. Nesse sentido:

A responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta, sendo imprescindível para definir essa responsabilidade a análise das situações de fato que envolvem o caso concreto. A falta de fiscalização (culpa *in vigilando*), o conhecimento do ato irregular praticado ou a má escolha do agente delegado (culpa *in eligendo*) podem conduzir, se comprovados, à responsabilidade daquela autoridade. **(Acórdão TCU nº 8028/2016 - Segunda Câmara).**

A responsabilidade da autoridade delegante pelos atos delegados não é automática ou absoluta, e a análise das situações fáticas é imprescindível para sua definição. **(Acórdão TCU nº 610/2015 - Plenário).**

(Grifou-se).

No caso de delegação à pessoa que não reunia os requisitos necessários

(culpa *in eligendo*), a asserção tem de estar apoiada na explicitação de uma relação de causalidade específica entre a ausência de determinada habilitação técnica ou condição pessoal e a inconformidade detectada:

Para que fique comprovada a existência de culpa *in eligendo*, a inépcia da autoridade delegada tem que ser comprovada, pois a culpa *in eligendo* existe quando a autoridade delegante confia missão sabidamente incompatível com os requisitos possuídos pelo delegado, sejam eles técnicos ou pessoais. (Acórdão TCU nº 1581/2017 - Primeira Câmara).

(Grifou-se).

Com efeito, os julgados acima são apenas lumes, já que “a responsabilização das autoridades delegantes não comporta soluções monolíticas ou generalizantes, devendo ser analisado caso a caso”. (Acórdão TCU nº 2948/2010 - Plenário) (Grifou-se).

Por fim, cabe reprimir que a delegação é, em regra, ato formal. Logo, a invocação do instituto pelo interessado deve estar respaldada no documento correspondente⁷⁵.

Em resumo, o *superior hierárquico*, diante dos poderes-deveres inerentes à posição que ocupa (que abrangem, dentre outros, poderes de direção, controle, supervisão e normatização) poderá ser responsabilizado, por atos de *agentes subordinados*, nas hipóteses em que não há repartição de competências no âmbito da unidade administrativa da qual é responsável; e, mesmo que haja essa repartição e a identificação do agente subordinado que praticou a conduta, poderá ser responsabilizado, em solidariedade com este, em razão de culpa *in vigilando* e *in eligendo*. Nessas situações, a caracterização de conduta contrária à legalidade instaura presunção de culpa que milita contra esses agentes, aos quais caberá o ônus da prova dos fatos impeditivos, modificativos e extintivos⁷⁶. A aplicação desse raciocínio sofre temperamentos diante da hipótese em que exista *delegação de competência*. Trata-se, este último, de um instituto por meio do qual as autoridades podem franquear a competência para a prática de atos a outros agentes. É instrumentalizado por ato formal, ao qual se deve dar publicidade. Perante o controle externo, o *agente delegante* poderá responder

⁷⁵ Nesse sentido, transcreve-se trecho do Acórdão TCU nº 6.057/2012 - Primeira Câmara: “4. Em relação ao instituto da delegação de competência, que os recorrentes invocam na tentativa de se eximirem do dever de supervisão, na verdade não há nos autos qualquer ato administrativo que formalize a delegação e, assim, não há como comprovar que ela tenha ocorrido. Mesmo que a delegação tivesse sido dada, isso não eximiria os responsáveis de exercer a devida fiscalização sobre as atividades delegadas”. (Grifou-se).

⁷⁶ Sobre ônus da prova, *vide* item 1.2.4.

em relação aos atos praticados pelo *agente delegado*, notadamente nas seguintes hipóteses: **(i)** quando delega para pessoa sem as condições necessárias; **(ii)** quando não supervisiona (ou o faz de forma deficiente) questões mais relevantes; e/ou **(iii)** quando se omite, mesmo tendo conhecimento efetivo das irregularidades.

3.3. RESPONSABILIDADE DO ORDENADOR DE DESPESA

É considerado *ordenador de despesa* toda e qualquer autoridade encarregada da execução de despesas orçamentárias “cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos” (§ 1º do art. 80 do Decreto-Lei nº 200/1967).

Costuma-se denominar de *ordenador primário, originário ou principal* aquele cuja competência promana, diretamente, de lei ou regulamento; e *ordenador secundário ou derivado* aquele cuja competência provém de *delegação* feita pelo primeiro⁷⁷. Seja quem for o ordenador de despesas (originário ou derivado), a lei estabelece a obrigação de prestar contas ao tribunal de contas (art. 80, caput, do Decreto-Lei nº 200/1967).

Mas, na prática, o que faz o ordenador? Após os responsáveis pela liquidação atestarem a perfeição dos bens e serviços, cabe ao ordenador, verificada a regularidade da despesa, emitir despacho de ordem de pagamento. A partir de então, é emitida ordem bancária em favor do credor (arts. 62 e 64 da Lei Federal nº 4.320/1964, art. 74, §2º, do Decreto-Lei nº 200/1967). Deve, antes disso, verificar, também, a aderência às leis orçamentárias (art. 75 da Lei Federal nº 4.320/1964 e arts. 15 a 17 da Lei Complementar nº 101/2000) e eventuais restrições financeiras à emissão de empenho em relação ao limite dos créditos concedidos (art. 59 da Lei Federal nº 4.320/1964)⁷⁸.

⁷⁷ Vide **Manual do Ordenador de Despesas**, disponível no site do Conselho Nacional do Ministério Público, disponível em <<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/comissoes/comissao-de-controle-administrativo-e-financeiro/atuacao/manual-do-ordenador-de-despesas/as-responsabilidades-do-ordenador-de-despesas/prestacao-de-contas-lei-de-responsabilidade-fiscal-lei-de-licitacoes-e-motivacao-dos-atos-administrativos>>. Acesso em 09 fev. 2020.

⁷⁸ Vide **Manual do Ordenador de Despesas**, disponível no site do Conselho Nacional do Ministério Público. Acesso explicitado na nota anterior.

No âmbito municipal, é comum que os prefeitos sejam ordenadores de despesa. No entanto, a doutrina especializada alerta que a prática dessa espécie de ato de gestão exige *profissionalidade* e, por isso, deve ser executada por *agentes administrativos*. Nesse sentido, a exortação contida na recente obra de Jacoby Fernandes⁷⁹:

Somente os servidores públicos devem ser ordenadores de despesas. Agentes políticos, abrangendo os que ditam poderes em nome do poder público, como políticos, magistrados e membros dos tribunais de contas e do Ministério Público não deveriam usurpar a função dos servidores. Ordenar despesas é função de agente subordinado e profissionalizado.

(Grifou-se).

No retrospecto feito no item 1.2.2 retro, vimos que, sobretudo durante o período da Constituição de 1967, a jurisdição de contas era voltada quase que integralmente à análise dos atos do ordenador de despesas. Basta lembrar que, naquela época, os tribunais de contas podiam impor até prisão cautelar ao ordenador; e mais: para assumir a função era necessário lavrar carta de fiança⁸⁰.

Feitas essas observações, passa-se a abordar a jurisprudência do TCU em relação a esse agente.

A premissa maior está fincada na *presunção de culpa* que se instaura em face do ordenador diante da ocorrência de uma despesa irregular, cabendo a este agente, por *inversão do ônus de prova*, comprovar a regularidade de sua conduta:

Nos processos relativos ao controle financeiro da Administração Pública, a culpa dos gestores por atos irregulares que causem prejuízo ao erário é legalmente presumida, ainda que não se configure ação ou omissão dolosa, admitida prova em contrário, a cargo do gestor. Na fiscalização dos gastos públicos, privilegia-se, como princípio básico, a inversão do ônus da prova. Cabe ao gestor demonstrar a boa aplicação dos dinheiros e valores públicos sob sua responsabilidade (art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e art. 93 do Decreto-Lei 200/1967, c/c o art. 66 do Decreto 93.872/1986). (**Acórdão TCU nº 1895/2014-Segunda Câmara**)⁸¹.

A aplicação da *culpa presumida*, nesse caso, além de ser uma decorrência

⁷⁹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Manual do ordenador de despesas**: à luz do novo regime fiscal. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 21.

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 17.

⁸¹ No mesmo sentido, pode-se citar: “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”. (**Acórdão TCU nº 1823/2008 - Segunda Câmara**). Ainda: “É obrigação do ordenador de despesa ressarcir o erário dos prejuízos a que tenha dado causa por ação ou omissão no cumprimento da lei ou das normas do direito financeiro. É responsabilidade pessoal do gestor a comprovação do bom e regular emprego dos valores públicos que, nessa condição, tenha recebido, cabendo-lhe, em consequência, o ônus da prova”. (**Acórdão TCU nº 1194/2009 - Primeira Câmara**).

lógica da própria ontologia do que é “prestar contas” (e da imposição constitucional desse dever), encontra amparo no art. 93 do Decreto-Lei nº 200/1967, o qual prevê, expressamente, que “quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego”⁸².

Essa premissa, contudo, tem sido “relativizada” diante de especificidades como o *nível de detectabilidade* e os princípios da *divisão de trabalho e segregação de funções* (como veremos adiante). Daí ser oportuna a reflexão de Emerson Cesar da Silva Gomes⁸³:

No tocante à responsabilidade, o Ordenador de Despesas sempre foi visto como uma espécie de responsável presumido pelos atos que importem em realização de despesa pública [...]

Esta concepção, entretanto, deve ser vista com reservas. Em primeiro lugar, o ordenador não é um “super-agente” público, onisciente e presente em todas as etapas da realização da despesa pública. Com efeito, o ordenador de despesas pode não ser o responsável pela liquidação (recebimento do bem ou do serviço), pela elaboração do edital, pela condução do processo licitatório, pela contratação, pela concessão de vantagens indevidas a funcionários ou pela contratação irregular de funcionários. Todos estes atos podem acarretar irregularidade na despesa pública.

(Grifou-se).

Nos processos de controle externo, são muito comuns, nas defesas dos ordenadores, alegações como “não houve má fé”; ou que “apenas determinou o pagamento”; ou, ainda, que a o ato “foi praticado por outro agente”. Vejamos.

Em relação a essa última escusa (“foi praticado por outro agente”), cabe notar, que a regra geral do art. 80, §2º, do Decreto-Lei nº 200/1967⁸⁴ é expressa de que o ordenador, salvo conivência, não responderá se o subordinado desbordar de suas ordens. Por isso, há julgados em que a responsabilidade do ordenador foi afastada em razão de a irregularidade ter sido **praticada exclusivamente por**

⁸² Em julgado do Supremo Tribunal Federal do ano de 1982, colhe-se: Mandado de segurança contra o Tribunal de Contas da União. [...]. 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. Coincidência, ao contrário do que foi alegado, entre a acusação e a condenação, no tocante à irregularidade da licitação. Mandado de segurança indeferido (MS 20.335/DF, de 13/10/1982, relator Ministro Moreira Alves).

⁸³ *In Responsabilidade financeira* – uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 245.

⁸⁴ Eis a dicção: “Art. 80. [...] § 2º O ordenador de despesa, salvo conivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas”.

subordinado⁸⁵. Contudo, cabe ao ordenador fazer a prova de que o subordinado **exorbitou das ordens** que ele lhe deu. Sem essa prova, **mantém-se a presunção de culpa**⁸⁶.

Já sobre as demais escusas (“não houve má fé” e “apenas determinou o pagamento”), não têm sido consideradas suficientes. Em primeiro lugar, porque a responsabilização pressupõe a *culpa*, sendo desnecessária a presença da *má fé* (vide **Acórdão TCU n° 635/2017 - Plenário**); em segundo, porque o entendimento prevalente é o de que o ordenador deve exercer o papel de “autêntica instância de controle de gastos dos recursos públicos”, de modo que “a sua assinatura não configura mera formalidade”, cabendo a esse agente “verificar todo o processo de dispêndio, com o objetivo de, entre outras medidas, detectar possíveis irregularidades” (vide **Acórdão TCU n° 550/2015 - Plenário**)⁸⁷.

A responsabilidade, neste caso, está fundada em conduta omissiva na vigilância, negligência.

Mas, para além de abstrações, vejamos melhor este ponto: **o que significa, na prática, operar como efetiva instância de controle?**

O papel do ordenador é um dos mais importantes da Administração e, por isso, exige profissionalidade e muita atenção.

Assim, existem precatos que, tecnicamente, são considerados razoavelmente exigíveis de qualquer ordenador medianamente diligente.

⁸⁵ Nesse sentido: “o ordenador de despesa tem o ônus de demonstrar a regular aplicação dos recursos públicos, presumindo-se sua responsabilidade por irregularidade material ou formal na liquidação da despesa, salvo se ele conseguir justificar que a irregularidade foi praticada exclusivamente por subordinado que exorbitou das ordens recebidas”. (**Acórdão TCU n° 7575/2015 - Primeira Câmara**).

⁸⁶ Nesse sentido: “O fato de a irregularidade não ter sido praticada diretamente pelo gestor principal, e sim por outros servidores ou por órgão subordinado ao seu, não o exime de responder pela irregularidade, com base na culpa *in eligendo* ou a culpa *in vigilando*”. (**Acórdão TCU n° 2818/2015 - Plenário**).

⁸⁷ Na jurisprudência do TCU, há decisões que acentuam a responsabilidade do ordenador em revisar, da forma mais ampla possível, os atos anteriores da cadeia. É exemplo a seguinte: “O poder/dever de diligência do ordenador de despesas impõe a ele a verificação da regularidade dos atos de gestão sob todos os aspectos, sobretudo da adequação do valor do contrato ao seu objeto”. (**Acórdão TCU n° 918/2005 - Segunda Câmara**). Por outro lado, há decisões que dão maior ênfase ao princípio da segregação de funções, excluindo a responsabilidade do ordenador no caso em que a despesa foi realizada a partir de atestado do fiscal: “A responsabilidade pelo débito por pagamento de serviços não executados, mas atestados, deve recair sobre os agentes que têm o dever de fiscalizar o contrato e atestar a execução das despesas, e não sobre a autoridade que ordenou o pagamento”. (**Acórdão TCU n° 929/2019 - Plenário**).

Na literatura especializada é possível identificar algumas práticas consideradas importantes: **(i)** definir as responsabilidades dos agentes subordinados que devem se manifestar no expediente; **(ii)** estabelecer normas de trabalho e documentos como *checklists* para confirmar a presença dos documentos necessários, a conclusão de etapas prévias e a manifestação dos agentes responsáveis por essas outras etapas; **(iii)** adotar, se for o caso, providências concretas como: suspensão do pagamento, solicitação de informações, determinação de diligências etc.; e **(iv)** realizar, periodicamente, procedimentos amostrais de revisão e auditorias em relação aos expedientes de maior materialidade ou risco⁸⁸.

Muitas falhas ocorrem, exatamente, porque inexitem práticas como as acima descritas (ou existem, mas sem a proficiência razoável). O trecho do **Acórdão TCU nº 3004/2016 - Plenário**, transcrito a seguir, exemplifica a responsabilização do ordenador por falhas que poderiam ser detectadas com “verificações mínimas”:

No entanto, há que se ressaltar que a autorização de pagamento não se resume à mera aposição de assinatura na ordem bancária. É necessário que o gestor adote procedimentos independentes para se certificar da correção da despesa que lhe é apresentada para pagamento. No caso em tela, bastaria que o gestor retrocedesse algumas folhas no processo de pagamento para verificar que o preço unitário lançado na ordem de fornecimento havia sido majorado nas notas fiscais. Como os processos seguiram seu curso e resultaram na concretização de pagamentos indevidos, conclui-se que, ou o gestor agiu com negligência deixando de efetuar verificações mínimas quando da autorização, ou concordou com o procedimento, atuando de forma conivente.

(Grifou-se).

Portanto, a ausência dessas rotinas é um elemento relevante para a definição da responsabilidade do ordenador, pois pode sinalizar um quadro omissivo caracterizador de culpa por negligência.

Questiona-se, porém: **naquelas situações em que existir um controle razoável, o ordenador será responsabilizado, mesmo quando seja remota a detectabilidade?**

É medianamente intuitivo que exigir do ordenador, na fase de pagamento, uma revisão ampla e material de todos os atos anteriores da cadeia **seria uma exigência de questionável razoabilidade**; seja pela *dificuldade administrativa* de

⁸⁸ Adaptado da recente obra de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes: **Manual do ordenador de despesas**: à luz do novo regime fiscal. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 124-125.

fazê-lo; seja pela *ineficiência* dessa rotina, já que tornaria inócuo o trabalho das instâncias de controle anteriores; seja pela sua provável *antieconomicidade*, já que, na maioria das vezes, sua exequibilidade demandaria aumento do quadro de servidores.

Isso não significa liberar o ordenador de exercer controle sobre os atos anteriores, mas reconhecer, num contexto de rotinas considerado administrativamente razoável, que existem *níveis de detectabilidade* que não podem ser alcançados facilmente – ou sem causar um esvaziamento indireto de *standards* básicos de eficiência, como são a *divisão de trabalho* e a *departamentalização*.

Por isso, há decisões do TCU em que foi excluída a responsabilidade em situações que a inconformidade não era medianamente detectável no contexto de controle, como, por exemplo, em situações em que o pagamento decorreu de *medições incorretas* feitas pelo fiscal do contrato. Nesse sentido:

O pagamento efetuado com base na atestação de despesas exime de responsabilidade a autoridade que ordenou seu pagamento, salvo nos casos em que seja comprovado seu conhecimento de irregularidades. **(Acórdão TCU n° 1554/2014 - Segunda Câmara).**

A responsabilidade pelo débito por pagamento de serviços não executados, mas atestados, deve recair sobre os agentes que têm o dever de fiscalizar o contrato e atestar a execução das despesas, e não sobre a autoridade que ordenou o pagamento. **(Acórdão TCU n° 929/2019 - Plenário).**

É inevitável que a avaliação do nível de detectabilidade envolva, em alguma medida, um subjetivismo. Mas existem casos, como os julgados acima, em que é possível afirmar um relativo consenso ao qualificá-lo como de *detecção baixa ou difícil*.

Mesmo no caso em que não há esse consenso (sobre o nível de detectabilidade), a própria ausência de um contexto de controle razoável, com rotinas como as exemplificadas, anteriormente, pode ser um aspecto a ganhar relevância na avaliação. **Eis um exemplo deste raciocínio:** ainda que tenha sido questionado o nível de detectabilidade, ficou evidenciado que o ordenador não operava a partir de um contexto de controle razoável, o que significa dizer que, mesmo que houvesse a possibilidade de detecção da irregularidade, esta não ocorreria porque inexistentes rotinas mínimas capazes de fazê-lo. Vê-se, nessa hipótese, um cenário indicativo de culpa por negligência.

Então, como **sumário** das referências jurisprudenciais expostas, podemos

destacar três aspectos que podem úteis na caracterização ou não da responsabilidade do ordenador:

(i) se o ato foi praticado exclusivamente por agente subordinado que exorbitou das ordens recebidas e desde que a ocorrência não esteja relacionada a culpa *in vigilando* (ex.: fraude cometida por agente subordinado);

(ii) se o ordenador operava, verdadeiramente, como uma instância de controle, determinando o pagamento a partir de rotinas razoáveis (ex.: definição de procedimentos, fluxos, *checklists*, responsabilidades, instruções, revisões etc.); e

(iii) se a inconformidade era de remota detectabilidade pelo ordenador, mesmo num contexto razoável de controle (ex.: pagamento incorreto decorrente de erro na medição atestada pelo fiscal).

3.3.1. Responsabilidade do ordenador da folha de pagamento

Observadas as regras gerais acima, cabe acrescentar algumas ligeiras considerações sobre a ordenação de despesa quando o objeto for *folha de pagamento de vencimentos, salários e proventos*.

Essa ordenação apresenta uma peculiaridade: é *ato genérico* que torna impossível a “verificação um a um dos registros da despesa que é ordenada”⁸⁹.

Aqui, aplica-se raciocínio semelhante ao exposto anteriormente em relação à medição incorreta feita pelo fiscal e a remota detectabilidade dessa incorreção sob a perspectiva do ordenador. Daí a exortação feita por Jacoby Fernandes⁹⁰:

A fiscalização e a auditoria devem ter em conta que, embora a despesa seja mensal ordenada ou reordenada, não se pode imputar responsabilidade ao ato genérico de mandar creditar a folha de pagamento. Certamente não é um ato irresponsável, pois cada um dos pagamentos foi anteriormente verificado pelo Departamento de Pessoal – ou nome mais atualizado desse órgão no organograma.

(Grifou-se).

O autor está chamando a atenção para o fato de que, na maioria das organizações, a elaboração da folha é competência de unidade administrativa específica, normalmente um *departamento* ou, em municípios menores com departamentalização menos derivada, por alguma *secretaria*.

Nesses casos, há que se avaliar qual(is) o(s) órgão(s) que detinha(m) a

⁸⁹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Manual do ordenador de despesas**: à luz do novo regime fiscal. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 89.

⁹⁰ Idem.

atributividade primária para a elaboração e liquidação da folha - o que normalmente está estampado na lei de estrutura administrativa ou em normas organizacionais.

É razoável, por conseguinte, que a responsabilidade, no caso de pagamentos em valores maiores (por erro na preparação da folha, por exemplo), seja direcionada ao agente (provavelmente no exercício de direção ou chefia) da unidade administrativa a qual a lei cometeu *atributividade primária* para a elaboração da folha - sem prejuízo, é claro, de outros responsáveis solidários serem alcançáveis, conforme as especificidades do caso concreto.

Já se a inconformidade decorrer, por exemplo, de pagamento irregular de uma gratificação especial, cuja determinação foi feita por secretário municipal, o qual *atestou* que o servidor beneficiário realizou as atividades legitimadoras de sua percepção, a responsabilização estará afeta, inicialmente, àquele secretário que afirmou o fato gerador da vantagem e não, em tese, ao liquidante da folha (a menos que se tratasse, por exemplo, de uma irregularidade flagrante, cuja detecção fosse exigível deste último).

Agora imaginemos um terceiro exemplo: o órgão de controle interno já havia detectado que os pagamentos irregulares estavam ocorrendo em relação à determinada vantagem e já havia dado ciência ao prefeito e ao secretário. Mesmo diante dessa ciência, estes agentes políticos se omitem em adotar providências. Nesse caso, pode ser razoável a inclusão, também, destes agentes políticos no perímetro de responsabilização.

Não obstante o que foi dito acima, é bom lembrar que as premissas abordadas, no tópico anterior, em relação aos ordenadores em geral também valem para o ordenador da folha de pagamento. Ou seja, mesmo estando em níveis hierárquicos superiores ao agente responsável pela elaboração da folha, o ordenador deve sempre operar como “autêntica instância de controle de gastos dos recursos públicos” (vide **Acórdão TCU nº 550/2015 - Plenário**).

Isso quer dizer que, embora impraticável a verificação das centenas ou milhares de registros contidos em cada folha que lhe é encaminhada, é esperável de um ordenador medianamente diligente a adoção, em alguma medida, de ações consubstanciadoras de controle, como, por exemplo, **determinações de auditorias periódicas**, com vistas a confirmar a correção da ordenação de despesa que, todos

os meses, está praticando. Aliás, nesse sentido é a recomendação de Jacoby Fernandes:

A lei determina que o gestor não responde pelos atos dos subordinados – tema visto no subitem 1.13.1.6 -, exceto se for negligente. Por isso, defina, com o Controle Interno, auditoria na folha de pagamentos, de modo vertical e horizontal. Vertical, a soma das parcelas de cada contracheque, ou seja, se o empregado ou servidor determinado faz jus a cada uma das parcelas que constam em seu contracheque; horizontal, a auditoria de uma vantagem determinada em todos os contracheques [...].

(Grifou-se).

Por fim, a despeito dessas particularidades em torno da ordenação da folha – que, por óbvio, deverão ser contextualizadas no caso concreto – é bom lembrar que, nos casos em que o ordenador seja o prefeito ou outro agente político, a responsabilidade também poderá decorrer do *cenário geral de desorganização administrativa*, pois, como já assinalado, “a responsabilização de dirigente máximo pode decorrer de significativa desorganização administrativa no órgão ou entidade, o que configura negligência” (vide **Acórdão TCU nº 2147/2015 - Plenário**).

Em resumo: *ordenador de despesa* é toda e qualquer autoridade encarregada da execução de despesas orçamentárias cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos. Pode ser *primário* (originário) ou *secundário* (derivado). É seu o ônus demonstrar o regular emprego dos recursos, instaurando-se, portanto, *culpa presumida* quando detectada irregularidade. A jurisprudência acentua que o ordenador deve operar como *instância efetiva de controle*, responsabilizando-o no caso de pagamentos indevidos. Há julgados, porém, que reconhece excludentes em situações como quando o agente faz prova de que a irregularidade decorreu, exclusivamente, de ato de subordinado que exorbitou das ordens ou quando demonstrada a remota detectabilidade. A existência ou não de rotinas de controle razoáveis que antecedam a ordenação de despesa é elemento relevante para a definição da responsabilidade, já que a sua ausência pode sinalizar culpa *in vigilando*. No caso da *ordenação da folha* de pagamento, há algumas particularidades a serem observadas. Por ser *ato genérico*, a verificação um a um dos registros da despesa é impraticável pelo ordenador. Nesses casos, portanto, deverão ser identificados os órgãos e agentes que detêm a responsabilidade de elaborar e liquidar a folha, bem como, dependendo do caso, os agentes que atestaram a ocorrência de fatos geradores que embasaram os pagamentos irregulares. Isso não impede, porém, que o

ordenador também seja responsabilizado, o que pode ocorrer, por exemplo, em situações em que tinha ciência ou que deixou de operar como instância de controle; ou, ainda, nos casos em que o ordenador for o prefeito ou o dirigente máximo, quando os pagamentos irregulares decorrerem de cenário geral de desorganização administrativa.

3.4. RESPONSABILIDADE DOS MEMBROS DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO

Ao pensarmos sobre responsabilidades no âmbito do processo licitatório, a *comissão de licitação* é, normalmente, lembrada em primeiro lugar.

Contudo, é preciso ter por premissa que as atribuições desse órgão são as de “receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes”, notadamente sobre a “habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a alteração ou o cancelamento e as propostas” (art. 6º, XVI, e 51 da Lei 8.666/93).

Ou seja, como o seu papel é, essencialmente, voltado à *inscrição* em registro cadastral, *habilitação* preliminar dos licitantes e *classificação* das propostas⁹¹, existem muitos julgados afastando a responsabilidade naquelas situações que as condutas praticadas não estão inseridas naquele perímetro de atribuições. Os enunciados abaixo são esclarecedores:

Não podem ser atribuídas à comissão permanente de licitação (CPL) irregularidades atinentes a: inobservância pelo edital do princípio do parcelamento do objeto; divergência entre a minuta e o contrato celebrado; falta de comprovante da publicação do termo de contrato; ausência de termos aditivos ao contrato; e ausência de comprovação de prestação de garantia contratual, por parte da empresa. Tais atribuições não estão na alçada de competência da CPL. (**Acórdão TCU nº 1190/2009 - Plenário**).

Exigências para habilitação, definição de modalidade de licitação, metodologia de avaliação de qualidade dos serviços e elaboração de modelo de planilha de custos são itens inerentes à fase de planejamento da contratação e não afetos às atribuições típicas da comissão de licitação, razão por que irregularidades apuradas nessa fase não podem ser imputadas a presidente de comissão especialmente designada para conduzir o certame. (**Acórdão TCU nº 1005/2011 - Plenário**).

⁹¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das licitações e contratações da administração pública. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, pág. 533.

Afasta-se a responsabilidade de comissão permanente de licitação por deficiências em projeto básico, uma vez que, entre as suas atribuições rotineiras, não se insere a elaboração desse documento. (**Acórdão TCU nº 184/2012 - Plenário**).

Exigências para habilitação são inerentes à etapa de planejamento da contratação, razão pela qual irregularidades apuradas nessa fase não devem ser imputadas a pregoeiro ou a membros de comissão de licitação, designados para a fase de condução do certame. (**Acórdão TCU nº 3213/2019 - Primeira Câmara**).

O exame de situações aptas a ensejar o procedimento de dispensa ou inexigibilidade não integra o rol de competências da comissão de licitação. (**Acórdão TCU nº 2124/2008 - Primeira Câmara**).

Não está diretamente ligada às atribuições da comissão permanente de licitação (CPL) a tarefa de proceder a prorrogação de contratos. (**Acórdão TCU nº 2429/2008 - Primeira Câmara**).

A irregularidade concernente à realização de certame licitatório sem prévio estudo de impacto ambiental não deve ser imputada aos integrantes da comissão de licitação, porquanto suas competências são meramente executórias e consistem, basicamente, na efetivação dos procedimentos necessários à habilitação e à classificação de propostas, conforme se depreende da Lei 8.666/1993. (**Acórdão TCU nº 1229/2017 - Plenário**).

Assim, como já dito, o perímetro mais provável de responsabilização da comissão será o conjunto de atos tendentes, especificamente, à *habilitação* e *classificação* dos licitantes. Nesse sentido:

A falta ou a insuficiência de verificação e análise dos documentos apresentados pelos licitantes configura negligência no desempenho das atribuições da comissão de licitação e infração ao princípio da eficiência, respondendo os seus membros por todos os atos por ela praticados. (**Acórdão TCU nº 2968/2018 - Plenário**).

O **Acórdão TCU nº 200/2011 - Plenário** é ilustrativo ao trazer situação em que a comissão foi responsabilizada por inadequada publicidade e omissão em realizar exame suficiente da documentação de qualificação econômico-financeira da empresa. Transcreve-se trecho:

10. De fato, os responsáveis não conseguiram justificar a falta de adequada publicidade ao certame, consubstanciada pela publicação do edital, apenas, no Diário Oficial do Estado da Bahia, o que caracterizou descumprimento do art. 21, incisos I e III, da Lei de Licitações.

11. De igual modo, não restou justificada a previsão editalícia de antecipação de pagamento, que ofende a dispositivos da Lei n. 4.320/1964 (arts. 60 e 68), bem como a inércia diante dos indícios de fraudes nas demonstrações contábeis apresentadas pela firma vencedora como condição de habilitação no certame.

12. Consoante apontado pela Secex/BA, a [empresa] [...] omitiu receitas, deixou de contabilizar lucro líquido e apresentou, ainda, balanços patrimoniais com os mesmos valores no final dos exercícios de 1997 e 1998. Tal fato somente seria plausível caso a mencionada empresa não apresentasse nenhum movimento ao longo deste último exercício financeiro, o que não é o caso'.

13. Diante da ocorrência, era de esperar que os membros da comissão de licitação, a quem, nos termos do art. 6, inciso XVI, da Lei n. 8.666/1993 cabe o exame de todos os documentos relativos ao certame, adotassem providências no sentido de questionar a empresa sobre o ocorrido.

Contudo, deve-se frisar que, mesmo em relação a atos que não são de sua competência, é razoável esperar que os procedimentos anteriores sofram algum juízo crítico por parte da comissão e de outros atores. Daí o comentário extraído do **Acórdão TCU nº 3516/2007 - Primeira Câmara:**

12. No mais das vezes, os projetos básicos, os termos de referência, estimativas de preço são elaborados pelas respectivas unidades requisitantes do bem, serviço ou obra, ou por algum outro setor especializado e não necessariamente pela CPL, pregoeiro ou autoridade superior.

13. Em verdade, a CPL, o pregoeiro e a autoridade superior devem verificar: primeiro, se houve pesquisa recente de preço junto a fornecedores do bem e se essa observou critérios aceitáveis; segundo, se foi realizada a adequação orçamentária; e, por último, se os preços da proposta vencedora estão coerentes com o orçamento estimado pelo setor competente.

Por isso, há julgados imputando responsabilidade à comissão por conta de omissão em situações de irregularidades flagrantes.

Por exemplo, no **Acórdão TCU nº 1.235/2004 – Plenário**, ao tratar de situação em que o superfaturamento decorreu de ausência de pesquisa de preço e de conluio entre as empresas, aquela Corte entendeu haver responsabilidade da Comissão, que, por estar encarregada de processar e julgar o certame, não poderia ter negligenciado a falta da pesquisa no processo licitatório:

4.3.7. Assim, considerando que competia à comissão de licitação examinar a conformidade das propostas apresentadas pelos licitantes com o preço corrente no mercado, não há como aceitar os argumentos oferecidos pelos membros da Comissão. Ressalte-se que, para evitar o superfaturamento apurado, não se exigia dos membros da comissão nenhum conhecimento técnico profundo, bastando para tanto que tivessem efetuado pesquisas de preço dos produtos no mercado. De posse desses preços de referência e com a constatação de que os preços ofertados pelos licitantes eram superiores aos pesquisados, deveria a Comissão ter desclassificado todas as propostas apresentadas, nos termos do art. 48, II, e § 3º, da Lei n.º 8.666/93. Se assim não procederam, agiram com negligência (falta de precaução), o que implica conduta culposa [...].

4.3.9. Frise-se também que superfaturamento advindo de um contrato precedido de procedimento licitatório somente ocorre quando, no mínimo, houver culpa da comissão de licitação, que é quem, em verdade, julga e classifica as propostas ofertadas e, por conseguinte, tem o dever de tomar a precaução imposta pela Lei de efetuar pesquisa de preço de mercado previamente à realização do certame licitatório, para poder ter noção do valor que está sendo proposto à Administração Pública pelo particular [...].

(Grifou-se).

Semelhante *ratio* foi aplicada em situação de ausência, nos processos

licitatórios, “de projeto básico e de orçamento detalhado em planilhas expressando a composição de custos unitários”:

Para configurar a irregularidade das contas é desnecessária a comprovação de dolo ou má-fé por parte dos membros de Comissão de Licitação, mas, tão-somente, a configuração de culpa, caracterizada pela negligência no dever de zelar pela regular condução do procedimento licitatório. Não é possível admitir que a Comissão de Licitação adote a postura passiva de dar encaminhamento a procedimento licitatório, promovendo o julgamento das propostas sem a presença de todos os elementos exigidos pela Lei 8.666/93. (Acórdão TCU nº 310/2011 - Plenário).

(Grifou-se).

Sobre vícios no edital e falhas na publicidade, há decisão no sentido de que, embora não seja responsabilidade da comissão a sua elaboração, não é admissível que ignore vícios flagrantes capazes de comprometer o seu trabalho de processamento da licitação:

A comissão de licitação, ainda que não detenha a incumbência de elaborar o edital, deve atuar no sentido de não tolerar vícios no instrumento, uma vez que este constitui a base para todo seu trabalho de processamento da licitação. (Acórdão TCU nº 833/2008 - Plenário).

[...] De fato, restou assente que os membros da CPL não agiram com a devida diligência no exercício de suas funções, permitindo que inconsistências relevantes e de fácil percepção, tais como cláusulas editalícias em desconformidade com os princípios que norteiam a administração pública e ausência de orçamento detalhado expressando os custos unitários da obra, fossem levadas adiante sem que se procedesse a sua devida correção. Além disso, a mesma comissão não atendeu a contento o princípio da publicidade quando da alteração de data para a realização da visita técnica, dando ensejo, inclusive, à interposição de recurso por parte de uma das licitantes que não tomou ciência do fato. (Acórdão TCU nº 1.456/2011 – Plenário).

(Grifou-se).

Por fim, importante destacar que “os membros das comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada” (vide **Acórdão TCU nº 3268/2009 - Segunda Câmara**).

Em resumo, a responsabilidade da *comissão de licitação* se circunscreve, em regra, aos atos de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes, notadamente sobre a habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a alteração ou o cancelamento e as propostas (art. 6º, XVI, e 51 da Lei 8.666/93). Por isso, a jurisprudência, como premissa maior, tem afastado a responsabilidade do órgão quando as irregularidades decorrem de atos pertencentes à etapa de planejamento, tais como a confecção de edital e projeto

básico, exigências para a habilitação, modelo de planilha de custos etc., ressalvada a hipótese em que tenham sido os autores desses atos. Não obstante essa premissa, a comissão já foi responsabilizada por conta de omissão diante de irregularidades flagrantes, como, por exemplo, quando ausentes peças importantes como pesquisa de preços, projeto básico, orçamento detalhado ou, ainda, diante de erros grosseiros no edital, sob o fundamento de que, por serem documentos indispensáveis ao seu mister de promover o regular processamento à licitação, não seria admissível que, passivamente, desse seguimento ao processo. Por fim, a ressalva de responsabilidade em relação a um dos membros somente ocorrerá se este possuir registro formal e fundamentado de sua posição discordante.

3.5. RESPONSABILIDADE DO PREGOEIRO E DA EQUIPE DE APOIO

O *pregoeiro* tem, por atribuições, em síntese, a *classificação* das propostas, *habilitação* do licitante a ser contratado e *adjudicação* do objeto (art. 9º do Anexo I do Decreto nº 3.555/2000).

De um modo geral, aplica-se a esse agente a maior parte das considerações feitas sobre a comissão de licitação, notadamente o afastamento da responsabilidade no caso de falhas decorrentes de fases anteriores, ressalvadas aquelas facilmente detectáveis ou cuja omissão no saneamento implique ausência de critérios suficientes para o regular processamento do certame. Nesse sentido:

O pregoeiro não pode ser responsabilizado por irregularidade em edital de licitação, já que sua elaboração não se insere no rol de competências que lhe foram legalmente atribuídas. No entanto, imputa-se responsabilidade a pregoeiro, quando contribui com a prática de atos omissivos e comissivos, na condução de certame cujo edital contenha cláusulas sabidamente em desacordo com as leis de licitações públicas, porque compete ao pregoeiro, na condição de servidor público, caso tenha ciência de manifesta ilegalidade, recusar-se ao cumprimento do edital e representar à autoridade superior (art. 116, incisos IV, VI e XII e parágrafo único, da Lei 8.112/90). **(Acórdão TCU nº 1729/2015 - Primeira Câmara).**

O pregoeiro não deve ser responsabilizado pela ausência, no edital, de critérios objetivos para a desclassificação de propostas, uma vez que não lhe cabe a elaboração do edital e do termo de referência (art. 9º, § 2º, do Decreto 5.450/2005). No entanto, pode ele responder por adotar critérios de iniciativa própria. **(Acórdão TCU nº 2692/2019 - Primeira Câmara).**

Por outro lado, as seguintes ocorrências (extraídas do **Acórdão TCU nº 558/2010 – Plenário**) são exemplos de situações em que houve a responsabilização

do pregoeiro: (i) efetivação de retificações significativas do edital, sem a comprovação de publicação de todas elas, sem comunicação prévia aos licitantes que haviam retirado o edital e sem reabertura de prazo para apresentação das propostas; (ii) estipulação de tempo exíguo para envio da proposta e da documentação exigida no edital; (iii) aceitação de proposta em desconformidade com o edital; (iv) adjudicação de item sem aguardar o prazo recursal após manifestação de intenção de recurso por parte de licitante.

Também vale destacar que a omissão em autuar processo para penalizar licitante já foi objeto de responsabilização. Nesse sentido:

Os gestores das áreas responsáveis por conduzir pregões eletrônicos devem autuar processo administrativo com vistas à apenação das licitantes que praticarem, injustificadamente, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/2002, sob pena de responsabilização. (**Acórdão TCU nº 1168/2016 - Plenário**).

Há uma diferença marcante entre a responsabilidade do pregoeiro e da comissão de licitação: enquanto a responsabilidade dos membros deste órgão é solidária, a responsabilidade daquele agente é individual. Isso quer dizer que a equipe de apoio, no pregão, apenas realiza atos materiais, podendo ser responsabilizada, excepcionalmente, em situações graves, como, por exemplo, omissão diante do conhecimento de atos manifestamente ilegais⁹². Nesse sentido:

Os integrantes da equipe de apoio não possuem poder decisório, portanto em regra não respondem pelas decisões adotadas pelo pregoeiro. (**Acórdão TCU nº 10041/2015 - Segunda Câmara**)

A responsabilidade dos integrantes da equipe de apoio ao pregoeiro somente emerge se agirem com dolo, cumprirem ordem manifestamente ilegal ou deixarem de representar à autoridade superior na hipótese de terem conhecimento de ilegalidade praticada pelo pregoeiro, uma vez que os membros da equipe dão suporte a este, mas não praticam atos decisórios e não avaliam questões de mérito do certame, cuja competência é do pregoeiro. (**Acórdão TCU nº 3178/2016 - Plenário**).

Por fim, é importante frisar que, diferentemente da comissão, o pregoeiro também é responsável pela adjudicação (art. 9º do Anexo I do Decreto nº 3.555/2000).

⁹² TCU, Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU – Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos. **Aula 1 – Introdução à Responsabilidade**. Instituto Serzedello Corrêa. 2013, p. 19.

Em resumo: as atribuições do *pregoeiro* são, em síntese, de classificação, habilitação e adjudicação. Logo, semelhante ao raciocínio aplicável à comissão de licitação, o *pregoeiro* não é responsabilizado, em regra, por irregularidades decorrentes de fase anterior, mas pode ser responsabilizado por omissão caso dê seguimento a certame sem os elementos ou definição de critérios suficientes. Diferentemente da comissão, a responsabilidade do *pregoeiro* é unipessoal, sendo a equipe de apoio responsabilizada apenas de forma excepcional.

3.6. RESPONSABILIDADE DE QUEM ELABORA O EDITAL, O PROJETO BÁSICO E O TERMO DE REFERÊNCIA

A primeira observação a ser feita é de que a Lei n° 8.666/93 não impõe a responsabilidade pela elaboração do edital a nenhum agente específico, mas traz princípios e conteúdos que devem ser observados na confecção do instrumento e vedações aos agentes que o confeccionam (art. 3º, §1º, e arts. 4º e 41).

Ao que se vê, na realidade de pequenos e médios municípios, os editais acabam sendo elaborados pelo órgão demandante (por exemplo, uma secretaria municipal) com o apoio técnico da unidade (setor ou departamento) responsável pelas licitações ou, até mesmo, da própria comissão de licitação.

Logo, a responsabilização passa por verificar, nos autos do processo administrativo, quais os agentes assinaram na condição de elaboradores ou validadores do instrumento.

No **Acórdão TCU n° 6218/2014 - Segunda Câmara**, a situação enfrentada envolvia edital produzido por servidores no âmbito da secretaria demandante e pela comissão de licitação. Transcreve-se o trecho:

Análise

121. É preciso, assim, definir a responsabilidade pela elaboração do edital, encargo este afeto à Administração, que compõe a chamada fase interna ou preparatória da licitação. Como no caso em tela, não há indicativos de um departamento ou setor específico de elaboração desse documento. O cenário que se apresenta é que este foi confeccionado no âmbito da Secretaria de Saúde e da comissão de licitação.

122. Desta forma, o titular da pasta, Secretário de saúde, na função de gestor responsável tanto pela demanda, quanto pela homologação dos processos licitatórios (peça 19, p. 2; peça 20, p. 40; peça 34, p. 2; peça 42,

p. 58; peça 46, p. 35; e peça 47, p. 33, do TC 016.753/2010-0), deixou de exercer sua atribuição fiscalizatória de verificar se o edital continha as devidas especificações, sendo claro e preciso, nos termos da Lei. Por isso, o Secretário de saúde deve ser responsabilizado.

123. Devem ser responsabilizados os integrantes da comissão de licitação, isto porque, enquanto procedimento de início da fase externa de responsabilidade da comissão, nos termos do inciso XVI do art. 6º e art. 51, ambos da Lei nº 8.666/93, verificar a conformidade do edital, como a sua falta de especificação, fato que não ocorreu.

Voto [...]

(b) aplicar a multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443/92 ao [...], membros da comissão de licitação do Município [...]; (c) aplicar a multa prevista no art. 58, II, da Lei nº 8.443/92 ao [...], Secretário de Saúde, em razão de [...].

(Grifou-se).

Nesse caso, a responsabilidade do agente político (secretário) foi reconhecida em razão da peça ter sido produzida no âmbito de sua pasta e validada por essa autoridade.

O mesmo raciocínio vale para falhas no projeto básico e no termo de referência, de um modo geral, para a pesquisa de preços e orçamento estimativo. Como preceito geral, a responsabilidade é dos agentes que elaboraram essas peças:

Aplica-se multa, com fundamento no art. 58, inciso II, da Lei 8443/1992, a engenheiros responsáveis por deficiência em projeto básico de obras públicas. (**Acórdão TCU nº 3279/2011 - Plenário**).

A realização de licitação, a assinatura de contrato e o início de obras com adoção de projeto básico deficiente, sem os elementos exigidos em lei, caracterizam irregularidade grave, passível de aplicação de multa aos responsáveis. (**Acórdão TCU nº 2158/2015 - Plenário**).

Cabe aplicação de multa aos responsáveis pela elaboração do orçamento estimativo da licitação com sobrepreço, ainda que dessa irregularidade não decorra danos ao erário. (**Acórdão TCU nº 1316/2016 - Plenário**).

Mas há, também, responsabilidade imputável aos superiores hierárquicos que aprovaram e validaram o projeto ou o termo, quando as falhas eram *perceptíveis*, já que a aprovação desses documentos não pode ser mera formalidade:

O gestor que aprova projeto básico contendo falhas perceptíveis em função do exercício do cargo ou que não contemple os requisitos mínimos exigidos na legislação, torna-se responsável por eventuais prejuízos advindos de sua implementação, mesmo que o projeto tenha sido elaborado por empresa contratada. (**Acórdão TCU nº 820/2019 - Plenário**).

Os atos de aprovar o termo de referência e de autorizar a contratação, funcionam como etapas de controle e de vinculação de responsabilidade em relação aos procedimentos previamente adotados no processo de licitação, não representando mera formalidade. (**Acórdão TCU nº 3881/2017 - Primeira Câmara**).

A autoridade que aprova o projeto básico, é solidariamente responsável pelos prejuízos advindos de deficiências no documento técnico, exceto se

forem vícios ocultos, dificilmente perceptíveis, pois a aprovação não é ato meramente formal ou chancelatório, mas sim, ato de fiscalização por meio do qual a autoridade competente referenda os procedimentos adotados e o conteúdo elaborado. (**Acórdão TCU nº 7181/2018 - Segunda Câmara**).

A licitação, a contratação e a execução de obras e serviços de engenharia baseados em projeto básico apócrifo e sem ART, faz recair sobre os gestores e a empresa construtora, a responsabilidade pelas consequências de eventuais deficiências de projeto. (**Acórdão TCU nº 4790/2013-Segunda Câmara**).

Equívocos graves na estimativa do preço de obras públicas, possibilitam responsabilização do engenheiro orçamentista e de seu superior hierárquico imediato. (**Acórdão TCU nº 1464/2013-Plenário**).

(Grifou-se).

Algumas particularidades do caso concreto podem justificar temperamentos à responsabilização, como quando o gestor, apesar de aprovar o projeto, atua no sentido de suprir as deficiências:

A demonstração de que o gestor, embora tenha aceitado um projeto básico deficiente, ensejando diversas alterações no curso da obra, pautou a sua conduta na busca de solução possível diante da falta de profissional capacitado, permite ao TCU, excepcionalmente, afastar a sanção pecuniária imposta na instância a *quo*. (**Acórdão TCU nº 1608/2012 - Plenário**).

Em resumo: a responsabilidade pelo edital, projeto básico e termo de referência, deve ser imputada aos agentes que elaboraram e/ou aprovaram/validaram essas peças. No caso de falhas no projeto básico e termo de referência, a responsabilidade do agente superior que chancelou essas peças pode ser afastada, caso os vícios sejam ocultos ou de difícil detecção. O mesmo raciocínio se aplica à responsabilização por inconformidades de outras peças que forem produzidas na fase interna.

3.7 RESPONSABILIDADE DE QUEM HOMOLOGA O CERTAME LICITATÓRIO E ADJUDICA O OBJETO LICITADO

A *homologação* é ato que ratifica a regularidade dos procedimentos praticados e até então, reitera a conveniência da licitação. Nas palavras de Marçal Justen Filho⁹³:

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005, pp. 425-426.

A homologação envolve duas ordens de considerações, uma no plano da legalidade, outra no da conveniência. Preliminarmente, examinam-se os atos praticados para verificar sua conformidade com a lei e o edital. Tratando-se de juízo de legalidade, a autoridade não dispõe de competência discricionária. Se reconhecer a validade dos atos praticados e a conveniência da licitação, a autoridade superior deverá homologar o resultado. A homologação possui eficácia declaratória enquanto confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação. Possui eficácia constitutiva enquanto proclama a conveniência da licitação e exaure a competência discricionária sobre esse tema.

O ato de *adjudicação*, por sua vez, afeta o objeto licitado ao vencedor e cria, para este, uma expectativa de direito à contratação, liberando os demais licitantes de suas propostas.

Nos processos licitatórios, em geral, a homologação precede a adjudicação (art. 43, IV, da Lei nº 8.666/93). No pregão é o inverso (art. 9º, IX, e 11, XX, do Decreto nº 3.555/2000).

Deflui-se dos julgados do TCU a adoção, como premissa maior, do entendimento de que a autoridade homologadora é responsabilizada solidariamente pelos vícios identificados, exceto quando dificilmente perceptíveis:

A autoridade homologadora é solidariamente responsável pelos vícios identificados nos procedimentos licitatórios, exceto se forem vícios ocultos, dificilmente perceptíveis. A homologação se caracteriza como um ato de controle praticado pela autoridade competente, que não pode ser considerado como meramente formal ou chancelatório. (**Acórdão TCU nº 4843/2017 - Primeira Câmara**).

Mas, como estremar o que é facilmente perceptível do que não o é?

No **Acórdão TCU nº 2.300/2013 - Plenário**, no qual se enfrentou situação de divergência de preço, com o patamar de mercado e contratações públicas, considerou-se que não era exigível da autoridade o refazimento de pesquisa de preço:

Nesse aspecto, observo que, constando no processo a pesquisa de preços/orçamento, com os valores levantados pela área técnica ou mesmo as propostas ofertadas nos certames, não havia como o referido gestor checar os preços dos itens unitários da planilha de cada obra ou realizar nova pesquisa de preço, para comparar com a existente nos autos, antes da homologação. Ou seja, os fatos que ensejaram a irregularidade destas contas, não eram facilmente detectados pela autoridade encarregada da homologação do certame. Acolho, pois, os argumentos deste recorrente.

(Grifou-se).

No julgado abaixo foram detalhados outros critérios. A autoridade deve atentar para: **(i)** macroetapas; **(ii)** fatos isolados materialmente relevantes; e **(iii)** questões denunciadas como irregulares. Transcreve-se:

A responsabilidade da autoridade que homologa a licitação se atém à verificação do cumprimento das macroetapas que compõem o procedimento, de fatos isolados materialmente relevantes e de questões denunciadas como irregulares que tenham chegado ao seu conhecimento, não sendo exigível que a fiscalização a seu cargo abranja todos os dados contidos no procedimento licitatório. (**Acórdão TCU nº 3178/2016 - Plenário**).

(Grifou-se).

Também foi específico o julgado abaixo. Nele, foi ponderado não ser exigível a recomposição de cálculo, para aferir a exequibilidade (ou não) da proposta:

Eventual erro de cálculo que leve à desclassificação indevida de proposta por inexecuibilidade de preço (art. 48, §1º, da Lei 8.666/1993) deve ser atribuído à comissão de licitação, e não à autoridade responsável pela homologação do certame. Não é razoável esperar que tal autoridade refaça o trabalho de responsabilidade de outrem, a fim de assegurar-se do acerto da desclassificação de proposta tida por inexecuível. (**Acórdão TCU nº 599/2019 - Plenário**).

Já, neste outro, a autoridade foi responsabilizada por homologar antes de esgotado o prazo de recurso:

A homologação de licitação, antes de esgotado o prazo para interposição de recurso, é irregularidade grave a ser atribuída à autoridade que homologou o certame, e não aos membros de comissão de licitação. (**Acórdão TCU nº 1520/2013 - Plenário**).

No julgado abaixo, a responsabilidade foi reconhecida sob o fundamento de que bastaria a leitura da ata do pregão para que fossem perceptíveis as seguintes inconformidades: “a) habilitação de empresa sem registro de que tenha encaminhado a documentação requerida no edital; b) inabilitação de empresa que preencher todos os requisitos editalícios; e c) cerceamento do direito de interposição de recurso à licitante inabilitada”. Colaciona-se:

A prática de atos irregulares por pregoeiro, pode ensejar a apenação da autoridade que homologou o certame, quando tais irregularidades são facilmente constatadas a partir da análise isolada da ata do pregão. (**Acórdão TCU nº 3785/2013 - Segunda Câmara**).

Por fim, no **Acórdão TCU nº 1.533/2006 – Plenário**, a autoridade foi responsabilizada por homologar pregão em que ocorreu “a aceitação de proposta, contendo alteração na forma de cotação do insumo vale-transporte, após a fase de lances, com sua substituição pela prestação de transporte próprio contratado, não admitida no edital, quando muitas outras empresas foram desclassificadas exatamente porque suas propostas estavam em desacordo com o edital”.

A despeito de não esgotarem a variedade dos casos concretos, os julgados acima oferecem algumas métricas sobre quais seriam os níveis de profundidade

razoáveis do exame a ser empreendido pela autoridade incumbida da homologação⁹⁴.

Em resumo, a *homologação* é a ratificação da legalidade e da conveniência da licitação; a *adjudicação* é a afetação do objeto ao licitante que se sagrou vencedor. A responsabilidade da autoridade que homologa é o ponto de maior discussão nos processos de controle externo. Há o entendimento de que essa autoridade não deve ser responsabilizada por vícios ocultos, dificilmente perceptíveis, como por exemplo, divergências entre os preços obtidos na pesquisa prévia e os preços de mercado (que somente seriam perceptíveis se a pesquisa fosse refeita) ou, então, a inexecutabilidade de proposta apresentada (que somente seria detectável a partir do refazimento dos cálculos). Por outro lado, é razoável exigir que a autoridade verifique, por exemplo, se os componentes de cada etapa estão presentes (se há pesquisa de preço, edital, projeto básico, parecer jurídico etc.); certifique-se de que foi observada a publicidade, os prazos recursais e de que não houve ostensivo comprometimento do competitório.

3.8 RESPONSABILIDADE DE QUEM ASSINA O CONTRATO E TERMOS ADITIVOS

No instrumento de contrato estarão regradas as obrigações das partes, a definição do objeto, preço, origem dos recursos, prazos, hipóteses de alteração e rescisão contratual, a fiscalização, sanções, dentre outras (art. 55 da Lei nº 8.666/93).

Na maioria das vezes, a mesma autoridade que *homologa* o processo

⁹⁴ Se utilizados os casos concretos dos julgados acima como referência, poderíamos traçar, como exemplos de **diligências mínimas exigíveis**, as seguintes verificações: **(a) num plano mais amplo** - a autoridade deve certificar-se de que estão presentes, nos autos, os documentos indispensáveis às fases interna e externa. Com especial atenção, deve ser verificada a presença de pesquisa de preço com número razoável de fontes; parecer jurídico suficientemente fundamentado; extratos indicativos de regular publicidade; atas das sessões com assinaturas; e registros de que foi oportunizada a apresentação de recursos e o exercício do contraditório. Deve avaliar, ainda, a partir da quantidade de empresas participantes, se há indicativos de efetivo competitório; e **(b) num plano mais específico**, a autoridade deve atentar para as matérias ventiladas em eventuais impugnações ao edital e recursos interpostos, certificando-se da consistência das decisões dos agentes condutores do certame. Deve confirmar, ainda, se a empresa vencedora apresentou os documentos de habilitação. Por fim, deve certificar-se de que a proposta vencedora foi apresentada de acordo com o edital e se está acima ou abaixo do preço aferido na pesquisa prévia.

licitatório, também *assina* o contrato dele resultante. Mesmo aqueles contratos não precedidos de licitação, como os de dispensa e inexigibilidade, são, em regra, antecedidos por “processos” (art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93).

Essa particularidade torna prudente que, no caso concreto, perquiram-se a origem das avenças contratuais que encerram as inconformidades, pois poderá ocorrer de a responsabilidade não ser imputável ao agente que assinou o instrumento (ou apenas a ele) – como, por exemplo, naquelas situações de difícil percepção abordadas *retro* no item sobre a responsabilidade pela homologação.

Na jurisprudência, chama a atenção os casos envolvendo responsabilidade por assinaturas de aditivos contratuais. No julgado abaixo, o prefeito e o secretário foram responsabilizados por assinarem termos aditivos que “provocaram significativo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato”:

O superfaturamento contratual decorrente da assinatura de aditivos que provocaram significativo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, enseja a responsabilização solidária dos gestores responsáveis e da empresa contratada. (**Acórdão TCU nº 1757/2008 - Plenário**).

Seguem abaixo mais dois julgados envolvendo responsabilidade por assinatura de termos aditivos:

Alterações contratuais, mesmo com efeito financeiro nulo, desacompanhadas de justificativas técnicas e jurídicas das composições de preços novos e da demonstração da manutenção do desconto advindo da licitação, caracterizam infração ao art. 65 da Lei 8.666/1993 e ao art. 3º, c/c arts. 14 e 15, do Decreto 7.983/2013 e podem sujeitar os responsáveis a pena de multa. (**Acórdão TCU nº 2203/2017 - Plenário**).

A celebração de termo aditivo de prorrogação da vigência de contrato, cuja vigência estava expirada, constitui infração a norma legal, revestindo-se de gravidade suficiente para justificar sanção dos responsáveis. (**Acórdão TCU nº 1335/2009 - Plenário**).

No **Acórdão TCU nº 370/2009 - Plenário**, a autoridade signatária do instrumento, foi responsabilizada pela celebração de contrato, mediante inexigibilidade, quando ausente, nos autos do processo administrativo, a justificativa do preço (exigência expressa do art. 26, parágrafo único, inc. III, da Lei 8.666/93):

Análise

24. O argumento novamente não merece acolhida. É da responsabilidade do superior hierárquico, a supervisão de seus subordinados e da autoridade que assina contratos, verificar se foram cumpridas todas as exigências legais antes de firmá-los. De modo que o argumento de descumprimento da ordem por seus subordinados não lhe isenta da responsabilidade, que ao final, o contrato foi por ele assinado sem que fosse juntado ao processo administrativo os documentos necessários. [...].

Voto

50. [...], manifesto-me, favoravelmente, à conclusão dos pareceres, no sentido de se negar provimento ao recurso.

(Grifou-se).

Ainda sobre contratações diretas, a dispensa amparada em pesquisa de preço prévio, com empresas que não atuam no ramo objeto do certame, é considerada falha ostensiva, que pode gerar responsabilidade (também) ao signatário do instrumento. Foi o caso enfrentado no julgado abaixo:

O gestor responde pelo superfaturamento decorrente de cotação de preços feito com empresas fora do ramo objeto do certame. (**Acórdão TCU nº 6440/2011 - Primeira Câmara**).

Sobre os agentes políticos, é oportuno repisar que, ao assinarem contratos e termos aditivos, ficam sujeitos à responsabilização na mesma condição que os demais agentes, por se tratar de atos de gestão:

É possível a responsabilização de ministro de Estado nas situações em que desempenha, diretamente, funções executivas. Especialmente quando celebra contratos e termos aditivos com irregularidades que, pela materialidade e importância dos serviços envolvidos, podem e devem ser percebidas pelo signatário dos ajustes. (**Acórdão TCU nº 1151/2015 - Plenário**).

Em resumo, os agentes que assinam contratos e termos aditivos podem ser responsáveis pelas inconformidades encerradas nestes instrumentos. Contudo, deve-se atentar para a responsabilidade de outros agentes, notadamente quando a inconformidade projetada no instrumento teve origem em conduta praticada durante o processo que antecedeu a contratação. Na jurisprudência, destacam-se julgados envolvendo responsabilidade por assinatura de termos aditivos e contratação direta. Por fim, repisa-se que o agente político, ao assinar o instrumento, fica sujeito à responsabilização pela prática deste ato de gestão

3.9 RESPONSABILIDADE DE QUEM EXERCE O ACOMPANHAMENTO E A FISCALIZAÇÃO DE CONTRATO

A Lei nº 8.666/93 prevê, em seu art. 67, que “a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado [...]”. Trata-se, pois, de norma que estabelece um

comando imperativo e não uma faculdade.

Contudo, a lei não disciplina como o “acompanhamento” e a “fiscalização” devem ser feitos, cabendo à Administração prover as normas, metodologias e as capacitações necessárias para tanto.

Ponderadas as diferentes dimensões e necessidades de cada órgão, o fato é que a segregação de funções tem conduzido muitas organizações a utilizarem três atores para o desempenho daquelas atividades: o gestor do contrato, o fiscal técnico e o fiscal administrativo.

A Instrução Normativa nº 05/2017, do Ministério de Planejamento, aplicável no âmbito federal, traz normatização considerada referência em matéria de “gestão e fiscalização de contratos”. Nela, colhemos as definições dos papéis daqueles três atores:

Art. 40 [...]

I - Gestão da Execução do Contrato: é a coordenação das atividades relacionadas à fiscalização técnica, administrativa, setorial e pelo público usuário, bem como dos atos preparatórios à instrução processual e ao encaminhamento da documentação pertinente ao setor de contratos para formalização dos procedimentos quanto aos aspectos que envolvam a prorrogação, alteração, reequilíbrio, pagamento, eventual aplicação de sanções, extinção dos contratos, dentre outros;

II - Fiscalização Técnica: é o acompanhamento com o objetivo de avaliar a execução do objeto nos moldes contratados e, se for o caso, aferir se a quantidade, qualidade, tempo e modo da prestação dos serviços estão compatíveis com os indicadores de níveis mínimos de desempenho estipulados no ato convocatório, para efeito de pagamento conforme o resultado [...];

III - Fiscalização Administrativa: é o acompanhamento dos aspectos administrativos da execução dos serviços nos contratos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra quanto às obrigações previdenciárias, fiscais e trabalhistas, bem como quanto às providências tempestivas nos casos de inadimplemento;

Na realidade da maioria dos municípios de pequeno e médio porte, o papel de gestor do contrato costuma ser exercido pelo secretário, diretor ou chefe da unidade a que o contrato está mais afeto; o papel de fiscal (normalmente sem a distinção entre o “técnico” e o “administrativo”) é exercido por algum servidor que lhe é subordinado.

A despeito dessa diferenciação de papéis, as premissas jurisprudenciais de responsabilidade são mais ou menos as mesmas.

Uma primeira premissa é a responsabilidade pessoal daquele que,

independente do cargo ou função, assina documento que consubstancia um dos papéis de “acompanhamento” ou “fiscalização”. A princípio, ao assinar esse ato, arroga para si responsabilidade sobre o conteúdo. Nesse sentido:

A responsabilidade pelo débito por pagamento de serviços não executados, mas atestados, deve recair sobre os agentes que têm o dever de fiscalizar o contrato e atestar a execução das despesas, e não sobre a autoridade que ordenou o pagamento. (**Acórdão TCU nº 929/2019 - Plenário**).

Ao assinar os boletins de medição, ainda que não tenha a expertise necessária para tanto, assume o subscritor a responsabilidade em relação aos serviços medidos e por ele liquidados. (**Acórdão TCU nº 5902/2016 - Primeira Câmara**).

A aposição de assinatura em atesto de medição constitui declaração formal de que os serviços foram executados conforme contratado e estão aptos a serem pagos, trata-se de requisito essencial para a liquidação da despesa. O agente público, sob pena de responsabilização, tem o dever de se negar a atestar medição sobre a qual não tenha o efetivo conhecimento dos serviços realizados. (**Acórdão TCU nº 8920/2017 - Segunda Câmara**).

O fiscal de contrato não exerce as suas atribuições por delegação de competência dada pelo gestor, elas são exercidas por força do próprio cargo que ocupa ou em razão de contrato firmado para essa finalidade. [...]. (**Acórdão TCU nº 2373/2008 - Segunda Câmara**).

Logo, para eximir-se de responsabilidade, caso o servidor não detenha os requisitos técnicos ou pessoais, para o exercício dessa função, deve, tempestivamente, cientificar o seu superior hierárquico:

O fiscal de contrato designado, caso entenda não possuir conhecimento técnico para exercer suas competências, deve alegar o fato ao seu superior em tempo hábil, para adoção das medidas pertinentes, sob risco de vir a responder por eventual prejuízo causado ao erário (art. 67, § 2º, da Lei 8.666/1993). (**Acórdão TCU nº 10868/2018 - Segunda Câmara**).

Não por outro motivo, a IN nº 05/2017, antes referida, prevê o seguinte:

Art. 43. O encargo de gestor ou fiscal não pode ser recusado pelo servidor, por não se tratar de ordem ilegal, devendo expor ao superior hierárquico as deficiências e limitações técnicas que possam impedir o diligente cumprimento do exercício de suas atribuições, se for o caso.

Parágrafo único. Ocorrendo a situação de que trata o caput, observado o § 2º do art. 42, a Administração deverá providenciar a qualificação do servidor para o desempenho das atribuições, conforme a natureza e complexidade do objeto, ou designar outro servidor com a qualificação requerida.

Em mão diversa, importante registrar que o TCU também já decidiu no sentido de que o fiscal do contrato não deveria ser responsabilizado quando não são garantidas condições apropriadas para o desempenho de suas atribuições:

Demonstrado nos autos que a responsável pela fiscalização do contrato tinha condições precárias para realizar seu trabalho, elide-se sua responsabilidade. (**Acórdão TCU nº 839/2011 - Plenário**).

(Grifou-se).

Extrai-se do julgado acima o seguinte trecho explicativo do caso concreto⁹⁵:

Ao examinar a matéria, a unidade instrutiva consignou que o DF não houvera proporcionado à servidora responsável pela fiscalização da avença “condições adequadas para o desempenho de tal função, ao mesmo tempo em que sabia que eventual inexecução do contrato seria de responsabilidade desse executor técnico”. Ademais, ainda para a unidade técnica, os elementos constantes do processo indicariam não serem exequíveis as funções de executor técnico da forma determinada, tendo em conta ser perceptível a impossibilidade de uma única pessoa cumprir todas as funções que lhe foram atribuídas. Em vista da situação, a unidade técnica, com a anuência do relator, propôs a elisão da responsabilidade da recorrente [...].

(Grifou-se).

Sobre o fato de inexistir designação formal, tal escusa não tem sido acolhida como impeditivo à responsabilização do agente que praticou o ato:

A ausência de designação formal não obsta a responsabilização do agente que tenha praticado atos concernentes à função de fiscal de contrato, como o atesto de notas fiscais. (**Acórdão TCU nº 12489/2019 - Segunda Câmara**).

Interessante destacar, também, dois outros julgados em que houve a responsabilização do fiscal: no primeiro caso, por não notificar seus superiores sobre a necessidade de aditivo; no segundo, por ser omissivo no tocante à adoção de medidas para a manutenção do ritmo normal de execução da obra:

O fiscal do contrato tem o dever de conhecer os limites e as regras para alterações contratuais definidos na Lei de Licitações, e, por conseguinte, a obrigação de notificar seus superiores sobre a necessidade de realizar o devido aditivo contratual, evitando a atestação da execução de itens não previstos no ajuste, sob pena de ser-lhe aplicada a multa do art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992. (**Acórdão TCU nº 43/2015 - Plenário**).

O fiscal de contrato, especialmente designado para o acompanhamento da obra, pode ser responsabilizado quando se omite na adoção de medidas necessárias à manutenção do ritmo de execução normal do empreendimento. (**Acórdão TCU nº 2296/2019 - Plenário**).

Mas, se a responsabilidade é do fiscal, quer dizer que os seus superiores hierárquicos não respondem? Não. O que foi dito, anteriormente, não significa que a autoridade superior e/ou os agentes políticos ou administrativos, que estão incumbidos da gestão do contrato, não possam também ser responsabilizados.

A responsabilidade pela existência e efetividade do “acompanhamento” e “fiscalização” é, originalmente, das autoridades superiores, que devem instituir essas instâncias administrativas de controle, designar servidores com habilitação técnica,

⁹⁵ Descrição extraída do **Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos** nº 57 de 2011.

capacitá-los (se necessário) e supervisionar os seus trabalhos.

Em outras palavras, retorna-se ao princípio administrativo da hierarquia, que é a asserção fundante da estruturação escalonada dos órgãos e, em última análise, da própria razão de existir dos cargos de direção e chefia:

Ao administrador público é imposto o poder-dever de fiscalizar e de revisar os atos de seus subordinados, sob pena de responder por culpa *in vigilando* e culpa *in eligendo* perante o TCU. (**Acórdão TCU nº 7694/2010 - Primeira Câmara**).

O gestor atrai para si a responsabilidade civil e administrativa por não ter bem selecionado agentes *probos* a quem delegou tarefas operacionais, bem como por não ter devidamente supervisionado e exigido dos seus subordinados o esmero no cumprimento da lei. (**Acórdão TCU nº 1190/2009 - Plenário**).

Sobre essa dinâmica entre as responsabilidades do fiscal e a de seu superior hierárquico, o raciocínio exposto no **Acórdão TCU nº 3576/2019 - Primeira Câmara** é muito razoável:

[...] Ainda que se avalie que tais responsáveis não tivessem a incumbência direta de conferir item a item todas as quantidades medidas nas obras do Município de (...), observo que as diversas irregularidades noticiadas pela imprensa à época do ajuste bem como a rejeição das prestações de contas parciais do convênio justificassem um maior dever de supervisão desses gestores.

Um órgão como a Secretaria de Infraestrutura de [...] é de natureza eminentemente técnica, de sorte que seus secretários devem contar com conhecimentos e habilidades que lhe permitam escolher os servidores mais adequados para avaliar cada projeto, orientá-los quanto aos aspectos a serem observados e diretrizes a serem seguidas, assim como para revisar os trabalhos que lhe sejam submetidos em maior ou menor grau de minúcia, a depender dos riscos envolvidos em cada etapa da análise.

Não se pode considerar a atuação dos Srs. [...] e [...] como uma mera formalidade ou como ato de cunho gerencial não passível de punição por parte do Tribunal, uma vez que se destina a manifestar expressa concordância com as análises técnicas precedentes de seus subordinados, os quais o gestor designou para análise (culpa *in eligendo*) e que tinha o dever de supervisionar (culpa *in vigilando*), chancela sem a qual as irregularidades não poderiam ser levadas a cabo.

Portanto, não me perfilo à tese de que o superfaturamento observado nos autos seja de responsabilidade somente de outros responsáveis arrolados de posição intermediária na hierarquia da Secretaria de Infraestrutura de [...], sem nenhuma implicação dos titulares da pasta. Incumbe a essas autoridades exercer o papel de direção, coordenação e supervisão dos trabalhos, corrigindo, se necessário, as graves lacunas ou omissões eventualmente incorridas por seus subordinados, sobretudo aquelas que ostentem flagrante ilegalidade, como a verificada nestes autos.

(Grifou-se).

Aspectos como, por exemplo, a designação de pessoas com habilitação consentânea; a capacitação dessas pessoas; a existência de normas ou instruções orientando o trabalho; o estabelecimento de rotinas de controle; a revisão seletiva de

processos de trabalho que ofereçam maior risco etc.; são cuidados reputados como fundamentais e, por isso, não devem ser negligenciados pelas chefias⁹⁶.

Assim, a depender do contexto do caso concreto, a conduta eventualmente omissiva do superior hierárquico, titular da unidade administrativa responsável pelo acompanhamento e fiscalização daquele contrato, poderá ser ponderada com maior ou menor significância para fins de imputação de responsabilidade.

Em resumo, os atos de “acompanhamento” e “fiscalização” referidos pelo art. 67 da Lei nº 8.666/93 são, em regra, exercidos por meio de três atores: o gestor, o fiscal técnico e o fiscal administrativo. Como premissa, a responsabilidade é imputada ao agente que praticou o ato consubstanciador do “acompanhamento” ou “fiscalização”. O servidor designado, quando entender não possuir as condições necessárias para exercício de algum dos papéis, deve manifestar, tempestivamente, ao superior hierárquico, sob pena de ser responsabilizado pelos atos que praticar nessa condição. A ausência de condições para desempenho da fiscalização já foi considerada, em precedente do TCU, como fundamento para elisão da responsabilidade. Por outro turno, a omissão do superior hierárquico em designar servidor habilitado, orientá-lo e estabelecer normas e rotinas de controle pode caracterizar culpa *in eligendo* e *in vigilando* e, assim, colocá-lo, também, ao alcance da responsabilização.

3.10 RESPONSABILIDADE DE QUEM EMITE PARECER JURÍDICO OU TÉCNICO

Neste ponto, há uma primeira premissa que deve ser enfatizada: os “pareceres técnicos e jurídicos [...] não vinculam o administrador público, que tem a obrigação de analisar a correção do conteúdo desses documentos” (vide **Acórdão TCU nº 2871/2014 -Plenário**). Logo, a mera existência de pareceres não pode ser encarada como um “salvo conduto” ao administrador, capaz de eximir-lhe de

⁹⁶ O **Acórdão TCU nº 1094/2013 - Plenário** exemplifica algumas dessas diretrizes: (a) expedição de portaria de designação específica ou outro instrumento equivalente para a nomeação/designação dos representantes, constando do ato as atribuições do fiscal; (b) compatibilidade da formação acadêmica do servidor com o contrato fiscalizado; (c) segregação de funções de gestão e de fiscalização do contrato; (d) acompanhamento dos trabalhos de fiscalização; e (e) orientação dos fiscais para documentar todos os eventos do processo de fiscalização.

qualquer responsabilização, apenas porque os atos foram praticados com amparo na palavra do parecerista.

Por outro lado, é inegável que a existência desse respaldo pode influenciar (e muito) na imputação de responsabilidade. Aliás, é por esse motivo que o texto original do projeto que resultou na Lei nº13.655/2018 trazia, no § 1º do art. 28, a definição de que “não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais” – parte esta que foi vetada.

A despeito desse veto, há alguns anos que a jurisprudência do TCU tem sido sensível ao nível de detectabilidade da inconsistência contida no parecer, seja ele técnico, seja jurídico, afastando a responsabilidade em muitos casos.

Nesse sentido:

A regra é o gestor agir de acordo com os pareceres técnicos e jurídicos. Somente nos casos em que o parecer contém erros perceptíveis aos olhos do homem médio, ou seja, aquele que age com a razoável diligência que de todos é esperada, é razoável exigir do gestor que aja de modo diverso do indicado no parecer. (**Acórdão TCU nº 1275/2011 - Plenário**)⁹⁷.

(Grifou-se).

Feitas essas observações preliminares, cabe adentrar, propriamente, no tema da responsabilidade dos *pareceristas*.

Em regra, “é cabível a responsabilização de funcionário que elabora parecer jurídico ou técnico, quando no parecer existirem posições frontalmente contrárias à lei ou tendenciosas” (vide **Acórdão TCU nº 1154/2008 - Plenário**) e, também, quando, “por dolo ou culpa, induzir o gestor à prática de irregularidades” (vide **Acórdão TCU nº 442/2017 - Primeira Câmara**).

Mas, o tema envolve controvérsias, notadamente, no âmbito da jurisprudência do STF, que não parece estar suficientemente sedimentada, no que se refere à responsabilidade no caso de parecer jurídico⁹⁸.

⁹⁷ No mesmo sentido: “A responsabilização do gestor que age com base em parecer técnico deve estar fundamentada em prova concreta e objetiva de que o parecer apresentava falhas perceptíveis por qualquer administrador de conhecimento mediano, especialmente quando emitido no exercício regular das funções do técnico e não por delegação de competência”. (**Acórdão TCU nº 10642/2015 - Segunda Câmara**).

⁹⁸ No que respeita o parecerista jurídico, o STF já ressaltou a sua responsabilidade para casos de “erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo”, já que

Diante disso, a jurisprudência do TCU tem sido cautelosa.

No caso do *parecerista jurídico*, a responsabilidade tem sido reconhecida quando os pareceres são lavrados “sem a devida justificativa”, “tese aceitável”, “sem fundamentação alicerçada em doutrina ou jurisprudência”, ou sugerem “cometimento de ato danoso ao erário ou com grave ofensa à ordem jurídica” (**Acórdão TCU nº 1828/2008 - Plenário**). Também nesse sentido:

A emissão de parecer jurídico carente de fundamentação e não alicerçada em doutrina e jurisprudência leva à responsabilização do seu emissor perante o TCU. (**Acórdão TCU nº 2104/2007 - Plenário**).

Quando se trata de pareceres em licitação, há um rigor maior. Isso porque o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 confere a este parecer um caráter não meramente opinativo, dizendo que as minutas dos editais, contratos e outros ajustes serão “aprovadas” pela assessoria jurídica⁹⁹. Nesse sentido:

A ausência do critério de aceitabilidade dos preços unitários no edital de licitação para a contratação de obra, em complemento ao critério de aceitabilidade do preço global, configura erro grosseiro que atrai a responsabilidade do parecerista jurídico a quem coube o exame da minuta do edital, que deveria saber, como esperado do parecerista médio, quando os dispositivos editalícios estão aderentes aos normativos legais e à jurisprudência sedimentada que regem a matéria submetida a seu parecer. (**Acórdão TCU nº 1695/2018 - Plenário**).

É irregular a exigência concomitante de capital social registrado e integralizado, de patrimônio líquido mínimo e de garantia de participação. Respondem por tal ato o agente público que elaborou o edital, o parecerista jurídico que não refutou tal exigência e o gestor que homologou o certame. (**Acórdão TCU nº 2329/2014 - Segunda Câmara**).

Por outro lado, há que se atentar para outras situações em que a inconformidade não se insere no campo de visão do parecerista jurídico. O julgado abaixo traz alguns exemplos de hipóteses em que este agente não deve ser responsabilizado:

Não se pode responsabilizar o parecerista jurídico pela deficiência na especificação técnica da licitação, pela desordem processual, pela ausência

“parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva” (**MS 24.073/DF**). Posteriormente, enunciou que “salvo culpa ou erro grosseiro [...] não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa” (**MS 24.631/DF**). Mas, em outro julgado, no que se refere a procedimentos licitatórios, foi mais rigoroso ao entender que “a manifestação da assessoria jurídica quanto a editais de licitação, contratos, acordos, convênios e ajustes não se limita a simples opinião” (**MS 24.584/DF**).

⁹⁹ Isso não significa que o parecerista não possa também ser responsabilizado em situações de parecer opinativo. Nesse sentido: “O parecerista jurídico pode ser responsabilizado solidariamente com os gestores por irregularidades ou prejuízos ao erário, nos casos de erro grosseiro ou atuação culposa, quando seu parecer for obrigatório - caso em que há expressa exigência legal - ou mesmo opinativo”. (**Acórdão TCU nº 3745/2017-Segunda Câmara**). (Grifou-se).

de documentos comprobatórios da entrega de edital e pelas irregularidades no julgamento e classificação das propostas, já que tais atos são estranhos à área de atuação daquele profissional. **(Acórdão TCU nº 181/2015 - Plenário).**

No que respeita ao *parecerista técnico*, as linhas jurisprudenciais indicam um tratamento semelhante, podendo haver responsabilidade “nos casos em que o parecer técnico é indispensável para fundamentar o ato administrativo e o seu conteúdo, por dolo ou culpa do emissor, conduzir à prática de irregularidade” **(Acórdão TCU nº 2860/2018 - Plenário)**. Segue alguns julgados com exemplos mais específicos:

A emissão de parecer, sem a devida fundamentação, que confirme a manutenção de cláusulas restritivas ao caráter competitivo de certame licitatório motiva a aplicação de multa ao parecerista. **(Acórdão TCU nº 8117/2011 - Primeira Câmara)**

O parecerista técnico deve responder pelos atos praticados, ainda que tenha extrapolado suas atribuições, quando, para subsidiar tomada de decisão de autoridade superior sobre celebração de convênio, emitir opinião equivocada sobre a capacidade da instituição interessada para cumprir o plano de trabalho. **(Acórdão TCU nº 2122/2016 - Plenário).**

É irregularidade passível de multa aos gestores e pareceristas técnicos do órgão concedente a celebração de convênios com entidades pendentes de prestar contas de ajustes anteriores. **(Acórdão TCU nº 7307/2013 - Primeira Câmara).**

A emissão de parecer técnico indicando fato não correspondente à realidade caracteriza inobservância ao dever de cuidado objetivo imposto a todos os servidores públicos e gera a responsabilização do seu emissor perante o TCU. (Acórdão TCU nº 591/2010 - Segunda Câmara).

Em resumo, os pareceres técnicos e jurídicos não vinculam o administrador público e, portanto, o fato de seus atos estarem respaldados, conquanto influencie na avaliação da responsabilidade, não impede que esta lhe seja imputada. Em relação aos pareceristas jurídico e técnico, há a possibilidade de responsabilização em casos especiais, como, por exemplo, quando o parecerista age tendenciosamente ou não esclarece sobre a existência de posições frontalmente contrárias àquelas por ele sustentadas. Quando o parecer é de presença obrigatória, como no caso do parecer jurídico referido no art. 38 da Lei nº 8.666/93, a jurisprudência é mais rigorosa, por entender que, nesse caso, não se trata de mera opinião, havendo um efeito vinculativo maior à conduta do administrador.

3.11 RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PRIVADOS

A possibilidade de que a jurisdição dos tribunais de contas alcance *agentes privados, pessoas físicas (naturais) e jurídicas*, é amplamente reconhecida¹⁰⁰.

Aliás, tal alcance não é novidade no ordenamento. Já em 1896, o Decreto 2.409, uma espécie de primeiro regimento interno do Tribunal de Contas então instituído pela República, já previa, em seu art. 71, que a competência da Corte abrangia “os indivíduos que houverem contractado com qualquer dos Ministérios serviços para desempenho e execução dos quaes houverem recebido quantias ou valores pertencentes à República” e, ainda, os “responsáveis de facto”, que, a qualquer título, tenham recebido dinheiro público¹⁰¹.

Na responsabilização de agentes privados, uma das hipóteses mais frequentes é a de responsabilidade de pessoas jurídicas de direito privado, como

¹⁰⁰ É o que vem entendendo a jurisprudência. Nesse sentido, alguns exemplos de julgados: “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” (STF, MS 21.644 e MS 26.969). (Grifou-se). “Não há abuso de poder ou ilegalidade na atuação do TCU em face de terceiro que, juntamente com o gestor público, concorreu para o resultado danoso ao Erário, bem como o reconhecimento da legalidade do acordo extrajudicial celebrado entre o antigo DNER e os impetrantes não se apresenta como direito líquido e certo a ser amparado na via do *mandamus*” (STF, MS 24.379/DF). (Grifou-se). “Desse modo, é assente que a parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal alcança os agentes particulares, os quais terão de prestar contas e serão sujeitos à jurisdição do TCU, caso deem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”. (Acórdão TCU nº 946/2013 - Plenário). (Grifou-se). Nesse sentido, ainda, a Súmula TCU nº 286: “A pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias de recursos federais feitas com vistas à consecução de uma finalidade pública responde solidariamente com seus administradores pelos danos causados ao erário na aplicação desses recursos”. Também nesse sentido foi o Relatório elaborado pela Comissão de Estudos sobre Responsabilização, constituída, no âmbito desta Casa, pela Portaria nº 1319/2018 (lançado no Processo Administrativo nº 122-0200/18-0). Consta daquele trabalho que “a Comissão reafirmou a conclusão de que o TCE-RS possui competência constitucional para responsabilizar agentes privados – pessoas físicas (naturais) e jurídicas”.

¹⁰¹ Assim dispunha o art. 71 do referido Decreto: “Art. 71. Compete ao Tribunal de Contas, como Tribunal de Justiça: (*ipsis literis*) § 1º Processar, julgar em unica instancia e rever as contas de todas as repartições, empregados e quaesquer responsaveis, que, singular ou collectivamente, houverem arrecadado, administrado e despendido dinheiros publicos ou valores de qualquer especie, inclusive o material, pertencentes á Republica, ou por que esta seja responsavel e estejam sob sua guarda. a) Esta competencia abrange os individuos que houverem contractado com qualquer dos Ministerios serviços para desempenho e execução dos quaes houverem recebido quantias ou valores pertencentes á Republica; b) Aquelles que houverem recebido do Governo comissão para o desempenho da qual hajam tido, por supprimento ou adeantamento, dinheiros publicos, são responsaveis de facto, e como taes estão sujeitos á prestação de contas, perante o Tribunal, do emprego e applicação que houverem dado ás quantias recebidas, sendo os alcances em taes contas cobraveis pela mesma fórmula de processo pela qual o são os dos demais responsáveis”.

associações, que, por conta de ajustes firmados com o poder público, deixam de prestar contas de recurso recebido ou o fazem de forma deficiente – responsabilização esta que, não raro, alcança as pessoas físicas de seus dirigentes.

Aliás, sobre essa hipótese, calha mencionar o paradigmático **Acórdão TCU nº 2763/2011 - Plenário**, lançado em incidente de uniformização de jurisprudência, o qual enfrentou, pontualmente, a questão da responsabilização solidária entre as entidades privadas e as pessoas físicas de seus dirigentes. Segue a transcrição dos fundamentos aduzidos:

9. A tese sustentada pelo representante do MP/TCU é de que a pessoa jurídica de direito privado, ao celebrar avença com o poder público federal, objetivando alcançar uma finalidade pública, assume o papel de gestora pública naquele ato e, em consequência, está sujeita ao cumprimento da obrigação pessoal de prestar contas ao poder público, nos termos do artigo 70, parágrafo único, da Constituição Federal; por conseguinte, passa a recair, também, sobre essa entidade a presunção *iuris tantum* de ter dado causa a dano ao erário eventualmente ocorrido na execução da avença, por imposição constitucional, com base no disposto no mesmo art. 70, parágrafo único, combinado com a parte final do inciso II do art. 71 da Carta Magna.

10. Da mesma forma, a responsabilidade da pessoa física, na condição de dirigente de entidades privadas, encontra amparo nos citados artigos 70 e 71 da CF, visto que, de fato, a pessoa natural é quem determina a destinação a ser dada aos recursos públicos transferidos; por isso, a obrigação de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos recai sobre ela também, por meio de prestação de contas. [...].

13. No que tange à responsabilização da pessoa física, na figura de representante da entidade privada, entendo não aplicável, neste caso, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da entidade, prevista no art. 50, do Código Civil Brasileiro, tendo em vista que o dever de prestar contas do administrador desses recursos é inerente à atribuição que lhe foi dada, qual seja, o gerenciamento de recursos federais repassados para o alcance de finalidade pública, e essa responsabilidade já tem previsão constitucional, conforme defendido pelo representante do Ministério Público em seu parecer.

14. Desse modo, quanto à identificação das pessoas que devem responder por danos ao erário ocorridos na aplicação de transferências voluntárias de recursos federais a entidades privadas, com vistas à consecução de uma finalidade pública, proponho que este Tribunal firme o entendimento de que, na hipótese em que a pessoa jurídica de direito privado e seus administradores derem causa a dano ao erário na execução de avença celebrada com o poder público federal com vistas à realização de uma finalidade pública, incide sobre ambos a responsabilidade solidária pelo dano ao Erário.

Observe que o amparo à responsabilização da pessoa física dirigente, nesse caso, foi buscado, *diretamente*, na Constituição Federal, ou seja, com dispensa da *desconsideração da personalidade jurídica*, o que é razoável, já que é aquele agente (pessoa física) quem exerce o centro volitivo da pessoa jurídica, devendo prestar

contas, na forma do art. 71, II, da Constituição Federal, quanto à aplicação dos recursos públicos que lhe foram confiados¹⁰².

Observe, também, que a responsabilidade da entidade e de seus dirigentes se fundamenta na parte inicial do inciso II do art. 71, que faz alusão ao *dever de prestar contas* a que estão jungidos os “demais responsáveis por dinheiros, bens e valores”.

Contudo, o perímetro subjetivo não se limita a essa fronteira, alcançando, também, conforme dicção da segunda parte do inciso II do art. 71, aqueles que derem “causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”¹⁰³.

¹⁰² No estudo da jurisprudência, observa-se que a responsabilização de pessoas físicas dirigentes de entidades é feita pelos tribunais de contas de forma muito cautelosa, normalmente envolvendo indícios de malversação ou ausência cabal de demonstração do emprego dos recursos. Assim, é recomendável que, principalmente no âmbito municipal, não seja negligenciada a percepção de que, em muitos casos, as entidades possuem histórico de décadas de comprometido trabalho beneficente e os seus dirigentes, geralmente, são pessoas da própria comunidade que, imbuídas de franco e genuíno espírito colaborativo, buscam fazer o bem. Nesse sentido, foi o temperamento dado no **Acórdão TCU nº 1431/2016 - Segunda Câmara**, oportunidade em que se ponderou que, a despeito da possibilidade de solidariedade entre a entidade e o seu administrador, “no que se refere à responsabilização quanto ao dano relativo à contrapartida, não havendo indícios de locupletamento pelo administrador, o débito deve ser imputado apenas à entidade de direito privado”. (Grifou-se).

Por óbvio que a essas situações se contrapõem aquelas de entidades do terceiro setor cuja atuação é quase “empresarial”, muitas vezes com indicativos de práticas patrimonialistas. A propósito, são emblemáticas as palavras consignadas pela Instrução do TCU na **TC 017.883/2007-0** ao retratar uma possível realidade de parte das Oscips que operam no país: “Muitas Oscips não têm qualquer estrutura, funcionando em uma sala alugada e sem empregados. Elas recebem os recursos públicos e, sem capacidade para cumprir as metas estabelecidas, contratam todos os serviços junto a terceiros. Em suma, a Oscip não contribui com praticamente nada, ficando o Município responsável até pela administração dos contratos celebrados pela Oscip junto a terceiros [...]”. Logo, como precatório de que o exercício da jurisdição coincida o máximo possível com o valor da Justiça, o auditor deverá envidar o discernimento técnico suficiente, propiciando ao controle externo o amparo processual adequado para, ao final, admoestar com lúcida e circunspecta proporcionalidade os que atuaram num contexto indicativo de boa fé e punir com o mais grave rigor aqueles cujo proceder está envolto por má fé.

¹⁰³ Essa hermenêutica foi didaticamente exposta no **Acórdão TCU nº 946/2013 - Plenário**. Transcreve-se trecho: “45. A primeira parte do inciso II do art. 71 da Constituição Federal atribui ao Tribunal de Contas da União a competência de: ‘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, [...]’. 46. Esses dois dispositivos constitucionais estão fortemente entrelaçados. O primeiro, disciplina o princípio constitucional da prestação de contas e estabelece aqueles que devem prestá-las. O segundo, estabelece a jurisdição do Tribunal de Contas da União sobre a matéria. 47. Da análise dos limites subjetivos fixados por essas disposições, verifica-se que o dever de prestar contas e a jurisdição do TCU sobre os responsáveis envolve tanto os agentes públicos quanto os privados. Para o surgimento do dever de prestar contas basta que a pessoa esteja na condição de responsável pela administração de dinheiros, bens e valores públicos, a qual é atribuída a todos aqueles que arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem dinheiros, bens e valores públicos. 48. A segunda parte do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, por sua vez, atribui ao TCU a competência para

É nessa última competência (parte final do inciso II do art. 71 da Constituição Federal) que está assentada a *ratio* que ampara a **responsabilização de uma empresa** que gera dano ao erário a partir do recebimento de valores contratados com superfaturamento.

Nessa hipótese, diferente da situação antes examinada (envolvendo entidade e dirigentes) a responsabilidade é restrita à *pessoa jurídica contratada*. Ou seja, apenas, excepcionalmente, as pessoas físicas dos administradores e sócios¹⁰⁴ poderão ser responsabilizadas. É esclarecedor o trecho extraído do **Acórdão TCU nº 934/2017 - Primeira Câmara**:

33. Sobre a responsabilização da ex-presidente da [empresa], cumpre ressaltar que esta Corte de Contas tem competência para imputar responsabilidade a pessoa jurídica de direito privado contratada pelo poder público, não podendo atribuir a obrigação de indenizar às pessoas físicas que assinaram o termo contratual ou praticaram atos relacionados a essa avença na condição de seus representantes, salvo em hipóteses excepcionais relativas a conluio, abuso de direito ou à prática de atos ilegais ou contrários às normas constitutivas ou regulamentares da entidade contratada (nestes casos, ocorrerá a desconsideração da personalidade jurídica para alcançar sócios ou administradores).

34. Desse modo, quando o vínculo Estado/particular deriva de um contrato entende-se que a responsabilidade civil é prioritariamente da pessoa jurídica contratada, por ter sido ela que se obrigou perante o Estado. Assim, em linha de consonância com a jurisprudência deste Tribunal (vide Acórdãos 1.830/2006 e 1.693/2003, ambos do Plenário), propõe-se o acolhimento parcial desta preliminar para excluir a responsabilização da [responsável] relativamente às irregularidades detectadas na execução dos Contratos [...]. [...].

(Grifou-se).

Uma questão que dividia a jurisprudência até algum tempo atrás era a possibilidade ou não de a jurisdição de contas alcançar o agente privado sem que houvesse atuação concorrente de agente público. Essa divergência foi superada e a

julgar: 'II – (...) as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público'. (segunda parte). 49. Nesse caso, exige-se um evento específico para ocorrer a necessidade da apresentação das contas, qual seja, a existência de eventual prejuízo ao patrimônio público. Por isso, trata-se de contas especiais ou não ordinárias. [...] também aqui, a norma não teve o seu alcance subjetivo delimitado. Ou seja, estaria alcançado pela obrigação de prestar contas todo aquele cuja conduta provoque prejuízo ao erário. Não há, pois, nesse dispositivo constitucional, a distinção entre agentes públicos ou particulares e, tampouco, há a exigência de que esses últimos estejam exercendo *múnus* público ou que tenham agido em solidariedade com qualquer agente público". (Grifou-se).

¹⁰⁴ Em casos de conluio, abuso de direito ou prática de atos ilegais ou contrários às normas da pessoa jurídica contratada, devendo ocorrer, para tanto, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. Cabe acrescentar que, no caso de empresário individual, "não há necessidade de se promover a desconsideração da personalidade jurídica [...] uma vez que a empresa individual não tem personalidade diversa e separada do titular, constituindo-se como única pessoa com único patrimônio". (**Acórdão TCU nº 3201/2018 - Segunda Câmara**).

jurisprudência se afirmou no sentido de ser desnecessária a atuação conjunta com este:

O agente particular que tenha dado causa a dano ao erário está sujeito à jurisdição do Tribunal de Contas da União, independentemente de ter atuado em conjunto com agente da Administração Pública, conforme o art. 71, inciso II, da Constituição Federal. Cabe ao TCU delimitar as situações em que os particulares estão sujeitos a sua jurisdição. (**Acórdão TCU nº 946/2013-Plenário**)¹⁰⁵.

(Grifou-se).

Ainda em relação à responsabilização de empresa, há outro ponto que merece ser refletido com meticulosidade.

Em algumas situações, a empresa auferir proveito econômico em detrimento da Administração, mas os elementos que sustentam a responsabilização podem não estar, na percepção de alguns, suficientemente evidenciados.

Se, por um lado, há razoável consenso de que a empresa que se beneficia de medição incorreta deve ser instada a devolver o valor indevidamente recebido¹⁰⁶, esse consenso pode não ser tão forte diante da hipótese de empresa que formata a sua proposta seguindo os preços de referência estabelecidos pela própria Administração, no edital de certame, os quais, conforme verificado *a posteriori*, continham sensível divergência com aqueles praticados pelo mercado e contratações públicas.

Pergunta-se: **nessa última hipótese, a empresa deve ser instada a restituir?** A jurisprudência do TCU é no sentido afirmativo.

Na avaliação daquela Corte, “os licitantes que contratam com a Administração passam a se submeter a princípios e regras do Direito Administrativo, onde se opera a supremacia do interesse público em relação ao interesse privado. Nesse sentido, o

¹⁰⁵ Colhe-se do teor do julgado o seguinte trecho cuja transcrição é pertinente para uma melhor compreensão dos fundamentos que sustentam o entendimento: “56. Acerca do assunto, sou da opinião que a leitura do art. 71, inciso II, da Constituição Federal não permite a conclusão de que a condenação em débito daquele que der causa a prejuízo ao erário público somente ocorrerá se houve a condenação solidária de agente público. Nesse sentido, entendo que o dispositivo definiu dois espaços de atuação distintos da competência do Tribunal de julgar contas: a dos agentes que exercem múnus público e de qualquer pessoa que deu causa a um dano ao erário. 57. Quando se estabeleceu a jurisdição do TCU sobre aqueles que deram causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, o dispositivo não se exigiu a participação de agentes administrativos nos atos jurídicos praticados por tais sujeitos. [...]”. (Grifou-se).

¹⁰⁶ Nesse sentido: “A liquidação irregular da despesa conduz à responsabilização solidária da empresa beneficiária e do agente público encarregado do recebimento dos serviços contratados e indevidamente prestados”. (**Acórdão TCU nº 2539/2009 - Primeira Câmara**).

pagamento de serviços obras ou produtos por preços superiores aos de mercado instaura a presunção de culpa contra esses agentes privados". (**Acórdão TCU nº 152/2007 – Plenário**). (Grifou-se).

Logo, "ainda que o preço orçado pela administração esteja acima dos valores passíveis de serem praticados no mercado, têm as empresas liberdade para oferecer propostas que sabem estar de acordo com os preços de mercado. Não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados, elaborados por órgãos públicos contratantes [...]". (**Acórdão TCU nº 2.262/2015 - Plenário**). (Grifou-se).

Ainda sobre este ponto, cite-se:

Não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados pela Administração, haja vista incidirem no regime de contratação pública regras próprias de Direito Público, mais rígidas, sujeitas à aferição de legalidade, legitimidade e economicidade pelos órgãos de controle. A responsabilização solidária pelo dano resta sempre evidenciada quando, recebedora de pagamentos por serviços superfaturados, a empresa contratada contribui de qualquer forma para o cometimento do dano, nos termos do art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992. (**Acórdão TCU nº 454/2014 - Plenário**).

O fato de a empresa não participar da elaboração do edital e do orçamento base da licitação não a isenta de responsabilidade solidária pelo dano (art. 16, § 2º, da Lei 8.443/1992) na hipótese de recebimento de pagamentos por serviços superfaturados, pois à licitante cabe ofertar preços compatíveis com os praticados pelo mercado (art. 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993), independentemente de eventual erro cometido pela Administração quando da elaboração do edital e do orçamento. (**Acórdão TCU nº 1304/2017 - Plenário**).

Com efeito, a teleologia e a axiologia extraídas do art. 3º da Lei nº 8.666/93 transparecem a primazia do interesse público e a existência de deveres de probidade contratual atribuíveis aos particulares que ingressam no terreno da contratação pública. É com essa inspiração que o art. 113 franqueia a "qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica" a possibilidade de apresentar representação "ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno", quando constatada irregularidade.

Por fim, oportuno frisar que "a situação de "baixa" de empresa no Sistema CNPJ da Receita Federal não indica, necessariamente, o fim da personalidade jurídica, que somente ocorre após a liquidação da sociedade e o cancelamento de sua inscrição no órgão competente (art. 51 do Código Civil). Na ausência de provas de sua liquidação, a pessoa jurídica pode ser responsabilizada pelo TCU" (vide **Acórdão TCU nº 1512/2015-Primeira Câmara**).

Em resumo, a responsabilidade de agentes privados, pessoas físicas e jurídicas, é amplamente reconhecida, podendo ser operada sem a necessidade de atuação conjugada com agente público. No caso de responsabilidade fundamentada no dever prestar contas, previsto na parte inicial do inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a responsabilidade poderá alcançar, além da pessoa jurídica, a pessoa física de seus dirigentes, sem que, para tanto, seja necessário socorrer-se da desconsideração da personalidade jurídica. Já no caso, por exemplo, de empresa responsabilizada por dano decorrente de contrato administrativo, com fundamento na parte final daquele inciso, o acesso à pessoa do sócio exigirá a desconsideração. Há responsabilidade da empresa que apresenta proposta com sobrepreço, mesmo que de acordo com orçamento estimativo feito pela Administração, pois não pode aquela tirar proveito de equívoco cometido por esta. Por fim, a situação de “baixa” no sistema CNPJ não indica, necessariamente, o fim da personalidade jurídica.

4 CONSIDERAÇÕES COMPLEMENTARES

Neste capítulo, serão abordados alguns pontos de maior complexidade, relacionados à responsabilização.

Embora este conhecimento não seja pré-requisito para a elaboração da matriz, impactando em menor nível, por assim dizer, no âmbito dos trabalhos da auditoria de campo, é altamente conveniente, para o aprimoramento da fundamentação articulada nas peças técnicas, que as problemáticas aqui abordadas sejam estudadas pelos servidores de todas as áreas.

4.1 EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE

Como exposto no item 1.2.3 *retro*, a jurisprudência do TCU, na construção de parâmetros para a responsabilização de agentes, passou a utilizar, diante da insuficiência das normas da lei orgânica e do regimento¹⁰⁷, alguns critérios ou categorias provenientes de outros ramos do direito.

Dentre esses, buscou (no Direito Penal, especialmente) um espaço para a avaliação da *culpabilidade* (vide item 2.2.6 *retro*), utilizando-o como *gradiente*, *temperamento*, na aplicação de sanções (por exemplo, mediante a consignação de *atenuantes e agravantes*¹⁰⁸).

¹⁰⁷ A esse respeito, colhe-se do **Acórdão TCU nº 483/2017 - Plenário**: “Nos processos de controle externo, os fatores que influenciam na dosimetria da pena não estão estabelecidos em lei ou no nosso regimento, mas decorrem de nossa própria construção jurisprudencial, feita paulatinamente a cada situação concreta. [...]” (Grifou-se). Também vale citar trecho do **Acórdão TCU nº 795/2014 - Plenário**: “O TCU não realiza dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal. Não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido, de modo a possibilitar a alteração objetiva da pena prevista in abstracto [...]”. (Grifou-se).

¹⁰⁸ Nesse sentido: “[...] SUCESSIVA ALTERNÂNCIA NA CHEFIA DO PODER EXECUTIVO. Atenuação da culpabilidade sem excluir o dever de ressarcir [...] erário. Redução da Multa proporcional ao dano. [...] A sucessiva alternância na chefia do Poder Executivo municipal constitui

Buscou, também, os institutos das *excludentes de culpabilidade* (que afastam a reprovabilidade da conduta)¹⁰⁹ e das *excludentes de antijuridicidade ou ilicitude* (que afastam a caracterização da conduta como contrária ao ordenamento)¹¹⁰ para utilizá-las, em alguns casos, como obstativos da responsabilidade.

Dentre as excludentes mais utilizadas pela jurisprudência do TCU está a inexigibilidade de conduta diversa; o potencial desconhecimento da ilicitude; o caso fortuito ou força maior; e o estado de necessidade.

Nessa “transposição”, que foi urdida lenta, espontânea e indutivamente (ou seja, a partir dos casos concretos que surgiam), era natural que houvesse, em alguma medida, *adaptações* dos institutos às particularidades da jurisdição de contas; e, com essas adaptações, também era esperável que adviessem algumas incompatibilidades conceituais entre o uso do instituto aqui e aquele próprio de seu ramo e conforme sua matriz teórica originária¹¹¹.

um obstáculo real à gestão pública, devendo ser considerada na avaliação da culpabilidade do responsável [...]. (Acórdão TCU nº 6196/2019 -Segunda Câmara). Ainda: “[...] De fato, as condições materiais de exercício da função pública devem ser consideradas, na avaliação da culpabilidade do gestor e, por conseguinte, na dosimetria das sanções eventualmente aplicadas”. (Acórdão TCU nº 2973/2019 – Segunda Câmara). Também: “[...] Apesar de reconhecer que o não atendimento das recomendações do Tribunal poderá ser considerado na avaliação da culpabilidade do gestor, a implementação dessas recomendações, por sua natureza, é matéria afeta à conveniência e oportunidade da administração pública”. (Acórdão TCU nº 1274/2019 - Plenário). (Grifou-se).

¹⁰⁹ Nesse sentido, as excludentes de culpabilidade da “inexigibilidade de conduta diversa” e da “ausência de potencial conhecimento da ilicitude”. Vejamos: “No âmbito dos processos do TCU, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos, com base no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, é de natureza subjetiva, seguindo a regra geral da responsabilidade civil. [...] Deve ser verificada, ainda, a ocorrência de eventual excludente de culpabilidade, tal como inexigibilidade de conduta diversa ou ausência de potencial conhecimento da ilicitude”. (Acórdão TCU nº 2781/2016 - Plenário). (Grifou-se).

¹¹⁰ Nesse sentido, a utilização da excludente de antijuridicidade do “estado de necessidade”. Vejamos: “Prestação de contas do exercício de 1993. [...] Estado de necessidade. Direito constitucional à saúde. [...] Assim, entendo que foi reconhecida a situação de necessidade, por parte do Hospital, da manutenção da prestação dos serviços públicos de saúde, sendo que, prescindir da mão-de-obra contratada, poderia significar negação ao direito à saúde, previsto no artigo 6º da Constituição Federal. Dessa forma, deixo de acatar as proposições de irregularidade das contas e aplicação de multa aos responsáveis”. (Acórdão TCU nº 107/2002 – Plenário). (Grifou-se).

¹¹¹ Um dos pontos, por exemplo, foi abordado por Marco Aurélio Souza da Silva, em obra sobre responsabilização de agentes perante os tribunais de contas (*in Tribunal de Contas: Teoria e prática da responsabilização de agentes públicos e privados por infração administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 119): “Ao descreverem a culpabilidade, alguns autores não deixam claro se esta é *lato sensu* (englobando genericamente dolo e culpa) ou *strictu sensu* (composta de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa). Isso é fundamental, porque a primeira é analisada no primeiro estrato (tipicidade), e a segunda (*strictu sensu*), no terceiro estrato da responsabilidade penal, após análise da antijuridicidade (segundo estrato)”.

Assim, é verificável, nos julgados do TCU, que a avaliação da *culpabilidade* funciona como um estrato de *dosimetria* da *sanção*, isto é na *responsabilidade financeira sancionatória*¹¹² (não repercutindo no afastamento do *débito*, mas apenas no afastamento ou gradação das *multas*); ao passo que há julgados em que as excludentes de *culpabilidade* são utilizadas para afastar a *responsabilidade financeira reintegratória* (isto é, repercutindo não apenas nas *multas* como também no *débito*)¹¹³.

Sem a pretensão de sistematizar a forma de utilização das *excludentes* (se para repercutir apenas na gradação/afastamento das *multas* e/ou também no afastamento do *débito*) e ao largo de questões como em quais as categorias jurídicas aquelas estão subsumidas (de *antijuricidade* ou *ilicitude* ou de *culpabilidade*), o presente trabalho se limitará à compreensão de como está sendo, **na prática**, a funcionalidade de algumas dessas figuras. Para tanto, selecionou-se os julgados adiante abordados.

Inexigibilidade de conduta diversa e potencial desconhecimento da ilicitude.

No trecho abaixo, extraído do **Acórdão TCU nº 1030/2018 - Plenário**, houve a invocação das *excludentes de culpabilidade* da “inexigibilidade de conduta diversa” e do “potencial desconhecimento da ilicitude” para afastar a responsabilidade imputada aos agentes públicos em relação ao débito e à multa, mantendo-a somente em relação à empresa que auferiu o proveito econômico:

¹¹² Nesse sentido: “Além do nível de gravidade dos ilícitos, da materialidade envolvida, do grau de culpabilidade do agente e das circunstâncias do caso concreto, o TCU pode considerar na dosimetria da pena, como fatores atenuantes, o fornecimento de informações que venham a contribuir com as apurações e o reconhecimento da participação nos ilícitos”. (**Acórdão TCU nº 483/2017 - Plenário**).

¹¹³ Não por outro motivo senão o de superar possíveis inseguranças e confusões que a dicotomia de excludentes (de antijuricidade e de culpabilidade) pode gerar, Marco Aurélio Souza da Silva (*op. cit.*) propõe que ambas as categorias de excludentes sejam enfeixadas num único estrato genérico de excludente de ilicitude: “Note-se aqui a sugestão de não se utilizar o estrato da culpabilidade strictu sensu do Direito Penal, mas apenas as suas excludentes. Defende-se que seria mais adequado que as excludentes da culpabilidade e da antijuricidade, nos termos do previsto no direito penal, sejam consideradas no âmbito do direito administrativo como excludentes genéricas do ilícito ou da infração administrativa. Como se percebe, tanto as excludentes de antijuricidade (legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito) quanto da culpabilidade (inimputabilidade, ausência de potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa) preencheriam o segundo estrato, juntamente com outras específicas [ex.: culpa exclusiva da Administração, caso fortuito e força maior, fato de terceiro]”. (Grifou-se).

A rigor, nenhum dos gestores do [...] e da [...] lograram descaracterizar as irregularidades atinentes à ausência de devida aferição dos custos unitários que compuseram os preços de referência da contratação e de sustar os pagamentos indevidos, o que me levaria a endossar integralmente a proposta de rejeição das alegações de defesa desses responsáveis, com julgamento pela irregularidade das respectivas contas especiais e condenação ao pagamento de sanção pecuniária individual e ao ressarcimento, em solidariedade com a empresa [...], de dano decorrente de superfaturamento da avença.

Ocorre que, no caso concreto, tal medida poderia estar a ostentar excessivo rigor em face das circunstâncias do caso concreto e às dificuldades vivenciadas pelos gestores que, de boa-fé, agiram premidos pela necessidade imperiosa de garantir o sucesso do Jogos da Paz em curto espaço de tempo para planejamento, organização e implemento das ações necessárias a prover as vilas olímpicas dos atletas, com móveis relativamente adequados, mantendo os mesmos níveis de qualidade dos serviços.

[...] Dessa forma, atenho-me apenas aos aspectos da punibilidade dos agentes quanto à potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa. [...].

Naquele contexto de ausência de referenciais mercadológicos seguros, não era claramente perceptível aos gestores, à época dos fatos, que os preços unitários de aquisição de mobiliários pudessem albergar todos os custos indiretos de gerenciamento integrado de armazenagem, fretes, pessoal e financeiro a ponto de caracterizá-los como parâmetros aptos a serem confrontados com os valores unitários dos bens dados em locação. Essa circunstância, se não elide, ao menos mitiga a culpabilidade dos agentes que, diante dessa incerteza, não poderiam correr o risco paralisar a contratação e comprometer a realização dos Jogos.

Nessas condições, por vislumbrar a boa-fé dos gestores do [...] e da [...], acolho parcialmente as respectivas alegações de defesa de [...] e julgo regulares com ressalva as suas contas especiais, com fundamento nos arts. 1º, inciso I, 16, inciso II, 18 e 23, inciso II, da Lei 8.443/1992.

(Grifou-se).

No **Acórdão TCU nº 8222/2011 - Segunda Câmara**, foi utilizada a excludente do “potencial desconhecimento da ilicitude” em situação que havia dúvidas sobre a extensão das determinações feitas pela Corte em acórdão anterior:

Dessa forma, considero que a ilegalidade aventada não foi tratada de maneira específica no âmbito do **Acórdão 1.386/2005-TCU - Plenário**, sendo plausível a existência de dúvidas sobre a extensão das determinações impostas na ocasião, as quais vieram a ser dirimidas, efetivamente, quando da prolação do Acórdão 1.201/2008-TCU-Plenário.

E, nesse sentido, consoante asseverou a instrução da 1ª Secex, entendo que o fato, apesar de não elidir a irregularidade, frente aos inúmeros precedentes deste Tribunal, atenua a culpabilidade dos responsáveis, tendo em vista o potencial desconhecimento da ilicitude.

Com efeito, o exame da jurisprudência do TCU revela que são considerados vários fatores no exame da conduta do agente e do grau de reprovação do ato que praticou, de modo que diversas dessas circunstâncias acabam constituindo um conjunto de elementos para a aferição da boa-fé daquele que praticou o ato, conceito aberto que tem sido ponderado para fins de aplicação de sanção.

(Grifou-se).

No caso abaixo, enfrentado no recente **Acórdão TCU n° 642/2020 - Segunda Câmara**, a “inexigibilidade de conduta diversa” foi utilizada para afastar a responsabilidade de prefeito sucessor por irregularidades em obras iniciadas pelo antecessor. Transcreve-se trecho:

12. Alinho-me aos pareceres no tocante à impossibilidade de condenação do prefeito sucessor ao ressarcimento do dano a que fora chamado a responder.

[...]

16. Esses fatos denotam que [...] se deparou com inúmeras dificuldades de ordem técnica e jurídica para dar continuidade às obras contratadas pelo seu antecessor. Há fortes evidências de que se esforçou para continuar o empreendimento, tendo anulado os atos anteriores, por vício de origem (dispensa ilegal), e autorizado a promoção de nova licitação. Ocorre que, de posse dos relatos da projetista, dos próprios licitantes e de técnicos do seu governo, constatou posteriormente que os projetos possuíam falhas graves insanáveis, a impedir o seu aproveitamento.

17. Assim, entendo que não se poderia exigir conduta diversa por parte do prefeito sucessor, que tentou aproveitar os atos de seu antecessor, porém sem sucesso, diante do cenário que se lhe apresentava; portanto, as suas contas devem ser julgadas regulares, com quitação plena.

(Grifou-se).

Neste outro exemplo, extraído do **Acórdão TCU n° 4316/2019 - Primeira Câmara**, a “inexigibilidade de conduta diversa” foi aplicada em circunstância envolvendo necessidade de pagamento de salários de servidores:

Entendo, com isso, caracterizada a prática de desvio de objeto, vez que os recursos foram desviados de um programa para outro, dentro do sistema municipal de educação, mantida a finalidade precípua, muito embora tal irregularidade tenha sido saneada durante a execução das despesas, com a devolução dos recursos irregularmente transferidos à conta própria.

A este respeito, o Tribunal tem jurisprudência pacificada no sentido de que não há débito quando o desvio é de objeto, conforme Acórdãos 3.988/2015-TCU-1ª Câmara e 2.059/2016-TCU-1ª Câmara; 7.110/2014-TCU-2ª Câmara; e 1.313/2009-TCU-Plenário.

Deixo de sugerir a aplicação de multa ao responsável, por entender que, no caso concreto, presente a excludente de culpabilidade relativa à inexigibilidade de conduta diversa, premido que se encontrava o gestor para adimplir o pagamento dos salários dos professores sem o respaldo dos repasses federais originalmente previstos.

(Grifou-se).

Coação moral irresistível.

A “coação moral irresistível”¹¹⁴ é considerada uma modalidade de “inexigibilidade de conduta diversa”, mas, para a sua melhor compreensão, segue

¹¹⁴ O art. 22 do Código Penal diz 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.

analisada, aqui, em separado. No **Acórdão TCU nº 1679/2019 - Plenário**, a excludente foi aplicada em caso concreto envolvendo ameaças sofridas pelos agentes responsabilizados:

Conclusão [...]

f) elementos dos autos revelam a existência de excludente de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa, na modalidade coação moral irresistível; e denotam ainda que os demais membros da comissão de licitação, entre os quais o recorrente Eduardo Vieira Dutra, levaram as irregularidades ao conhecimento dos superiores, o que também afasta eventual entendimento de que teriam eles compactuado com as irregularidades por eles identificadas (item 10); [...]

Voto

De acordo com elementos apresentados, os recorrentes – à época, recém ingressos nos cargos mediante concurso público – não participaram das decisões a cargo da comissão e subscreveram os documentos produzidos pela presidente, Maria da Penha Ramos, sem a oportunidade de registrar suas discordâncias em relação aos procedimentos adotados, tendo em vista as ameaças de que eventuais insubordinações teriam reflexos nas avaliações de desempenho de seus estágios probatórios, o que, de acordo com o Lei 8.112/1992, poderia ensejar, entre outros, a perda de seus cargos efetivos. [...]

Sendo assim, em que pese a ocorrência do ilícito, atribuível aos recorrentes, considero, na linha defendida pela Serur, que as circunstâncias do fato concreto afastam a reprovabilidade das condutas e, por conseguinte, a culpabilidade dos recorrentes, tendo em vista que restou evidenciado terem agido sob coação moral irresistível.

(Grifou-se).

Obediência hierárquica.

Tal como a excludente acima, a “obediência hierárquica” também seria uma modalidade de “inexigibilidade de conduta diversa”. Sobre a sua aplicação, a jurisprudência tem enfatizado que “somente pode ser acolhida em caso de ordem não manifestamente ilegal”. (**Acórdão TCU nº 9392/2015 - Segunda Câmara**). (Grifou-se).

Caso fortuito ou força maior.

O “caso fortuito e a força maior”, por sua vez, são fatores considerados como *excludentes de causalidade*, rompendo o nexo entre a conduta do agente e o resultado. Nos **Acórdãos TCU nºs 114/2000 - Primeira Câmara e 115/2005 – Segunda Câmara**, os documentos necessários para prestação de contas teriam sido extraviados, no primeiro caso, por incêndio; no segundo, por subtração perpetrada por agente público. Em ambos, a Corte não acolheu a excludente sob o fundamento de que os gestores, à época dos supostos fatos, já estariam em mora

com a obrigação de apresentar a prestação de contas, ficando sob sua responsabilidade os riscos durante esse período. Já no **Acórdão TCU nº 1652/2004 - Segunda Câmara**, relativamente a irregularidades em conclusão de obra em unidade escolar, foram acolhidas as justificativas fundadas na renúncia do prefeito antecessor antes do término do convênio e na elevação extraordinária do índice pluviométrico¹¹⁵.

Estado de necessidade.

No que concerne à aplicação da excludente de “estado de necessidade”, no **Acórdão TCU nº 312/2002 - Plenário**, foi admitida a contratação de advogados sob o fundamento de impossibilidade de nomeação de servidores e existência de processos judiciais em curso¹¹⁶; no **Acórdão TCU nº 107/2002 – Plenário** foi admitida a contratação de pessoal em Hospital sob o fundamento de risco de negativa ao direito à saúde. Situações consideradas como anormais (por exemplo, nos casos de emergência e de estado de calamidade) podem ser invocadas para fundamentar a alegação do cabimento desta excludente.

Por fim, oportuno assinalar que o acolhimento dessas excludentes deve ser feito a partir de análise criteriosa, baseada em elementos concretos. Ademais, bom lembrar, que o **ônus** de trazer, ao processo, o suporte probatório suficiente para legitimar a aplicação de excludentes, **pertence, em regra, ao agente responsabilizado** que as está alegando como fundamento de defesa¹¹⁷.

¹¹⁵Exemplos extraídos da obra de Emerson Cesar da Silva Gomes (*in Responsabilidade financeira – uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos Tribunais de Contas*. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, pp. 271-272.

¹¹⁶ *Idem*, p. 267.

¹¹⁷ A despeito de esta ser regra geral, é interessante notar que o TCU já aplicou a teoria dinâmica do ônus da prova defluída do art. 373 do Novo Código de Processo Civil (vide **Acórdão TCU nº 1522/2016 - Plenário**). Sobre o assunto, oportuno transcrever trecho do artigo de Giamundo Neto intitulado **A possibilidade de dinamização do ônus probatório no Tribunal de Contas de Contas**, disponível em <<http://giamundoneto.com.br/category/tribunal-de-contas/>>. Acesso em 28 fev. 2020). Vejamos: “Observe-se que o Tribunal de Contas já fez uso do disposto no artigo 373, do Código de Processo Civil 2015. O caso envolvia suposto sobrepreço apurado em obra pública, já em fase de tomada de contas especial. Os responsáveis foram instados a se manifestar sobre as irregularidades constatadas somente treze anos após a ocorrência dos fatos, o que dificultou a apresentação de provas da economicidade dos preços contratados. Por tal circunstância, ao apreciar recurso interposto pelos responsáveis contra a decisão de mérito que lhes havia imputado débito, o Tribunal entendeu existir sérias dúvidas sobre a existência ou não de prática de preços acima do mercado, bem como não ser possível assegurar a exatidão do dano imposto aos responsáveis. Considerando ainda a própria dificuldade ao exercício do contraditório e da ampla defesa pelo transcurso de tempo desde a ocorrência dos fatos, o Plenário da Corte de Contas entendeu por bem arquivar o feito por falta de pressupostos de constituição e de desenvolvimento

Em resumo, as excludentes e os gradientes de responsabilidade utilizados pela jurisdição de contas foram adaptados de categorias pertencentes a outros ramos do direito, especialmente o penal. A despeito de eventuais incompatibilidades teóricas e discussões sobre a funcionalidade das excludentes, a jurisprudência do TCU sedimentou a possibilidade de sua utilização, fundamentando-as, mais recorrentemente, nas categorias da “inexigibilidade de conduta diversa” e do “potencial desconhecimento da ilicitude” – não obstante haja outras, como, por exemplo, “estado de necessidade” e “caso fortuito ou força maior”. As excludentes devem ser aplicadas a partir de criteriosa avaliação de elementos de prova cujo ônus de trazer ao processo pertence, em regra, ao agente responsabilizado que as alega.

4.2. A LEI N° 13.655/2018 E O ERRO GROSSEIRO

Como mencionado nos itens 1.2.3 e 2.2.6 desse trabalho, a Lei n° 13.655/2018¹¹⁸ foi um marco legislativo importante em matéria de responsabilização de agentes. Dentre os aspectos mais relevantes, destaca-se a previsão de temperamentos à aplicação de *sanções* (art. 22) e a necessidade de caracterização de *erro grosseiro* ou *dolo* para que haja responsabilização pessoal do agente (art. 28)¹¹⁹.

válido e regular do processo. [...]. Ao reconhecer a dificuldade dos responsáveis na apresentação de provas da economicidade dos preços contratados e afastar tal ônus por conta do longo período decorrido entre a ocorrência dos fatos e a citação, o Tribunal de Contas aplicou, ainda que sem menção expressa, a teoria dinâmica do ônus da prova, consubstanciada no §1º, do art. 373, do CPC, pelo qual “diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo [...] poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso”. (Grifou-se).

¹¹⁸ Alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.

¹¹⁹ Transcreve-se parte do texto legal: “Art. 22. 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. § 1º 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. § 2º 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. § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

A despeito das críticas, é inegável que essa legislação veio a suprir algumas omissões do ordenamento pátrio quanto à responsabilidade de agentes públicos. Sobre esse ponto, o **Acórdão TCU nº 2.973/2019 – Segunda Câmara** traz observação que merece ser transcrita:

33. Em Portugal, por exemplo, a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas – LOPTC expressamente considera os meios materiais e humanos existentes no serviço como parâmetro para aferição do pressuposto subjetivo da responsabilidade. Por elucidativo, transcrevo o art. 64º da referida Lei:

‘Artigo 64.º Avaliação da culpa 1 - 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’.

34. Observo também que, até pouco tempo, a legislação brasileira era omissa a respeito dos parâmetros que devem ser considerados na mensuração da gravidade da conduta inquinada. Com o advento da Lei 13.655/2018, foram incluídas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do Direito Público.

35. Passou-se a exigir dolo ou erro grosseiro para a responsabilização pessoal do agente público nas esferas administrativa, controladora e judicial (art. 28). Ademais, na interpretação das normas de gestão pública, deverão ser considerados “os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo” (art. 22, caput).

(Grifou-se).

A Consultoria Técnica da Casa analisou a Lei nº 13.655/2018 e produziu a Nota Técnica nº 1/2018¹²⁰, a qual traz estudo mais amplo e profundo sobre a matéria (sendo recomendável a sua leitura).

Diante do escopo do presente trabalho, interessa-nos, por ora, fazer uma breve e específica abordagem sobre a significação do art. 28 e sua compatibilidade (ou não) com os critérios de responsabilização praticados pela jurisprudência. Diz o enunciado: “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

A aplicação dessa norma representa um desafio especial para os tribunais de contas, porque exige prévia densificação de conceito indeterminado: **afinal, o que é “erro grosseiro”?**

[...] Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

¹²⁰ Disponível no Portal do TCERS, mediante busca em “Atos Normativos TCERS”. Disponível em <<https://atosoficiais.com.br/tcers/nota-tecnica-n-1-2018?origin=instituicao>>. Acesso em 25 fev. 2020.

Vejamos.

A expressão “erro grosseiro” tem sido compreendida pelo TCU como aquela em desacordo com a do “administrador médio” e, em outros julgados, como equivalente conceitual à “culpa grave”¹²¹:

A conduta culposa do responsável que foge ao referencial do “administrador médio” utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza o “erro grosseiro” a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018. (**Acórdão TCU nº 1.628/2018-Plenário**)¹²².

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, erro grosseiro é o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave. (Acórdão TCU nº 2924/2018 - Plenário).

Um julgado considerado paradigma desse último entendimento é o retratado pelo **Acórdão TCU nº 2.391/2018 - Plenário**. No trecho abaixo, o Ministro Benjamin Zymler qualifica o *erro grosseiro* como aquele “que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal” ou “decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado”, o que estaria conciliado com o conceito de “culpa grave”:

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.

¹²¹ Num primeiro momento, convém registrar, o “erro grosseiro” foi interpretado à luz da *teoria do homem médio*. Nesse sentido: “A conduta culposa do responsável que foge ao referencial do ‘administrador médio’ utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza o ‘erro grosseiro’ a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018. (**Acórdão TCU nº 1628/2018-Plenário**). Esta interpretação foi alvo de muitas críticas. Passou a prevalecer, então, a jurisprudência construída em torno da equivalência conceitual entre “erro grosseiro” e “culpa grave”.

¹²² No mesmo sentido: “O erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018, fica configurado quando a conduta do agente público se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto”. (**Acórdão TCU nº 2.860/2018-Plenário**).

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

84. 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).

85. Os aludidos autores invocaram a doutrina de Pontes de Miranda, segundo a qual a culpa grave é 'a culpa crassa, magna, nímia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis' (PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**, t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 72).

(Grifou-se).

Tanto a utilização do “administrador médio” como a associação conceitual com a “culpa grave” tendem a harmonizar conceitualmente a aplicação do art. 28 introduzido pela Lei nº 13.655/2018 com referenciais já trabalhados pela jurisprudência do TCU nos últimos anos. Com isso, conduziu-se a significação da norma para um campo semântico já estruturado.

Em junho de 2019, adveio o Decreto nº 9.830/2019, o qual regulamentou o disposto no art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (aqueles alterados pela Lei nº 13.655/2018).

No tocante, especificamente, ao art. 28, ele trouxe algumas definições:

CAPÍTULO IV

DA RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

Responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º 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.

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais.

Dentre os aspectos regulamentados, três merecem destaque: **(i)** foi repisada a associação conceitual com a *culpa grave*; **(ii)** foi previsto que a complexidade da matéria ou das atribuições do agente devem ser consideradas na responsabilização; **(iii)** foi previsto que, no exercício do *poder hierárquico*, só responderá por *culpa in vigilando* aquele cuja omissão caracterizar *erro grosseiro* ou *dolo*.

Diante desse quadro, cabe a pergunta: na prática, **é possível afirmar que o art. 28 repercutiu (ou repercutirá), sensivelmente, na régua da responsabilização utilizada pelos julgadores até então?**

Embora não se tenha resposta para essa questão, não parece razoável afirmar que, ao menos no âmbito do TCU, tenha havido alteração jurisprudencial significativa em matéria de responsabilização. Isso porque, como visto no Capítulo 3, aspectos como a gravidade da culpa, o *nível de detectabilidade* da inconformidade, as *circunstâncias* e os *obstáculos reais envolvidos*, dentre outros, já vinham sendo ponderados nos julgamentos.

A mostra abaixo pode ilustrar o cenário jurisprudencial atual. Foram selecionados alguns julgados que expõem referenciais concretos das condutas que têm sido caracterizadas como “erro grosseiro”, algumas vezes com utilização do conceito de “administrador médio”, outras com a “culpa grave” (ou com ambas):

- a realização de licitação com discriminação de marca sem que houvesse adequada justificativa técnica:

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) o direcionamento de licitação para marca específica sem a devida justificativa técnica. (**Acórdão TCU nº 1264/2019 - Plenário**).

- prestação de contas encaminhada sem parecer de Conselho Municipal:

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a prestação de contas dos recursos oriundos do Fundo Nacional de Assistência Social, regulada pela Lei 9.604/1998 e pela Portaria MDS 625/2010, desacompanhada do parecer do Conselho Municipal de Assistência Social (CMAS). (**Acórdão TCU nº 4778/2019 - Primeira Câmara**).

- ausência de critério de aceitabilidade de preços unitários no edital em complemento ao critério de aceitabilidade do preço global:

A ausência do critério de aceitabilidade dos preços unitários no edital de licitação para a contratação de obra, em complemento ao critério de aceitabilidade do preço global, configura erro grosseiro que atrai a responsabilidade do parecerista jurídico a quem coube o exame da minuta do edital, que deveria saber, como esperado do parecerista médio, quando os dispositivos editalícios estão aderentes aos normativos legais e à jurisprudência sedimentada que regem a matéria submetida a seu parecer. (**Acórdão TCU nº 1.695/2018 - Plenário**).

- autorização de pagamento sem a devida liquidação da despesa:

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a autorização de pagamento sem a devida liquidação da despesa. (**Acórdão TCU nº 2699/2019 - Primeira Câmara**).

- descumprimento de regra expressa em instrumento de convênio:

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro o descumprimento de regra expressa em instrumento de convênio. Tal conduta revela nível de atenção aquém ao de uma pessoa com diligência abaixo do patamar médio, o que configura culpa grave, passível de multa. (**Acórdão TCU nº 2681/2019 - Primeira Câmara**).

- reenquadramento irregular de servidor:

O reenquadramento de empregado público em cargo de natureza absolutamente diversa e com atribuições muito mais complexas do que as previstas no cargo original, a caracterizar ascensão funcional, constitui erro grosseiro capaz de ensejar a responsabilização dos gestores que atuaram tanto por comissão quanto por omissão. (**Acórdão TCU nº 14536/2019-Primeira Câmara**).

- pagamento de serviços de natureza continuada prestados sem respaldo contratual

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - LINDB) o pagamento de serviços de natureza continuada prestados sem respaldo contratual, em afronta ao art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993. (**Acórdão TCU nº 13053/2019 - Segunda Câmara**).

- desconsideração de decisões anteriores do tribunal de contas:

Decisão de gestor que desconsidera, sem a devida motivação, acórdão do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro para fins de responsabilização perante o Tribunal. Tal conduta revela grave inobservância do dever de cuidado, o que configura culpa grave, motivo suficiente para a responsabilização e para a aplicação de sanção ao gestor. (**Acórdão TCU nº 1941/2019 - Plenário**).

- adoção de projeto padrão sem juízo crítico, acarretando contratação antieconômica:

[...] No presente caso, considero que o responsável agiu com culpa grave ao adotar projeto básico padrão para o Projeto de Expansão da Rede de Atendimento do INSS em dissonância com o art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 1993 e ao permitir a licitação das obras sem que houvesse um projeto executivo padrão, o que acarretou a contratação desnecessária de projetos executivos repetidos em 325 obras, em descompasso com o princípio da economicidade. (**Acórdão TCU nº 1689/2019 - Plenário**).

- desconsideração imotivada de parecer emitido pela consultoria jurídica do órgão:

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige. Tal conduta revela desempenho aquém do esperado do administrador médio, o que configura culpa grave, passível de multa. (**Acórdão TCU nº 1264/2019 - Plenário**).

- pagamento antecipado sem justificativa e sem garantias:

Para fins de responsabilização perante o TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado. (**Acórdão TCU nº 185/2019 - Plenário**).

- contratação de empresas sem as necessárias condições técnico-operacionais para o adequado adimplemento contratual:

[...] as irregularidades pela participação nas licitações, sem a adequada capacidade técnico-operacional, além da integral subcontratação do objeto pela (...), não deveriam ser imputadas às contratadas, mas, sim, aos desidiosos agentes públicos ante o erro grosseiro na admissão das aludidas empresas. (**Acórdão TCU nº 2957/2019 - Plenário**).

- concessão de financiamento com avenças em desacordo com normas aplicáveis:

[...] entendo que, a partir dos indícios apontados, e caso venham a ser confirmados, a conduta dos gestores que aprovaram as operações Cofig nºs 340, 495, 533 e 637 espelha culpa grave e prática de erro grosseiro, pelo que deverão então ser responsabilizados pela prática de atos ilegais e antieconômicos e pelos danos advindos dos atos praticados. (**Acórdão TCU nº 3156/2019 - Plenário**).

Não obstante, é intuitivo que, principalmente para os tribunais de contas estaduais e municipais, o art. 28 deve induzir maiores cautelas na avaliação das condutas.

Dentre as cautelas, é previsível (e também parece ser recomendável) que, como precató de juridicidade, os tribunais de contas, sempre que possível e cabível, passem a inserir, em suas decisões imputadoras de responsabilidade, de forma explícita, a qualificação das condutas dos respectivos agentes públicos responsabilizados como praticadas com *culpa grave* (ou *erro grosseiro*), ponderando-se, também, quando necessário, aspectos como o *nível de detectabilidade*, os *obstáculos e dificuldades reais*, os *antecedentes*, as circunstâncias *agravantes* ou *atenuantes* e a existência de *excludentes de responsabilidade*¹²³.

Por fim, importante frisar que o art. 28 **não se aplica aos agentes privados** nas situações em que a responsabilização **decorre de contrato** (exemplo: superfaturamento)¹²⁴ – **sendo-lhes aplicável**, contudo, nas situações em que **administram recursos públicos**, pois, nestas hipóteses, equiparam-se a agentes públicos¹²⁵.

Em resumo, a Lei nº 13.655/2018 supriu omissões do ordenamento ao prever temperamentos à aplicação de *sanções* (art. 22) e a necessidade de caracterização de “erro grosseiro” ou “dolo” para que haja responsabilização pessoal do agente público (art. 28). Em especial, a significação do que seja *erro grosseiro* representou um desafio especial para os tribunais de contas. No âmbito do TCU, esse conceito tem sido tratado pela jurisprudência, em alguns

¹²³ Oportuno lembrar a previsão contida no art. 16 do Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou os artigos alterados pela Lei nº 13.655/2018, traz aspectos a serem ponderados apenas em relação à sanção (tais aspectos, portanto, não influenciariam na responsabilidade financeira reintegratória ou ressarcitória): Decisão que impuser sanção ao agente público. Art. 16. A decisão que impuser sanção ao agente público considerará: I - a natureza e a gravidade da infração cometida; II - os danos que dela provierem para a administração pública; III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes; IV - os antecedentes do agente; V - o nexo de causalidade; e VI - a culpabilidade do agente.

¹²⁴ Essa inteligência é defluída do próprio art. 28 que menciona “agente público”. Além disso, em recente decisão o TCU afirmou que “o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (LINDB), que trata da responsabilização pessoal do agente em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica ao particular contratado pela Administração Pública [...]” (**Acórdão TCU nº 2768/2019 - Plenário**). (Grifou-se).

¹²⁵ Sobre este ponto, *vide* o item 3.11.

julgados, como representativo de conduta em desacordo com o “administrador médio”; em outros, como um equivalente semântico de “culpa grave”. O Decreto nº 9.830/2019, que regulamentou a referida legislação, previu em seu art. 12, §1º, a associação conceitual entre *erro grosseiro* e *culpa grave*. Para maior juridicidade das decisões dos tribunais de contas, é recomendável que, para a imputação de responsabilidade a agente público, haja a expressa qualificação da conduta como praticada com *culpa grave* (ou *erro grosseiro*).

A seguir, sugestão de texto para aprofundamento na questão do erro grosseiro para a responsabilidade financeira ressarcitória.

Para aprofundar...

É necessária a caracterização do erro grosseiro para a responsabilidade financeira ressarcitória (débito)?

Dentre os aspectos mais delicados em torno da aplicação do art. 28 introduzido pela Lei nº 13.655/2018 está a discussão em torno da exigência ou não da caracterização de *erro grosseiro* para justificar a responsabilidade financeira ressarcitória (ou reintegratória), ou seja, para a imputação de débito.

Se o art. 28 dispõe que o agente público responderá pessoalmente nos casos de *erro grosseiro* ou *dolo*; e se o *erro grosseiro* equivale ao conceito de *culpa grave*, pergunta-se: **como ficam aquelas situações em que se qualifique a culpa como “leve”? Afasta-se a responsabilidade sancionatória e reintegratória (multas e débito), ou apenas a responsabilidade sancionatória (multas)?**

O TCU tem entendido que o art. 28 se aplica apenas para as multas, não sendo necessária a caracterização do *erro grosseiro* para embasar a imputação de débito.

No **Acórdão TCU nº 2391/2018-Plenário**, destacado como *case* neste ponto, ocorreu de a conduta de um dos agentes não ser qualificada como eivada de *culpa grave*. Então, as multas foram afastadas, mas o débito não. Como fundamento, o Ministro Benjamin Zymler aduziu que a legislação civil, à exceção do caso do art. 944, parágrafo único, do Código Civil, “não faz nenhuma

distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano”¹²⁶.
Transcreve-se:

145. Sendo assim, compreendo que as circunstâncias específicas relativas à culpabilidade do Sr. (...) impõem um tratamento distinto do responsável quanto à sua punibilidade. Porém, entendo que tais aspectos não alteram a sua responsabilidade pelo débito.

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).

148. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

149. No presente caso, compreendo que o responsável agiu com culpa na consumação da irregularidade, não havendo nenhuma desproporcionalidade entre o seu grau de negligência, verificado no cometimento do ato inquinado, e o dano que causou ao erário.

(Grifou-se).

Essa interpretação tem sido alvo de muitas críticas. Algumas delas foram reunidas por Joel de Menezes Niebuhr em artigo intitulado “**O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU**”¹²⁷. Vejamos.

Uma delas é a de que nada impede que o legislador estabeleça balizas e condicionantes à obrigação dos agentes públicos de indenizar o Estado em caso de dano, como, aliás, o Código de Processo Civil faz em relação aos magistrados, responsabilizando-os por perdas e danos, apenas, quando procedem com *dolo* ou *fraude*. Transcreve-se:

O § 6º do artigo 37 da Constituição Federal refere-se à indenização nos casos de dolo ou culpa, realmente, sem qualquer gradação. Entretanto, aqui está o primeiro argumento, nada impede que o legislador infraconstitucional discipline o assunto e estabeleça balizas e condicionantes,

¹²⁶ No mesmo sentido, os Acórdãos TCU nº 173/2019 - Plenário, 5547/2019 - Primeira Câmara e 2768/2019 - Plenário.

¹²⁷ Blog Zênite, disponível em <<https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>>. Acesso em 04 mar. 2020.

definindo graus de culpa para efeito da obrigação de indenização por parte de agentes públicos, como bem observou o Professor Clovis Beznos, em Conferência proferida no XV Congresso Goiano de Direito Administrativo. O constituinte não proibiu o legislador infraconstitucional de fazê-lo. E, de mais a mais, o condicionamento de normas constitucionais pelo legislador infraconstitucional é algo absolutamente frequente e não representa afronta ao texto constitucional.

Veja-se, por exemplo, que o inciso I do artigo 143 e o artigo 181, ambos do Código de Processo Civil, prescrevem que magistrados e membros do Ministério Público somente podem ser responsabilizados por perdas e danos se procedem com dolo ou fraude. Para os ministros do Tribunal de Contas da União aplica-se a mesma regra, em vista do artigo 73 da Lei Orgânica da Corte, cuja redação reconhece a eles as garantias e prerrogativas dos ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Ninguém discute, especialmente magistrados, membros do Ministério Público e ministros do Tribunal de Contas da União, que é permitido ao legislador infraconstitucional restringir as suas responsabilidades por perdas e danos, inclusive afastando a possibilidade de responderem por conduta meramente culposa, ainda que por culpa grave.

Por coerência, utilizando a mesma régua, também deveriam prestigiar a constitucionalidade do artigo 28 da LINDB no tocante aos demais agentes públicos, sem reduzir o alcance do dispositivo às sanções e retirar da incidência dele a responsabilidade por perdas e danos. O legislador, no artigo 28 da LINDB, tratou da responsabilidade dos agentes públicos de forma ampla, sem qualquer restrição. Não cabe ao Tribunal de Contas da União fabular restrições não supostas pelo legislador.

(Grifou-se).

Outra crítica feita é a de que a interpretação dada pelo TCU naquele julgado em relação ao §6º do art. 37 da Constituição é equivocada. Transcreve-se:

O terceiro argumento, que me foi apresentado pelo Professor Luciano Ferraz, é que o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal dedica-se aos danos causados pelos agentes públicos a terceiros (externos) e não aos danos causados pelos agentes públicos à própria Administração Pública (internos). O texto é categórico: “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 [...]”.

A questão é deveras polêmica, como se pode perceber.

É provável que essa problemática, muito em breve, esteja na pauta de discussão dos demais tribunais de contas.

4.3. ASPECTOS POLÊMICOS ACERCA DO NEXO DE CAUSALIDADE

Como vimos no item 2.2.5, o *nexo* é a descrição da relação de *causa e efeito* entre a *conduta* (a ação ou omissão culposa ou dolosa) praticada pelo agente responsável e o *resultado* dela decorrente.

Também se observou que os resultados podem ser subsumidos a duas grandes categorias:

- *não aderência* (às normas de regência ou outros critérios, como boas práticas, determinações etc.); e
- *dano ao erário*.

Feita essa recapitulação, cabe aqui abordar alguns aspectos polêmicos das teorias que orientam a forma de compreender a relação de causa e efeito no mundo jurídico.

Na doutrina, o *nexo de causalidade* é abordado, de forma distinta, por várias teorias¹²⁸. Mas, no âmbito do TCU, há julgados preconizando a aplicação prioritária da denominada *teoria do dano direto e imediato* ou *interrupção do nexo causal*¹²⁹ - embora seja questionável se, de fato, esta seja a mais aplicada.

Mas, no que consiste tal teoria?

O **Acórdão TCU nº 1501/2018-Primeira Câmara** traz abordagem que exemplifica o seu manuseio:

20. Segundo a teoria da interrupção do nexo causal, entre as várias circunstâncias a que se reporta o resultado, a causa é aquela necessária e mais próxima à ocorrência daquele. Dessa forma, considerando que o acidente decorreu do estouro do pneu traseiro e da conduta negligente do responsável de conduzir o veículo com excesso de velocidade, conforme o trecho do laudo pericial transcrito no item 13 supra, ambas as ocorrências podem ser consideradas causas fundamentais e, portanto, necessárias e diretas do dano. Por consequência, adequada a responsabilização do Sr. [responsável] pelo prejuízo causado aos cofres da União.

¹²⁸ Apenas para citar alguns exemplos: teoria do dano direto e imediato, teoria da equivalência dos antecedentes, teoria da causa próxima, teoria da causalidade adequada, teoria do escopo de norma jurídica violada, etc.

¹²⁹ Nesse sentido: “Para o estabelecimento do nexo de causalidade para fins de responsabilização, aplica-se no TCU a teoria do dano direto e imediato, também chamada teoria da interrupção do nexo causal, em detrimento da teoria da equivalência das causas e da teoria da causalidade adequada”. (**Acórdão TCU nº 1501/2018-Primeira Câmara**).

21. A existência de uma concausa – o estouro do pneu - somente seria idônea para excluir a responsabilidade do Sr. [responsável], se ela fosse sucessiva à conduta do responsável e o dano fosse efeito direto e necessário somente daquela. Ou seja, se estivéssemos diante de um dano indireto e remoto da atuação do condutor do veículo causado direta e necessariamente por um fato superveniente. Nesse sentido, transcrevo o seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Carlos Veloso, por ocasião do julgamento do RE 409203/RS:

[...] Essa teoria [do dano direto e imediato], como bem demonstra Agostinho Alvim ('Da Inexecução das Obrigações', 5ª ed., nº 226, pág. 370, Ed. Saraiva, São Paulo, 1980), só admite o nexa de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa, o que abarca o dano direto e imediato sempre, e, por vezes, o dano indireto e remoto, quando, para a produção deste, não haja concausa sucessiva. Daí, dizer Agostinho Alvim (1. c): 'os danos indiretos ou remotos não se excluem, só por isso; em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser efeito necessário, pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.' (RE 130.764/PR, RTJ 143/270, 283)' (grifos acrescentados).

22. Com isso, concordo com o posicionamento do Parquet descrito a seguir, pois nem o estouro do pneu foi uma concausa superveniente e exclusivamente determinante, nem o dano pode ser considerado indireto e remoto frente à conduta do responsável de dirigir acima da velocidade da via [...].

Numa simplificação, podemos dizer que a *teoria do dano direto e imediato ou interrupção do nexa causal* confere maior enfoque à causa mais próxima, que seja considerada direta e necessária ao resultado, excluindo-se da cadeia outras condições e circunstâncias anteriores.

Contudo, o que se percebe, na prática daquela Corte – e aliás, de um modo geral, em todos os tribunais -, é que, para corrigir as injustiças, por vezes, produzidas pela aplicação estrita de uma ou outra teoria, tem-se utilizado da *aplicação combinada* delas.

Embora não se pretenda, aqui, o enfrentamento desse complexo debate teórico, parece ser oportuno, considerando a influência que a adoção de uma ou outra teoria pode ter na fase decisória do processo, obtermos um ligeiro conhecimento sobre essa questão.

Para tanto, foi selecionado trecho emblemático do **Acórdão TCU nº 2760/2018 - Plenário**, no qual é avaliada a relação entre as teorias mais utilizadas no âmbito daquela Corte, explicando-se a preeminência da *teoria do dano direto e imediato* ou *interrupção do nexa causal* e os temperamentos da “necessariedade” ou “inevitabilidade” que são aplicados para “corrigir” eventuais inadequações dessa teoria. Transcreve-se:

17. Especificamente no que diz respeito ao nexos de causalidade, parte que interessa à presente discussão, existem, basicamente, duas teorias principais que visam solucionar as situações em que o dano decorre não apenas de uma causa única, direta e imediata, mas de um concurso de causas (concausas): a teoria da equivalência dos antecedentes causais e a teoria da causalidade adequada.

18. Para a primeira, adotada pelo Código Penal Brasileiro e aplicada com certos temperos, todas as condições e circunstâncias que tenham concorrido para produzir o dano são consideradas causa deste. O principal inconveniente apontado nessa teoria, que exige cuidado na hora de aplicá-la, é a possibilidade de se estabelecer uma linha regressiva quase infinita, ampliando-se excessivamente a cadeia de responsabilidade. (MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito Administrativo**: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática. 2 ed., Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 416-417).

19. Em contraponto à equivalência dos antecedentes causais, surgiu a teoria da causalidade adequada, que prestigia a causa predominante que deflagrou o dano, estabelecendo que causa é a condição apta, própria ou adequada a produzir um evento segundo o que ordinariamente acontece. Assim, somente as causas ou condutas relevantes para a produção do dano são capazes de gerar o dever de indenizar, não se devendo considerar como causa de um evento certo antecedente que, em condições normais, não seria idôneo a essa produção (MOREIRA, 2010, p. 419).

20. Como derivação da teoria da causalidade adequada, a teoria da interrupção do nexos causal ou teoria do dano direto e imediato, adotada desde o Código Civil de 1916 e atualmente consagrada no art. 403 o Código Civil de 2002, define que somente a causa direta e imediata deve gerar o dever de indenizar. Na concepção mais restrita dessa teoria, a última condição, pelo simples aspecto cronológico, deve ser considerada causa do dano. A crítica feita pela doutrina é a de que esse critério termina por dar margens a injustiças, visto que nem sempre o antecedente mais próximo cronologicamente é o que efetivamente determina o resultado. Para torná-la mais flexível, criou-se o critério da necessidade ou inevitabilidade, para ser adicionado ao da relação direta e imediata, criando-se a chamada subteoria da necessidade. Assim, dentro de certos limites, admite-se a indenização dos danos indiretos e mediatos quando se considerar que o antecedente era necessário ou decisivo para a produção do dano (MOREIRA, 2010, p. 420-420).

21. É essa última teoria que, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 130 764 (Rel. Min. Moreira Alves, DJ 07/08/1992), prevalece em nosso ordenamento jurídico para definir o nexos causal da responsabilidade civil, contratual e extracontratual, inclusive do Estado. O caso tratou de ação indenizatória ajuizada contra o Estado do Paraná em virtude de assalto praticado por quadrilha que contava entre seus membros com um presidiário fugitivo de prisão estadual. A alegação para responsabilizar o Estado era de que a causa do assalto teria sido a omissão da qual resultou a fuga do preso e a sua permanência em liberdade por quase dois anos. O STF negou a indenização, por considerar que o fato imputado ao Estado não foi a causa direta e imediata do dano, pois nem o roubo foi efeito direto e imediato da fuga de um de seus autores, foragido há quase dois anos, nem o dano decorrente do assalto foi efeito necessário da omissão da autoridade pública.

22. No que diz respeito ao ressarcimento por danos causados ao erário, a jurisprudência deste Tribunal tem dado preferência à teoria da causalidade adequada (1.600/2014 e 723/2017, do Plenário) ou à teoria do dano direto e imediato (Acórdãos 3.592/2018 e 1.501/2018, da 1ª Câmara e 1.721/2016 do Plenário), derivada da primeira, utilizando-se, por vezes, de ambas (Acórdãos 362/2015, 1.044/2014, e 4.964/2009 do Plenário).

[...]

24. Mais recentemente, nos Acórdãos 1.501/2018-TCU-1ª Câmara e 1.721/2016-TCU - Plenário, ambos da relatoria do ilustre Ministro Benjamin Zynler, adotou-se a teoria do dano direto e imediato ou da interrupção do nexu causal, em detrimento da teoria da equivalência das causas e da teoria da causalidade adequada. Do último, vale destacar o seguinte excerto: [...]

25. Pessoalmente, embora não me pareça o caso de se excluir por completo a teoria da adequação, da qual a teoria do dano direto e imediato nada mais é do que uma derivação, alinho-me ao posicionamento daqueles que defendem a prevalência dessa última. Isso porque, além de encontrar respaldo no art. 403 do Código Civil de 2002, é a teoria mais aceita pela jurisprudência pátria no que diz respeito à reparação de danos, parecendo-me, também, a que, do ponto de vista prático, melhor soluciona o problema. Adicionalmente, para evitar os riscos apontados pela doutrina no uso da concepção mais restrita dessa teoria, entendo necessário conjugá-la com o critério da necessidade, conforme acima explicado.

26. Assim, nos casos em que o dano decorre de um conjunto de causas, não se podendo apontar uma única causa para sua ocorrência, deve-se, para estabelecer o nexu causal, verificar se a conduta possui relação direta e imediata com o dano bem como se ela foi decisiva e necessária para sua ocorrência.

(Grifou-se).

Essa sofisticação na forma de compreender o nexu causal pode abrir possibilidades de alteração substancial da responsabilidade.

No mencionado **Acórdão TCU nº 2760/2018 - Plenário**, a omissão dos agentes superiores no exercício da supervisão hierárquica, embora pudesse ter contribuído para a ocorrência das irregularidades, “não pode ser considerada causa direta, imediata e determinante para a concretização do prejuízo ao erário”:

37. Ocorre que, sob o prisma da teoria do dano direto e imediato, não vislumbro nexu de causalidade entre tais condutas e o dano apurado nos autos, decorrente da realização de pagamentos sem a comprovação da entrega dos bens adquiridos. Isso porque a falta de supervisão do Projeto Suporte pelo Ministério da Saúde, embora, indiretamente, possa ter contribuído para as irregularidades perpetradas no âmbito do Into, não pode ser considerada causa direta, imediata e determinante para a concretização do prejuízo ao erário. Seria, no mínimo, forçoso estabelecer essa relação de causalidade de modo a afirmar que a conduta omissiva desses gestores no Ministério da Saúde foi decisiva para a ocorrência dos pagamentos indevidos no Into.

(Grifou-se).

Já no **Acórdão TCU nº 1721/2016 - Plenário**, a conduta omissiva dos agentes no exercício do controle foi qualificada como causa determinante do resultado dano. Transcreve-se:

70. Segundo a teoria da interrupção do nexu causal, entre as várias circunstâncias a que se reporta o resultado, causa é aquela necessária e mais próxima à ocorrência daquele. Nessa linha de raciocínio, entendo que, na presente situação concreta, o dano ao erário foi diretamente causado

pela conduta omissiva dos agentes administrativos encarregados de supervisionar e gerenciar a obra, os quais, primeiramente, se abstiveram no dever de acompanhar a obra e evitar a sua execução em desconformidade com o contrato e, posteriormente, atuaram no sentido de viabilizar a assinatura do Termo Aditivo 3/2003 sem apontar a necessidade de promoção do reequilíbrio econômico-financeiro da avença.

71. Dessa forma, na medida em que as suas condutas individuais foram determinantes para a ocorrência do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, compreendo que os Srs. [...], [...], [...], na condição de Diretores de Obras e Secretários de Obras, estão diretamente envolvidos na cadeia causal do dano ao Erário, razão pela qual julgo presente o primeiro pressuposto para a responsabilização.

(Grifou-se).

Retomando o estudo do **Acórdão TCU nº 2760/2018-Plenário**, há outra observação interessante a ser feita.

Nesse julgado, a responsabilidade do assessor jurídico em relação ao débito foi excluída. Embora este agente tenha emitido parecer jurídico com *erro grosseiro na fase licitatória* e ainda que, reconhecidamente, essa conduta possa, indiretamente, ter concorrido para o resultado *dano*, o julgador ponderou que este resultado teria sido causado, de forma direta, **durante a execução do contrato**, de molde que não estaria configurado nexos causal suficiente entre aquele e o parecer lançado, anteriormente, na licitação:

29. Ressalto que a linha de raciocínio adotada pela secretaria instrutora para propor a citação desses agentes públicos, embora sem mencionar expressamente, se aproxima da teoria da equivalência dos antecedentes causais, cuja aplicação, como explicado, não é aceita pelo ordenamento jurídico pátrio como parâmetro para definir a responsabilidade pela reparação de danos causados a outrem.

30. Sob o enfoque da teoria do dano direto e imediato, irregularidades ligadas apenas à fase de liquidação da despesa, como é o caso do pagamento sem a comprovação do recebimento do bem, não podem ser atribuídas a quem sequer participou da execução do contrato.

[...]

32. Disso, considero indevida a citação do Assessor Jurídico do Into, [*omissis* 1], pelo débito apurado nos autos (subitem iv da proposta formulada pela Secex-RJ). A conduta a ele atribuída, de emitir parecer com erro grosseiro autorizando a assinatura de contrato, desconsiderando as ilegalidades evidenciadas pela Advocacia-Geral da União, não foi causa necessária e direta das irregularidades que resultaram em dano ao erário. O fato de a licitação ser eivada de vícios não é determinante para a ocorrência de falhas na execução contratual. Por outro lado, a realização de pagamentos indevidos pode ocorrer independentemente de qualquer falha no processo licitatório.

(Grifou-se).

Observe que o julgador diferenciou as duas dimensões de resultado: *não aderência* e *dano*. A conduta do assessor jurídico, marcada por erro grosseiro,

embora caracterize uma *não aderência* e possa ser considerada, no conjunto, como fator contributivo, em alguma medida, ao resultado *dano*, não foi considerada “determinante” para a consumação deste resultado, que, na leitura feita, poderia “ocorrer independentemente de qualquer falha no processo licitatório”.

Por isso, o julgador excluiu a responsabilidade para fins de débito, mas determinou a audiência do agente¹³⁰, que poderá ser responsabilizado pela conduta na dimensão do resultado da *não aderência*, incidindo, por conseguinte, multa.

Como se pode perceber, são particularidades que permitem diferentes conclusões a depender da adoção de uma ou outra perspectiva teórica.

Vejamos outro exemplo.

Imagine a realização de um pregão com as seguintes ocorrências: **(i)** a pesquisa de preço não foi feita adequadamente e as referências continham divergência (não muito significativa, porém em grau que já não a tornava aceitável) em relação aos preços de mercado e contratações públicas; **(ii)** o parecer do assessor sinalizou a inserção de exigência clara e gravemente restritiva, sendo razoável inferir que esta exigência tenha a aptidão de reduzir relevantemente o número de participantes no certame; **(iii)** as duas empresas que acorreram ao certame, percebendo que os preços de referência estavam superiores e percebendo o cenário de baixa competição, desenvolveram as suas propostas a partir de patamares sensivelmente superiores aos praticados pelo mercado e contratações públicas; **(iv)** apesar de ter havido alguma competição entre ambas, a proposta que restou vencedora continha divergência muito desbordante ao patamar praticado naquele segmento; **(v)** supondo-se que, ao final, ocorreu a homologação sem detecção de vícios e que o contrato seguiu sendo executado com valores superfaturados até a auditoria constatar essas ocorrências. **Pergunta-se: sob a perspectiva do nexo de causalidade, quais agentes seriam responsabilizados e como o seriam?**

¹³⁰ Transcreve-se: “9.3. com fundamento no art. 250, inciso IV, do Regimento Interno/TCU, determinar a audiência dos destinatários abaixo indicados, para que, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da notificação, apresentem, se desejarem, razões de justificativa pelas seguintes ocorrências: 9.3.1. [omissis 1], Assessor Jurídico do Into no período de 2/3/2007 a 9/7/2010, por ter emitido parecer com erro grosseiro autorizando a assinatura do Contrato 075/2008, desconsiderando as ilegalidades evidenciadas pela Advocacia-Geral da União Pregão Presencial 135/2008, como, por exemplo, falta de justificativa suficiente para a realização de pregão presencial e exigência indevida de carta de solidariedade, com infração ao disposto no parágrafo único e inciso VI do art. 38 da Lei 8.666/1993, c/c o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal”. (Grifou-se).

Sob a perspectiva da **teoria da equivalência dos antecedentes causais**, seria razoável a probabilidade de que o julgador concluísse pela fixação de multas e, em relação ao débito, pela responsabilização solidária de todos os agentes públicos que atuaram na fase licitatória - contribuindo, em maior ou menor grau, à desvantajosidade da contratação - juntamente com o agente privado (empresa), que tirou proveito do contexto e propôs preço sabidamente destoante do praticado¹³¹;

Sob a perspectiva da **teoria da causalidade adequada**, a decisão provavelmente imputaria o débito a partir de critérios mais refinados, circunscrevendo-o apenas aqueles agentes cujas condutas fossem qualificadas como operativamente ou probabilisticamente mais relevantes ou aptos à produção do resultado *dano*. Assim, por exemplo, o julgador poderia entender que, diante da baixa detectabilidade dos vícios, a responsabilidade do agente que fez a homologação do certame devesse ser afastada; que a conduta do agente responsável pela pesquisa de preço (pelo seu baixo grau de divergência) possa ser considerada fator causal ineficiente à determinação do resultado *dano*, podendo, contudo, esta *não aderência* ser punível com multa; por fim, que as causas determinantes do *dano* seriam, efetivamente, o parecer do assessor jurídico (que acarretou um cenário de significativa limitação do competitivo) e a proposta altamente desbordante que foi ofertada pela empresa (a qual obteve proveito econômico a partir de uma proposta mercadologicamente desvantajosa para a Administração)¹³². Logo, sob esta lente de causalidade, seria muito razoável esperar que o julgador circunscrevesse a imputação do débito à empresa e ao assessor jurídico, de forma solidária, aplicando multa a este último (como também aos demais agentes públicos)¹³³.

¹³¹ Sobre a responsabilidade da empresa nessas situações, vide a abordagem feita no item 3.11. Transcreve-se apenas um julgado nesse sentido: "ainda que o preço orçado pela administração esteja acima dos valores passíveis de serem praticados no mercado, têm as empresas liberdade para oferecerem propostas que sabem estar de acordo com os preços de mercado. Não devem as empresas tirar proveito de orçamentos superestimados, elaborados por órgãos públicos contratantes [...]". (**Acórdão TCU nº 2.262/2015-Plenário**). (Grifou-se).

¹³² Sobre a responsabilidade da empresa decorrente de proveito econômico por preço divergente do preço de mercado em razão de falha na licitação, vide nota *retro* e vide o item 3.11.

¹³³ No âmbito do TCU, há o entendimento de que multa por violação de normas de administração financeira e orçamentária não seriam aplicáveis às pessoas jurídicas contratadas. Nesse sentido: "A multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/92 não é aplicável a empresas e a terceiros que fraudam certame licitatório, destinando-se aos gestores de recursos públicos". (**Acórdão TCU nº 1975/2013 - Plenário**).

Já sob a perspectiva da **teoria do dano direto e imediato ou interrupção do nexo causal** (em sua versão genuína, sem os temperamentos da “necessariedade” e “inevitabilidade” antes mencionados), poder-se-ia chegar a uma decisão na qual as dimensões de resultado (*dano* e *não aderência*) seriam mais enfaticamente divisadas. Assim, o julgador poderia entender que a causa *próxima* e *direta* do resultado *dano* seria, especificamente, a conduta da empresa de tirar proveito por meio de contratação gravemente desbordante¹³⁴, oriunda de licitação com vícios, e não as condutas dos agentes públicos. As condutas destes, por sua vez, inobstante configurem *não aderência* punível com multa, não seriam qualificadas, sob a lente teórica aqui utilizada, como *causa direta* do resultado *dano* a justificar o débito. Isso porque, mesmo com o erro na pesquisa de preços e na definição da referência e mesmo com o parecer orientando a inserção de exigência restritiva, o certame poderia ter se desenvolvido com competitivo mais acirrado ou, ainda que limitado, comportamento das empresas licitantes poderia (e, aliás, deveria) ter sido outro.

Ou seja, a despeito dos erros dos agentes públicos, a contratação poderia ter ocorrido com preço em patamar adequado se as empresas participantes, em reverência ao primado legal da vantajosidade para a Administração, apresentassem as propostas com valores abrangidos na banda espectral praticada nas contratações com aquele segmento. Por conseguinte, o resultado poderia não ser necessariamente aquele. Assim o foi em decorrência da conduta da empresa. Ou seja, a conduta antijurídica da empresa interrompeu o nexo causal, atuando como a causa *próxima* e *direta* da ocorrência do resultado. Nesse raciocínio, ter-se-ia a fixação do débito exclusivamente em relação à empresa, punindo-se os agentes públicos com multa.

Competirá ao julgador, em cada caso, firmar, fundamentadamente, o seu convencimento. A articulação dessas diferentes perspectivas teóricas da causalidade pode ser útil, não só para guiar a operação mental envidada na formação de um juízo conclusivo, como também para robustecer a juridicidade da decisão produzida.

¹³⁴ Sobre a responsabilidade da empresa decorrente de proveito econômico por preço divergente do preço de mercado em razão de falha na licitação, *vide* notas anteriores e *vide* o item 3.11.

Em resumo, há diferentes teorias que explicam o *nexo causal*. Para a *teoria da equivalência dos antecedentes causais*, todas as *condições* e *circunstâncias* que tenham concorrido para produzir o dano são consideradas *causa* deste; na *teoria da causalidade adequada*, a *causa* é a *condição* apta, própria, relevante ou adequada a produzir um evento segundo o que ordinariamente acontece; já a *teoria do dano direto e imediato ou interrupção do nexos causal*, por sua vez, confere maior enfoque à *causa* mais *próxima*, que seja considerada *direta* e *necessária* ao resultado, excluindo-se da cadeia outras condições e circunstâncias anteriores. A jurisprudência do TCU preconiza a aplicação da denominada *teoria do dano direto e imediato ou interrupção do nexos causal*, embora, na prática, haja uma aplicação combinada com outras teorias. É possível perceber que diferentes conclusões são obtidas a depender da perspectiva de causalidade que for adotada.

4.4. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

A *responsabilidade solidária* é a sujeição passiva de duas ou mais pessoas a uma obrigação. Assim, o credor pode exigir de um ou de algum dos devedores, parcial ou totalmente, o pagamento da integralidade da dívida, podendo, inclusive, renunciar à solidariedade em favor de um, de alguns ou de todos os devedores, assistindo ao devedor que satisfaz a dívida por inteiro o direito de exigir de cada um dos codevedores a sua quota¹³⁵.

No âmbito da jurisdição de contas, a *solidariedade* é amplamente aplicada, encontrando matriz originária na abrangência subjetiva ampla defluída dos artigos 70, parágrafo único, e 71, II, da Constituição Federal e, em nível infraconstitucional, nos artigos 264, 927 e 942 do Código Civil¹³⁶, além de constar, também, nas leis

¹³⁵ Trecho da redação extraído do **Acórdão TCU nº 387/2008 - Plenário**.

¹³⁶ Segue a reprodução dos referidos artigos: “Art. 264. Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda. Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.

orgânicas e normas regimentais de alguns tribunais de contas¹³⁷.

Para ilustração quanto à aplicabilidade do instituto, tanto entre *agentes públicos*, como entre estes e *agentes privados*, inclusive *empresas*, colhe-se da jurisprudência do TCU:

Todos os que concorrerem para o cometimento de dano ao erário podem ser responsabilizados solidariamente, independentemente da existência de dolo ou má-fé, bastando a presença do elemento culpa, além do nexo de causalidade entre a ação omissivo-comissiva e o dano constatado. (**Acórdão TCU nº 3694/2014 - Segunda Câmara**).

A pessoa jurídica de direito privado destinatária de transferências voluntárias de recursos federais feitas com vistas à consecução de uma finalidade pública responde solidariamente com seus administradores pelos danos causados ao erário na aplicação desses recursos. (Súmula TCU nº 286).

Na hipótese de ocorrência de dano ao erário, de responsabilidade solidária entre agente público e empresa contratada, julgam-se irregulares somente as contas do primeiro, condenando-se ambos ao ressarcimento do prejuízo causado. (Acórdão TCU nº 5796/2014 - Segunda Câmara).

Contudo, há questões que podem gerar dúvidas, especialmente no âmbito processual. Por exemplo: **é necessário o chamamento de todos os responsáveis solidários? O preterimento de algum deles não causaria nulidade ao processo?**

O entendimento do TCU tem sido no sentido de que, por ser benefício dado

¹³⁷ Oportuno registrar que, a partir de minucioso trabalho, a Comissão de Estudos sobre Responsabilização, constituída pela Portaria nº 1319/2018 (com Relatório lançado no Processo Administrativo nº 122-0200/18-0), concluiu que seria possível a aplicação do instituto da solidariedade nos processos da Casa. Transcreve-se: “Convém ainda frisar que, logo no início das discussões travadas pela presente Comissão, chegou-se ao consenso de que o ordenamento vigente – Constituição da República – CRFB, Constituição Estadual – CE, Lei Orgânica – LO, Código Civil – CC – permitiria, de plano, a responsabilização de subordinados pelo TCE-RS, de forma solidária ou individual, independentemente do procedimento de tomada de contas especial. Explica-se: tal compreensão decorre do fato de que a CRFB/88, em seu art. 70, parágrafo único, e 71, inciso II, permite, de modo automático, a imputação de penalidades e a fixação do dever de ressarcimento para além dos Chefes de Poderes ou das autoridades máximas de entidades. A Lei Orgânica do TCE-RS não trata do tema de forma diversa, já que, em seu art. 34, elencou de modo detalhado todos aqueles que se submetem à jurisdição do Tribunal. Ainda, após discussão da matéria nas reuniões realizadas pela Comissão, entendeu-se, também, que a solidariedade prevista na legislação civil, extraída da leitura sistematizada dos arts. 264, 927, 942 (*caput* e parágrafo único) do Código Civil (CC), deve ser aplicada, de forma subsidiária, aos atos administrativos julgados como ilegais/irregulares por esta Corte”. (Grifou-se). Raciocínio semelhante compôs o Enunciado 558 da VI Jornada de Direito Civil (2013) ao afirmar a possibilidade de imputação de responsabilidade solidária de agentes no âmbito da reparação prevista na Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/1992), embora o texto legal não traga previsão expressa: “São solidariamente responsáveis pela reparação civil, juntamente com os agentes públicos que praticaram atos de improbidade administrativa, as pessoas, inclusive as jurídicas, que para eles concorreram ou deles se beneficiaram direta ou indiretamente”. Nesse sentido, aliás, é pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (vide REsp nº 1.119.458-RO, 1a. Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe de 29.4.2010; AgRg na MC no. 15.207-RJ, 2a. Turma, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe de 18.9.2009).

ao credor (neste caso, o Estado), a eventual ausência de chamamento de outros responsáveis **não constitui nulidade processual**, devendo, neste caso, o responsabilizado, se assim entender, buscar ressarcimento pessoal perante os demais responsáveis mediante ação regressiva.

Assim, “o argumento de que há outros servidores culpados pela irregularidade não ampara o recorrente porque a sua responsabilidade independe da existência ou não de outros culpados pela irregularidade. Cada qual deve responder por sua conduta” (**Acórdão TCU nº 335/2003 - Plenário**).

Vejamos alguns julgados:

Eventual ausência de chamamento de outros responsáveis solidários pelo TCU não constitui nulidade processual, não obstando, portanto, a imputação do débito ao agente devidamente citado, o qual, querendo, poderá requerer em juízo ressarcimento pessoal por meio de ação regressiva. (**Acórdão TCU nº 2825/2017 - Primeira Câmara**).

Nos processos de controle externo a solidariedade passiva é benefício do Estado-autor, a quem, na condição de credor, é facultado exigir de um ou de todos os devedores a integralidade da dívida (arts. 275, 282 e 283 do Código Civil). Logo, o litisconsórcio necessário não configura direito subjetivo do responsável citado, não havendo que se falar em prejuízo processual e aos interesses do recorrente por ele permanecer isoladamente no polo passivo do processo. (**Acórdão TCU nº 842/2017 - Plenário**).

Não há necessidade de chamamento, no processo de controle externo, de todos os corresponsáveis por débito perante o erário, uma vez que o instituto da solidariedade passiva é benefício conferido pelo legislador ordinário ao credor, que pode exigir de um ou de alguns dos devedores o pagamento da integralidade da dívida. (**Acórdão TCU nº 1337/2017 - Plenário**).

O TCU não está impedido de atribuir responsabilidade exclusivamente a um dos devedores solidários, que, se assim entender, pode entrar com ação regressiva contra os demais, pois a solidariedade passiva é instituto que visa a favorecer o credor, que pode exigir de um ou de todos os devedores a integralidade da dívida. (**Acórdão TCU nº 6398/2015 - Segunda Câmara**).

Com arrimo na mesma premissa (ser um benefício dado ao credor), há decisões do TCU no sentido de que é possível, inclusive, **excluir sujeitos do polo passivo do processo** diante de dificuldades de identificação e localização e dos custos envolvidos:

O instituto da solidariedade passiva faculta ao Tribunal excluir empresa de responsabilidade solidária por débito, em razão de dificuldades para localizá-la. (**Acórdão TCU nº 598/2009 - Plenário**).

É facultado ao TCU desconsiderar a solidariedade pelo débito, em face do alto custo de identificação e localização de terceiros envolvidos, ante a baixa expectativa de sucesso na cobrança dos valores devidos. (**Acórdão TCU nº 325/2013 - Plenário**).

É importante salientar que a *solidariedade* se dá, apenas, em relação à

responsabilidade financeira reintegratória (débito) e não em relação à sancionatória (multas), devendo essa responsabilidade ser individual, conforme a culpabilidade de cada agente.

Em resumo, a *responsabilidade solidária* é a sujeição passiva de duas ou mais pessoas a uma obrigação. Na jurisdição de contas, a *solidariedade passiva* é amplamente aplicada. A jurisprudência entende que, por ser benefício legal dado ao credor, não é necessário o chamamento de todos os responsáveis ao processo, cabendo ao responsabilizado buscar ressarcimento pessoal mediante ação regressiva a ser movida perante os demais responsáveis. Também por essa premissa, pode haver a exclusão de sujeito passivo da relação processual, em casos, por exemplo, de dificuldade de identificação ou localização. Por fim, a solidariedade se aplica apenas à responsabilidade financeira reintegratória (débito) e não à sancionatória (multas).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num apanhado geral, vimos como a questão da responsabilização de agentes perante tribunais de contas foi compreendida no período anterior e posterior à Constituição Federal de 1988 e como a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), na falta de normas específicas, teve de buscar em outros ramos do direito os critérios para tanto, o que culminou no entendimento, atualmente dominante, de que a responsabilidade aplicada é de natureza subjetiva.

Vimos que a “matriz de responsabilização” é um instrumento importante na experiência dos tribunais de contas, que congrega, sinteticamente, informações necessárias à imputação de responsabilidade, auxiliando o auditor no desenvolvimento de seu raciocínio técnico-jurídico.

Conhecemos parte substancial da jurisprudência do TCU, no que concerne à responsabilização daqueles agentes cujas condutas costumam ser relevantes para a jurisdição de contas, e buscamos compreender a lógica que orienta aqueles entendimentos mais sedimentados.

Por fim, abordamos temas mais avançados, como o cabimento de excludentes de responsabilidade; as repercussões do art. 28 da Lei nº 13.655/2018; as teorias aplicáveis ao nexo de causalidade e alguns aspectos da responsabilização solidária.

Como anunciado nas primeiras páginas, o tema é complexo e exigirá estudo.

Esperamos que este material tenha cumprido o seu objetivo de expor o conteúdo da forma mais simples e didática possível, visando propiciar a compreensão de todos os que lidam com o controle externo, independentemente da área de formação acadêmica.

O esforço empreendido no estudo do tema representará, certamente, um contributo relevante ao aprimoramento da jurisdição de contas em sua desafiadora missão de corrigir, com lucidez, o gestor despreparado; punir, com severidade, o que comete malversação; e estimular, com a justiça, o bom agente público.