



Universidade de Brasília - UnB

Faculdade de Direito

Leonardo Moreira Figueira

CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR PARTE DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU): O CONTROLE EXTERNO NO
CONTEXTO NEOCONSTITUCIONAL

Brasília
2014

Leonardo Moreira Figueira

CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR PARTE DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU): O CONTROLE EXTERNO NO
CONTEXTO NEOCONSTITUCIONAL

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília (UnB),
como requisito parcial à obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Othon de Azevedo Lopes

Brasília
2014

Leonardo Moreira Figueira

CRITÉRIOS DE IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR PARTE DO
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU): O CONTROLE EXTERNO NO
CONTEXTO NEOCONSTITUCIONAL

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília (UnB),
como requisito parcial à obtenção do título de
Bacharel em Direito, aprovada com conceito
SS.

Brasília, 15 de dezembro de 2014.

Professor Dr. Othon de Azevedo Lopes

Professor orientador – FD/UnB

Prof. Ms. Francisco Schertel Ferreira Mendes

Examinador – FD/UnB

Prof. Ms. Bruno Rangel Avelino da Silva

Examinador – FD/UnB

Resumo

A reconstitucionalização brasileira de 1988 assinalou o ingresso do país no chamado modelo neoconstitucionalista, em que a defesa do indivíduo frente ao Estado deixa de competir ao Código Civil para, enfim, constitucionalizar-se. Assim, cumpre a cada intérprete do Direito – entre os quais se incluem as entidades públicas administrativas – reconhecer força normativa plena e imediata aos princípios, direitos e garantias encartados na Constituição, máxime seu pilar capital: a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, cabe investigar se o Tribunal de Contas da União tem acompanhado essa mudança paradigmática no exercício de sua função constitucional, mais especificamente em seu dever de imputar responsabilidade a agentes públicos e privados. A responsabilização em geral, e a responsabilização jurídica em particular, consiste em prática social cuja definição de contornos deve submeter-se a processo dialógico. No caso da responsabilidade jurídica, tal como promovida pelo TCU, nota-se sua aferição via elementos ou requisitos consagrados: conduta, dano e causalidade – cuja ulterior definição, nível de precisão, forma de comprovação etc. variam sobremaneira entre os campos punitivos e ressarcitórios (variando, inclusive, a necessidade de constatação de todos esses elementos). Tendo em mente que os processos em trâmite no Tribunal de Contas da União frequentemente ostentam natureza dúplice – a saber, a um tempo reparatória e punitiva –, torna-se imprescindível conciliar os requisitos de uma e de outra vertente, de modo que não se lesione garantias individuais inafastáveis. Conclui-se que a responsabilização no âmbito do Tribunal de Contas da União, malgrado padecer de recorrente vezo civilista – sobressaindo-se, nesse campo, o recurso às antigas modalidades de culpa presumida (*in elegendis* e *in vigilando*) –, tem por fundo conceitos e noções afeitos ao direito repressivo, no que se assemelha, conforme lição de Fábio Medina Osório, ao Direito Administrativo Sancionador espanhol.

Palavras-chave: Responsabilidade Jurídica. Tribunal de Contas da União. Controle Externo. Neoconstitucionalismo. Direito Administrativo sancionador.

Sumário

Introdução	1
1. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana	6
2. Responsabilidade Jurídica	27
3. O Tribunal de Contas da União e a imputação de responsabilidade	54
4. Considerações finais	79
Anexo I – Matriz de Responsabilização (Portaria Segecex 26/2009)	84
Anexo II – Orientações para elaboração da Matriz de Responsabilização (Portaria Adplan 1/2010)	86
Referências bibliográficas	93

Introdução

O sistema jurídico dos países de tradição romano-germânica tem evoluído, desde o pós-guerra, no sentido de superar o modelo “paleo-iuspositivista del *Estado legislativo de Derecho* (o *Estado legal*)”¹ em direção ao paradigma “neo-iuspositivista del *Estado constitucional de Derecho* (o *Estado constitucional*)”². Desde a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil tem adentrado esse novo paradigma – dito neoconstitucionalista –, segundo o qual a nenhuma instituição é dado esquivar-se à efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados³. Assim, cabe investigar se o Tribunal de Contas da União (TCU), entidade de *status* constitucional de pronunciado relevo no controle da administração pública, tem acompanhado tal mudança paradigmática em sua atuação junto a administrados e administradores⁴.

A supremacia constitucional surge como requisito de unidade do sistema jurídico⁵, defluindo “da norma fundamental, fator determinante de validade de toda a ordem jurídica”⁶. Ao garantir unidade ao sistema, tal supremacia impõe a ampla aplicação dos princípios da Constituição, vinculando, em sua atuação, “o legislador ordinário, (...) o juiz, o intérprete, os órgãos administrativos, o cidadão; enfim, todos os operadores e destinatários do direito”⁷.

O paradigma neoconstitucionalista, entabulado entre nós a partir da reconstitucionalização de 1988, tem por base teórica o pós-positivismo⁸ – o qual, a seu

¹ FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. (pp. 13-29.) In Miguel Carbonell (org.). Neoconstitucionalismo(s). 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 14 (grifado no original).

² FERRAJOLI (op. cit., p. 14 – grifado no original). Note-se que, nesse ponto, acompanhamos o posicionamento de Ferrajoli na seguinte controvérsia: “Dentro de la teoría neoconstitucionalista, por otro lado, se asiste a la formación de dos tendencias contrapuestas de pensamiento: mientras algunos de sus exponentes entienden que aquella no es más que la continuación, con el mismo método pero con un objeto (parcialmente) modificado, del iuspositivismo, otros sostienen por el contrario que las transformaciones del objeto de investigación comportan la necesidad de un cambio radical de metodología, y que por tanto el neoconstitucionalismo presenta diferencias cualitativas respecto al iuspositivismo teórico.” (COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. p. 83. In Miguel Carbonell (org.). Neoconstitucionalismo(s). 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. pp. 75-98).

³ Segundo a ideia de HÄBERLE (1997 *apud* BARROSO, 2013a: 126): “Propõe-se, pois, a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”.

⁴ Com propriedade, argumenta-se que “Cabe essencialmente à doutrina[no entanto,] o trabalho de analisar a forma pela qual os institutos jurídicos nacionais devem ser interpretados à luz da normativa constitucional para oferecer instrumentos argumentativos, lógicos e racionais, de modo a (...) ampliar a efetivação dos princípios superiores que os inspiram”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de Direito Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Reonar, 2010. p. V).

⁵ Cujas demais características – a coerência e a completude – são endereçadas, respectivamente, pelo sistema de solução de antinomias e pelo preenchimento de lacunas aparentes (MORAES, op. cit., p. 23).

⁶ MORAES, op. cit., p. 23.

⁷ MORAES, op. cit., p. 26.

⁸ O pós-positivismo será comentado mais adiante neste trabalho. Por ora, registre-se apenas que se trata da “designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica* e a teoria dos direitos fundamentais” (BARROSO, 2013a: 120 – grifado no original).

turno, reconhece: 1) a normatividade dos princípios como vetores axiológico-deontológicos; 2) a *filtragem constitucional* como exigência hermenêutica; e 3) a consagração dos direitos fundamentais, enfeixados em torno do princípio da dignidade da pessoa humana⁹. Superam-se, assim, o estatismo, o legiscentrismo e o formalismo interpretativo característico do “iuspositivismo teórico de matriz decimonônica”¹⁰.

Dessa forma, o contexto constitucional brasileiro, vigente nos últimos 25 anos, exige de seus operadores jurídicos – cuja “grande maioria (...) se graduou no auge do positivismo”¹¹ – que orientem seus discursos de aplicação¹² em estreita harmonia aos mandamentos nucleares dimanados da Constituição, máxime pelo preceito informador de todo o sistema: a dignidade da pessoa humana, “pedra de toque que permite que a ordem jurídica em tais Estados [Democráticos de Direito] estruture-se num permanente equilíbrio entre a força e a sua aceitação”¹³.

Assim, tem-se que os princípios jurídicos, os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana – “última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social”¹⁴ – desempenham papel fundamental na operação do Direito em geral e no processo de imputação de responsabilidade em particular. Com efeito, Othon de Azevedo Lopes nos recorda que

A exemplo do que acontece com o próprio Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana é um conceito central para a compreensão da responsabilidade. Ser responsável juridicamente equivale a ser tratado como um fim em si mesmo e ser dotado de autonomia ética para conduzir a sua própria vida com sentido. Por isso, a responsabilidade e a dignidade das pessoas humanas apresentam-se como idéias que se pressopõem e só podem ser entendidas relacionadamente.¹⁵

A responsabilidade reconhecidamente “assumiu papel central na ordem jurídica”¹⁶, tendo “se tornado um “conceito-chave das sociedades ocidentais contemporâneas”¹⁷. Em uma primeira abordagem, pode-se definir provisoriamente a responsabilidade como sendo “the idea that people can in large measure be expected to

⁹ Diante da relação constitutiva entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, pode-se afirmar que “A dignidade da pessoa humana indica que ser sujeito jurídico significa possuir uma esfera de direitos subjetivos fundamentais” (LOPES, Othon de Azevedo. Responsabilidade Jurídica. Horizontes, Teoria e Linguagem. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 250).

¹⁰ COMANDUCCI (op. cit., p. 83).

¹¹ MORAES, op. cit., p. V.

¹² Segundo o pensamento de Günther, a concreção dos princípios, máxime em caso de colisão entre eles, exige “(...) um discurso de justificação, que permita fundamentar a preferência de um princípio em detrimento de outro princípio que na hipótese atua de forma concorrente”. (GÜNTHER, Klaus. Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação *apud* MORAES, op. cit., p. III).

¹³ LOPES (op. cit., p. 252).

¹⁴ SARLET, Ingo. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 15.

¹⁵ LOPES (op. cit., p. 27).

¹⁶ *Idem*, p. 37.

¹⁷ Segundo diagnóstico que PÜSCHEL e MACHADO atribuem a Klaus Günther. (PÜSCHEL, Flávia Portella. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (orgs.). Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito. Textos de Klaus Günther. Série Direito em Debate – Direito, Desenvolvimento, Justiça. São Paulo: Saraiva, 2009. p. VIII.)

respect each other's limits. When people fail to behave responsibly, they can rightly be held responsible for the results"¹⁸. Outra definição igualmente singela que, todavia, logra captar outros aspectos da responsabilidade em sentido largo pode ser formulada como se segue:

A more realistic understanding of being responsible, one that better matches what most people think, might go something like this: a responsible person tries to deliberate about options before acting, makes choices that seem to be the best for all affected, and worries about how the consequences of his or her actions may adversely affect others.¹⁹

A simplicidade desses enunciados, todavia, pouco permite entrever que a responsabilidade jurídica constitui prática social com significado próprio, cujo sentido não se esgota na vinculação entre conduta e reação estatal²⁰ – cisão discursivamente estabelecida por Klaus Günther e que permite que, neste trabalho, se comente apenas a teoria da responsabilidade, sem se incursionar na teoria das penas. Sobre esse sentido, adotamos a perspectiva de que:

A responsabilidade é o palco central para a contenção, limitação e, sobretudo, legitimação do uso da violência no direito. As sanções e as penas, sintetizadas no uso da força, são claramente um dos pólos de tensão da responsabilidade, ao lado do dever. O papel da responsabilidade é legitimar a violência conectando-a [a responsabilidade] ao dever, como possibilidade de adesão voluntária a uma ordem²¹.

De todo modo, diante dos renovados requisitos de legitimidade do Direito no contexto neoconstitucional, em que se reafirma a promessa emancipatória da autodeterminação, torna-se imprescindível reavaliar “o que efetivamente autoriza a atribuição de culpa em caso de mau uso da liberdade”²². Essa conexão entre autonomia e responsabilidade, todavia, não é trivial e merece ser examinada antes que se possa definir critérios de responsabilidade consentâneos ao Estado Democrático de Direito.

Nessa avaliação necessariamente se inclui a análise, ainda que de forma abreviada, daquilo que se entende por elementos da responsabilidade (*Verantwortung*) e

¹⁸ RIPSTEIN, Arthur. *Equality, Responsibility and the Law*. Cambridge Studies in Philosophy and Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 12.

¹⁹ NUSSBAUM, Martha C. Foreword. (p. xiii) *In* YOUNG, Iris Marion. *Responsibility for Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2011. (pp. ix-xxv).

²⁰ Cf. GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na Sociedade Civil. (p. 20) *In* PÜSCHEL, Flávia Portella. MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (orgs.). *Teoria da Responsabilidade no Estado Democrático de Direito*. Textos de Klaus Günther. Série Direito em Debate – Direito, Desenvolvimento, Justiça. São Paulo: Saraiva, 2009. (pp. 1-26). Segundo PÜSCHEL e MACHADO (op. cit., p. XXIII), a desnaturalização do vínculo entre imputação de responsabilidade e pena, operada por Klaus Günther, coloca no horizonte (mesmo no Direito Penal) a possibilidade de alternativas à pena entendida como infligência de um mal, abrindo espaço para outras formas de intervenção do Estado.

²¹ LOPES, op. cit., p. 268.

²² PÜSCHEL e MACHADO (op. cit., p. XVII).

da responsabilização (*Verantwortlichkeit*). Assim, importa investigar, quanto aos requisitos tradicionalmente associados à responsabilização – conduta humana, dano, causalidade e culpa (aqui analisada apartadamente da conduta) –, as semelhanças e diferenças encontráveis nos diversos ramos do Direito e, em especial, as particularidades na responsabilização imputada em sede do controle das contas públicas.

Em suma, mesmo cientes da complexidade do tema face às limitações de espaço e escopo deste estudo, tem-se por inarredável a tarefa de contextualizar histórica e conceitualmente o fenômeno da responsabilidade jurídica e seus contornos, bem assim seus elementos e aporias, para enfim adentrarmos o exame específico da responsabilização no âmbito do Tribunal de Contas.

Para que a natureza da responsabilização promovida por aquela entidade reste devidamente elucidada, torna-se necessário tecer considerações acerca do próprio Tribunal de Contas e da essência de suas decisões, até que se demonstre: a) a natureza dúplice de seu mandato constitucional, a saber, ressarcitório e punitivo; e b) o enquadramento de suas decisões ao chamado Direito Administrativo sancionador²³.

Instituição pública de previsão constitucional e albarrânea aos Poderes explicitados no art. 2º, *caput*, da Constituição, o entrelugar do Tribunal de Contas da União desafia quem pretenda coarctar-lhe a independência e exemplifica o “policentrismo institucional” de que trata Canotilho²⁴, contando-se o TCU, juntamente como Ministério Público, entre os:

(...) órgãos independentes que não mais se incluem nos três complexos orgânicos que são designados, por metonímia tradicional, de Poderes, porque exerciam, como ainda o exercem, o que eram antes as únicas segmentações do poder do Estado (...)

Os Tribunais de Contas no Brasil são, assim, um nítido exemplo de órgãos dotados de autonomia constitucional no contexto da ordem jurídica brasileira.²⁵

Ao tempo em que o encarregou de zelar pelo patrimônio público – inquisitivamente esquadrinhando a atividade administrativa ao encaço de prejuízos ao erário, para determinar o respectivo ressarcimento aos cofres públicos –, a Constituição também incumbiu o Tribunal de Contas de perseguir e punir desvios de legalidade, legitimidade e economicidade dos atos administrativos.

²³ Caso não se aquiesça à existência de um autêntico Direito de Contas ou um Direito do Controle Externo, cuja eventual autonomia teria de ser defendida em obra à parte.

²⁴ Cf. BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 65.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. *apud* BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 65. Sob a égide da Constituição anterior, Bandeira de Mello já assinalava que “Tem-se, pois, que embora o Texto Constitucional nos afirme, no art. 6º, que são Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, o certo é que, paralelamente a estes três conjuntos orgânicos, criou outro conjunto orgânico que não se aloja em nenhum dos três Poderes da República. Previu um órgão – o Tribunal de Contas – que não está estruturalmente, organicamente, albergado dentro destes três aparelhos em que se divide o exercício do Poder” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Funções do Tribunal de Contas. *Revista de Direito Público*, n. 72, p. 136, out./dez./ de 1984. *apud* BANDEIRA DE MELLO, *op. cit.*, p. 70).

As funções de busca pelo ressarcimento e de imposição de punições – por vezes desenvolvidas de forma indistinta e no bojo do mesmo processo – demandam critérios e procedimentos substancialmente distintos do aplicador do Direito. Embora não se vislumbre especial prejuízo no emprego de critérios de responsabilização mais rigorosos do que os exigidos para os fins almejados – em outros termos, critérios próprios do direito punitivo para determinar-se o mero ressarcimento –, a outro giro se anteveem graves ameaças de lesão a direitos individuais quando a situação oposta prevalece: é dizer, critérios mais simples, talhados para o ressarcimento, estribando a atividade punitiva.

O escopo do presente trabalho – averiguar se a imputação de responsabilidade por parte do Tribunal de Contas da União coaduna-se com as exigências de uma ordem jurídica fundada na normatividade da Constituição – justifica-se ante a preocupação de que, malgrado o movimento neoconstitucionalista ter apeado o Código Civil, suas categorias e principalmente sua lógica patrimonial do centro do sistema jurídico – unificando o ordenamento em torno dos direitos fundamentais constitucionais –, o discurso de aplicação no TCU se caracteriza por certa persistência de noções civilistas.

O Tribunal de Contas da União, como as demais organizações centenárias da República brasileira, ostenta longa e arraigada tradição civilista, com latentes riscos de que ideias e práticas anacrônicas insinuem-se em sua *praxis* diuturna, em detrimento dos valores jurídicos existenciais dimanados da Constituição. Exemplificando, cite-se a Súmula 103 daquela Casa, a qual apregoa utilizar o Tribunal de Contas, em caráter subsidiário, as disposições do Código de Processo Civil – desconsiderando que grande parcela do programa de imputação daquela entidade tem caráter punitivo.

Preocupa, nesse sentido, o fenômeno descrito em pronunciamento do então Ministro Presidente do Tribunal de Contas, proferido em sessão plenária ordinária de 1º de agosto de 2012:

No direito administrativo não há, às vezes, nem mesmo menção a condutas que devem levar às penas. [Lei] 8.66[6]: é dito que é possível aplicar multa, advertência, suspensão, declaração de inidoneidade. Não há nenhuma referência a nenhuma conduta que possa levar a uma ou a outra. (...) Essa a razão pela qual há normas em branco, tipos abstratos, abertos etc.²⁶

Emblemático tal entendimento, corrobora a conclusão de que o modo de atuação do Direito Administrativo sancionador não raro apresenta *deficit* de legitimidade, na forma externada por Othon de Azevedo Lopes:

Já a responsabilidade pelas infrações administrativas, tributárias ou não, é, sem dúvida alguma, no Brasil, um direito pré-iluminista, fortemente entregue ao arbítrio do próprio poder administrativo. Os poucos estudos brasileiros sobre o assunto e mesmo os da doutrina comparada estão

²⁶ Tribunal de Contas da União. Transmissão da Sessão Plenária Ordinária de 1º de agosto de 2012. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/sessoes/Sessoes/transmissoes>. Acessado em 28 de outubro de 2014. Degração própria (de 1'23'' a 1'24').

estruturados em um positivismo logicista, incapaz e solucionar qualquer questão de forma convincente e, principalmente, legítima.²⁷

Tendo em mente que uma radicalização no sentido oposto – é dizer, a instauração de uma cultura que sistematicamente exculpasse os indivíduos – resultaria em situação igualmente indesejável (inclusive por comprometer a autonomia individual, com o risco de absorvê-la), cumpre buscar um equilíbrio, necessariamente instável, entre esses dois polos. Nesse sentido, Klaus Günther argumenta:

(...) a sociedade civil como sociedade da responsabilidade corre o risco de permitir que a imputação se torne ilimitada, com uma totalização das responsabilizações. Se não há mais desculpas, então cada um é responsável por tudo, de modo que “responsabilidade” torna-se um conceito vazio. Para escapar desse risco não se pode porém recair no outro extremo: lamentar o sujeito supostamente desgraçado e sobrecarregado por sua responsabilização e oferecer previdência social, intervenção e controle estatais amplos e consoladores ou novas causas excludentes que, juntamente com a responsabilização, tomam a liberdade do indivíduo.²⁸

A investigação sobre o grau de alinhamento entre as diretivas do Tribunal de Contas para imputação de responsabilidade e a sistemática constitucional de observância de direitos fundamentais – que, para o exercício do mister punitivo, exige requisitos significativamente mais rígidos do que os relativos à função ressarcitória – será realizada a partir das diretrizes oficiais lançadas pelo próprio Tribunal para orientação de seu corpo técnico, responsável pela “instrução” dos processos e proposta de encaminhamento aos respectivos Ministros Relatores. Outras fontes – doutrinárias e jurisprudenciais – também serão evocadas complementarmente.

Para empreender a presente investigação, três etapas se afiguram necessárias: 1) revisitar a teoria neoconstitucional e seu pilar axiológico – a dignidade da pessoa humana –, de modo a identificar as condições de contorno para a atuação esperada do Tribunal; 2) examinar o fenômeno da responsabilidade jurídica, examinando a natureza que a atividade em tela – a responsabilização no âmbito do Tribunal de Contas – deve assumir no Estado Democrático de Direito; 3) investigar, mediante a análise de normativos internos e casos emblemáticos selecionados, a forma como a citada responsabilização vem ocorrendo no âmbito da chamada “Corte de Contas”, deduzindo o grau de alinhamento entre a práxis do TCU e o paradigma neoconstitucionalista ideal.

1. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana

A adoção do princípio da legalidade como critério exclusivo de reconhecimento do Direito válido, “con independencia de su valoración como justo”²⁹ – ou, em outros

²⁷ LOPES (2006: 26).

²⁸ GÜNTHER, op. cit., p. 13.

²⁹ FERRAJOLI, op. cit., p. 16.

termos, a radicalização do juspositivismo – forneceu a base jurídica para o desenvolvimento de experiências totalitárias que assolaram inúmeros países ocidentais de tradição jurídica romano-germânica³⁰.

As Constituições, naquele contexto, eram consideradas precipuamente como cartas políticas (e muito secundariamente como documentos jurídicos) e os direitos fundamentais ali estampados eram vistos como declarações programáticas, sem justiciabilidade plena – ou, como registra Alexy, mera poesia constitucional (*Verfassungsliryk*)³¹.

Percebendo as disfuncionalidades concretas resultantes de assim conferir supremacia ao Poder Legislativo³² e de adotar a concepção de lei como expressão da vontade geral³³ – em suma, das sérias limitações do “Estado de Direito em sentido fraco”³⁴ –, os países aludidos, inspirados pela experiência norteamericana³⁵, passaram à revisão do critério de validade de suas normas jurídicas, então amparada pela lógica *hobbesiana* de que “*autorictas, non veritas facit legem*”³⁶, no sentido de agora cumular-se dois requisitos para aferição de legitimidade:

O respeito à Constituição, fonte normativa suprema, implica, pois, não somente a observância de certos **procedimentos** de validade para a emanção da norma infraconstitucional mas, também, a necessidade de que o seu **conteúdo** (da norma infraconstitucional) **atenda aos valores** presentes e sistematizados na própria Constituição, decorrentes das opções político-jurídicas do legislador constituinte.³⁷

³⁰ As bases político-econômicas para tais experiências, ao menos no atinente às diretamente relacionadas com a erupção da Segunda Guerra, repousam sobre a crise do liberalismo nas economias centrais (cedendo passo a um proto-keynesianismo bélico). A relação entre positivismo jurídico, (determinada linha de) liberalismo político e teoria econômica clássica desborda do escopo deste estudo.

³¹ ALEXY (2009: 33).

³² Por esse motivo reitera-se que o neoconstitucionalismo é fenômeno típico de países do *civil law*, sendo que a experiência do *rule of law* inglês – considerada o primeiro Estado de Direito “em sentido forte” – “no es reconducible a ninguno de los modelos aquí distinguidos” (FERRAJOLI, op. cit., p. 15). A mesma constatação encontra-se em BARROSO (2013a: 203). Também se exclui da presente análise o caso francês, pelas razões expostas em BARROSO. (2013a: 207-209).

³³ Cf. BARROSO (2013a: 195). A concepção de lei como vontade geral é típica do pensamento jurídico francês, representando o motivo pelo qual a experiência daquele país é excluída da presente análise (vide nota de rodapé 14).

³⁴ FERRAJOLI (op. cit., p. 13) ensina que o “Estado de Direito em sentido fraco” corresponde à noção germânica de *Rechtsstaat* e simplesmente “designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las *formas* y con los procedimientos legalmente establecidos” (grifo no original).

³⁵ Cf. BARROSO (2013a: 195). Ademais, como relembra COMANDUCCI (op. cit., p. 80), um exemplo de influência norteamericana, bastante anterior à edição das Constituições pós-bélicas consiste na introdução da figura dos Éforos no projeto constitucional napolitano de 1799: “Las principales funciones de los Éforos eran la de obligar a los otros poderes a observar la Constitución, la de anular los actos de un poder realizados más allá de su competencia, y la de proponer al poder legislativo la abrogación de las leyes inconstitucionales. [Francesco Mario] Pagano [o principal redator do projeto em tela] fue quizá influenciado por la lectura de «El Federalista»: si así fue, se trataría de uno de los pocos casos de influencia directa ejercida por el constitucionalismo norteamericano sobre una Constitución italiana, antes de la republicana de 1948”.

³⁶ A qual, por sua vez, subvertera a premissa jusnaturalista de que “*veritas, non autorictas facit legem*” (FERRAJOLI, op. cit., p. 15).

³⁷ MORAES, op. cit., p. 28.

Dessa forma, a superação das experiências totalitárias acima referidas – iniciando-se pela Alemanha e Itália e, mais tardiamente, Espanha, Portugal e Brasil – ensejou a reformulação, em maior ou menor grau³⁸, do marco, do modelo e da função constitucional daqueles países – que, de descritiva, passa a ser preceptivo-substantiva³⁹ –, acompanhada da revisão do paradigma epistemológico de jurisdição – que, de cognitivista, assume papel epistemológico “crítico y proyectivo”⁴⁰⁻⁴¹.

É dizer, à medida que foram editados novos documentos constitucionais⁴² e instaladas cortes constitucionais para zelar por sua aplicação, as ordens jurídicas foram reinauguradas sob substratos substantivamente distintos, em que se destacava o processo de “constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário”⁴³.

Tal movimento, que resultou em nova forma de organização jurídico-política – cognominada Estado Constitucional de Direito, “Estado de Direito em sentido forte”⁴⁴, Estado Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito ou, ainda, Estado Constitucional Democrático⁴⁵ –, tem sido denominado neoconstitucionalismo,

³⁸ Pois o neoconstitucionalismo “no es un concepto bipolar (verdadero o falso), de forma que un ordenamiento únicamente pueda estar constitucionalizado o no estarlo en absoluto, sin algún punto intermedio”, como bem pontua GUASTINI, Ricardo. La «Constitucionalización» del Ordenamiento Jurídico. (p. 50) In Miguel Carbonell (org.). Neoconstitucionalismo(s). 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. (pp. 49-74).

³⁹ Cf. POZZOLO, Susanna. La Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución. (pp. 165-184) In: CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García. (orgs.) El Canon Neoconstitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2010. (p. 172). A autora esclarece: “Al confrontar la concepción descriptiva con la concepción preceptivo-sustantiva neoconstitucionalista, se delinean, de forma más clara, los dos modelos constitucionales: uno propio del liberalismo garantista, donde la Constitución representa un marco abierto dentro del cual, en el respeto de algunos límites, se desarrolla libremente el juego de las fuerzas políticas (por ejemplo, la concepción kelseniana); el otro, propio del neoconstitucionalismo, donde la Constitución es una dirección vinculante, es un ordenamiento de valores estructurados que dominan el desarrollo de la legislación”.

⁴⁰ Cf. FERRAJOLI (op. cit., p. 16), para quem a jurisdição, na anterior transição do jusnaturalismo para o juspositivismo, “deja de ser producción jurisprudencial del Derecho y se somete a la ley y al principio de legalidad con únicas fuentes de legitimación. De ello se sigue el carácter también tendencialmente cognoscitivo del juicio.”

⁴¹ Ainda segundo Ferrajoli, existiria um terceiro efeito do neoconstitucionalismo, a saber, o exercido sobre a ciência jurídica, que passa a ser concebida como “una meta-garantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto”, segundo consigna CARBONELL (2010: 157).

⁴² A reconstitucionalização dos países adeptos da *civil law*, referida como “onda constitucional” por BARROSO (2013a: 195), ocorreu primeiramente na Itália (1947) e na Alemanha (1949), seguidos pelos países ibéricos na década de 1970 (Portugal em 1976 e Espanha em 1978) e, por fim, nos países da América Latina (e.g. Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Equador em 2008), conforme rememora CARBONELL (op. cit., p. 154).

⁴³ BARROSO (2013a: 195).

⁴⁴ A locução é de FERRAJOLI (op. cit., p. 11), que identifica o Estado Constitucional de Direito como sendo o “Estado de Direito em sentido forte”, em oposição à situação anterior de “Estado de Direito em sentido fraco” ou “Estado legal”.

⁴⁵ Aqui seguimos o conselho de BARROSO (2013a: 190): “Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria”.

“constitucionalismo avançado”, “constitucionalismo de direitos”⁴⁶ ou “constitucionalismo em sentido estrito”⁴⁷, em oposição ao “constitucionalismo antigo o decimonónico”⁴⁸.

Prefere-se, aqui, o emprego do termo neoconstitucionalismo, reservando o termo constitucionalismo para designar o surgimento das primeiras constituições, na Europa Continental, entre o fim do século XVIII e o início do século XIX⁴⁹, “cuya definitiva decadencia coincide *grosso modo* com la promulgación de las Constituciones postbelicas”⁵⁰.

O moderno fenómeno deve seu título à ascensão da Constituição ao epicentro do ordenamento jurídico, dele apeando os Códigos (mormente o Código Civil) e suas categorias⁵¹, para entronizar os direitos fundamentais e os princípios constitucionais como eixos axiológicos-deontológicos do sistema jurídico. Assim, a unidade do sistema jurídico passa a defluir da norma fundamental, “fator determinante de validade de toda a ordem jurídica”⁵². Nesse tocante, esclarece-se que, segundo concepção moderna:

Afastou-se do campo do direito civil (propriamente dito) aquilo que era a sua real nota sonante: a defesa da posição do indivíduo frente ao Estado (hoje matéria constitucional), alcançável graças à predisposição de um elenco de poderes jurídicos que lhe assegurava absoluta liberdade para o exercício da atividade econômica.⁵³⁻⁵⁴

⁴⁶ ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. (p. 239) In Miguel Carbonell (org.). Neoconstitucionalismo(s). 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. (pp. 239-258).

⁴⁷ COMANDUCCI (op. cit., p. 77).

⁴⁸ ARIZA (op. cit., p. 239).

⁴⁹ Aparte o radicalismo da assertiva, concordamos com GUASTINI (op. cit., p. 49) quando afirma que a constitucionalização, entendida como “la introducción de una primera Constitución escrita en un ordenamiento que carecía de ella con anterioridad (...) no presenta interés alguno para la gran parte de los ordenamientos contemporáneos.”

⁵⁰ COMANDUCCI (op. cit., p. 75).

⁵¹ BARROSO (2013a: 211) explica que “[Veja-se que] o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática.”

⁵² MORAES, Maria Celina Bodin de. Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 23.

⁵³ MORAES, op. cit., p. 5.

⁵⁴ Nesse novo contexto, a visão acerca do papel do Estado e as expectativas sociais em torno desse papel alteram-se substancialmente, privilegiando a promoção dos direitos fundamentais, conforme assevera COMANDUCCI (op. cit., p. 75): “Cuando se presenta (también) como una ideología, el neoconstitucionalismo tiende a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista, ya que no pone en un segundo plano el objetivo de la limitación del poder estatal – que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX –, mientras que **pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales**. Este cambio de acento es fácilmente explicable por el hecho de que el poder estatal, en los ordenamientos democráticos contemporáneos, no es más visto con temor y sospecha por la ideología neoconstitucionalista, que más bien se caracteriza justamente por su apoyo a ese modelo de Estado constitucional y democrático de Derecho, que se ha afirmado progresivamente en Occidente y que va expandiendo su influencia en vastas zonas del mundo. (grifo acrescentado)

A consagração da Constituição enseja, assim, tanto uma “publicização” ou “socialização” do direito privado⁵⁵⁻⁵⁶ quanto uma “privatização do direito público”⁵⁷ – ou, em síntese, uma convergência e uma integração dos ramos jurídicos por força da constitucionalização das fontes do Direito, instituindo-se uma unidade sistematizada e uma coerência valorativa que obliteram a “*Summa Divisio* ulpiana dicotomizadora do público/privado”⁵⁸⁻⁵⁹.

Ao garantir unidade ao sistema, a supremacia material e axiológica da Constituição⁶⁰ impõe a ampla aplicação dos princípios constitucionais, vinculando, em sua atuação, “o legislador ordinário, (...) o juiz, o intérprete, os órgãos administrativos, o cidadão; enfim, todos os operadores e destinatários do direito”⁶¹. A perda de centralidade do Código Civil reflete a atual visão que se tem do Estado contemporâneo, antes encarado como ameaçador da liberdade individual (então vista como praticamente absoluta) e atualmente enaltecido em sua função distributivo-prestacional.

⁵⁵ Todas as expressões em MORAES (op. cit., p. 72). A mesma autora (*idem*, p. 6) bem salienta que essa “publicização” é acompanhada ou reforçada pela revisão da estrutura e do papel do chamado “direito privado”, em especial do direito civil. Para uma visão divergente, vide a respeitável obra de HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995. *apud* MORAES (op. cit., p. 22).

⁵⁶ Tanto ALEXY (2010: 107 *et seq.*) quanto BARROSO (2013a: 218) são uníssonos ao identificar o célebre *caso Lüth*, de 1958, como sendo o marco jurisprudencial desse processo, ocasião em que o “areópago de Karlsruhe” (a *Bundesverfassungsgericht*) admitiu pioneiramente a aplicação da Constituição a relações entre particulares. Para uma análise sobre o aludido *caso Lüth*, vide ALEXY (2010: 106 e ss.).

⁵⁷ MORAES (op. cit., p. 10), mencionando Galgano, aponta que “Não são poucos os doutrinadores que se referem à “privatização” do direito público em virtude da freqüente utilização das técnicas e dos instrumentos do direito privado no setor público.”. BARROSO (2013a: 224) aponta o mesmo fenômeno, registrando que o “direito público passa a estar submetido, por exemplo, a algumas categorias do direito das obrigações”.

⁵⁸ Nos dizeres de NUSDEO, Fabio. O Direito Econômico Centenário – um “Vol d’Oiseau” sobre o Passado e Algumas Perspectivas para o Futuro”. (p. 408) *In*: ADEODATO, João Maurício VITTAR, Eduardo C. B. (orgs.) Filosofia e Teoria Geral do Direito – Estudos em Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu Septuagésimo Aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011. (pp. 398-429). O autor ainda consigna a crítica de Finzi a tal distinção entre direito público e privado nos seguintes termos: “Fiéis à distinção de Ulpiano, tão bem afeiçoada à mentalidade do Estado liberal, os sistemas privados ocidentais romano-pandectistas estruturam-se segundo o critério prevalente do sujeito da relação ou da sua estrutura lógico-formal. No entanto, a rápida evolução dos fatos a serem regulados acabou por fazer surgir os chamados *direitos especiais*, consolidando normas aplicáveis a determinados setores de atividade (...)” (NUSDEO, op. cit., p. 414 – grifo no original). O fenômeno acima descrito por Finzi e registrado por Nusdeo corresponde à “descodificação” ocorrida no “*mondo in frammenti*” de que trata Natalino Irti (cf. MORAES, op. cit., pp. 8 *et seq.*).

⁵⁹ “A primeira distinção entre o *ius publicum* e *ius privatum* é de origem romana, diferenciação que se incorporou ao uso moderno (*usus modernus pandectarum*). Foi Ulpiano quem primeiro utilizou esta distinção ao afirmar: “*publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem*”. Em vernáculo: “Direito Público é o que diz respeito ao Estado da República, privado o que diz respeito à utilidade das pessoas”. Como informa Max Kaser, muito embora esta definição seja mais usual e famosa, há outra que atende a um critério mais próximo ao sistema moderno, de autoria de Papiniano: “*ius publicum privatorum pactis non potest*” (D. 2,14, 38). Em vernáculo: “o Direito Público não pode ser mudado por acordo entre os particulares”, segundo a preciosa lição de ARAÚJO, Fábio Caldas de. Reflexões sobre os meios eletrônicos no Direito Material e Processual. (p. 28) Revista da Escola da Magistratura do Paraná - Edição Comemorativa 30 anos (pp. 27-50) Curitiba, 2013.

⁶⁰ BARROSO (op. cit., *passim*).

⁶¹ MORAES (op. cit., p. 26).

Nessa esteira de raciocínio, e a despeito de visões divergentes⁶², opta-se por acompanhar Barroso (op. cit., p. 202), Carbonell (op. cit., p. 159) e Comanducci (op. cit., p. 81) na identificação do neoconstitucionalismo com a feliz formulação de Guastini (op. cit., p. 49), que o descreve como:

(...) un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales.⁶³

Além de prover a definição acima, Guastini (op. cit., pp. 50 *et seq.*) enumera elementos ou requisitos que caracterizam o neoconstitucionalismo, os quais são assim sintetizados por Comanducci (op. cit., p. 81):

- 1) La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales.
- 2) La garantía jurisdiccional de la Constitución.
- 3) La fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas «programáticas» sino «preceptivas»).
- 4) La «sobreinterpretación» de la Constitución (se la interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos).
- 5) La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares⁶⁴.
- 6) La interpretación adecuada de las leyes.

Além do marco histórico acima tratado, o neoconstitucionalismo conta ainda, no sentir de Barroso⁶⁵, com um “marco filosófico” e um “marco teórico”. O “marco

⁶² As quais, malgrado minoritárias, merecem a seguinte remissão, extraída de BARROSO (2013a: p. 187): “V. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Notas sobre o direito constitucional pós-moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira, *Revista de Direito Administrativo*, 250:151, 2009), Dimitri Dimoulis (Uma visão crítica do neoconstitucionalismo. In: George Leite Salomão e Glauco Leite Salomão (Coord.), *Constituição e efetividade*, 2008), Humberto Ávila (Neoconstitucionalismo: entre a ciência do Direito e o Direito da ciência. In: Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento e Gustavo Binenbojm (Coord.), *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, 2009)”. Sobre esse último trabalho mencionado, BARROSO (*ibidem*) comenta que “Humberto [Ávila], na verdade, critica o neoconstitucionalismo em geral, e não o meu texto em particular. No entanto, sua identificação do que seja o fenômeno do neoconstitucionalismo não coincide em nada com as ideias que eu sustento.”

⁶³ Tal concepção é reconhecidamente tributária de Louis Favoreu, reconhecendo-se, aqui, as advertências de BARROSO (2013a: 201) quanto à possível conotação depreciativa que vocábulos como “impregnar” e “invadir” podem carregar, preferindo-se, como aquele autor, o termo “irradiar”.

⁶⁴ Nesse ponto, remetemos ao comentário sobre o caso *Lüth* na nota de rodapé 36.

⁶⁵ BARROSO (2013a: 30/36 - 190/201).

filosófico” apontado por Barroso consiste no advento do pós-positivismo, entendido pelo autor como “terceira via entre as concepções positivistas e jusnaturalistas”⁶⁶.

A própria expressão “pós-positivismo” – que também não angaria consenso entre a doutrina –, indica o posicionamento de pensadores que sustentam a possibilidade de um “positivismo constitucionalista”, isto é, a possibilidade de se aproveitarem ferramentas teóricas do positivismo jurídico no âmbito do Estado Constitucional⁶⁷. Termos alternativos incluem, segundo Ariza, “positivismo crítico (Ferrajoli), [de] positivismo corregido (Peces-Barba), [de] positivismo inclusivo (Waluchow), [de] positivismo blando (Hart); [de] postpositivismo (Casalmiglia), [de] positivismo sofisticado (Shiner) y [de] incorporacionismo (Coleman)”⁶⁸.

Considerando a relevância do trabalho de Calsamiglia para divulgação do termo “pós-positivismo”, cabe registrar a definição que o citado autor confere ao fenômeno:

“En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. [...] Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política.”⁶⁹

Concedendo-se que o paradigma pós-positivista (a exemplo do neoconstitucionalismo) encontra-se ainda em construção, pode-se afirmar que o fenômeno se notabiliza pela “reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana”⁷⁰.

No campo da “reabilitação da razão prática”, cabe ressaltar que o pós-positivismo, ao ultrapassar o legalismo estrito do positivismo normativista, não recorre “às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo”⁷¹. Tampouco essa “guinada kantiana” (*kantische Wende*) significa um retorno à formulação original do imperativo categórico, cujo formalismo já fora denunciado por Hegel. Esse movimento representa, em termos chãos, que “a discussão ética volta ao Direito”⁷² – sendo esse elemento axiológico traduzido para o sistema jurídico em termos de princípios cogentes.

⁶⁶ *Idem*, pp. 30/31). Sobre a controvérsia em torno da continuidade ou ruptura do juspositivismo no constitucionalismo, reportamo-nos à nota de rodapé 2.

⁶⁷ ARIZA (op. cit., p. 245).

⁶⁸ *Idem, ibidem*.

⁶⁹ CALSAMIGLIA (1998 *apud* BARROSO, 2013a: 192). Sobre a relação entre positivismo e neoconstitucionalismo, COMANDUCCI (op. cit., p. 83) registra o seguinte posicionamento: “El neoconstitucionalismo, por su parte, no se presenta solamente como una ideología, y una correlativa metodología, sino también, y explícitamente, como una teoría concurrente con la positivista [ao contrário do constitucionalismo, o qual “nunca haya intentado destronar tal hegemonía” do positivismo “con una diferente propuesta teórica”].”

⁷⁰ BARROSO (2013a: 31).

⁷¹ *Idem*, p. 135.

⁷² *Idem, ibidem*.

Assim, ainda que os princípios “de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito, de forma direta ou indireta”⁷³, é possível reconhecer a principal característica do pós-positivismo como sendo o reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos como “comandos de otimização” – paralelamente às regras, representativas de “comandos de definição”⁷⁴.

O “marco teórico” do neoconstitucionalismo, a seu turno, pode ser escandido em três vertentes: 1) reconhecimento da força normativa dos comandos constitucionais; 2) expansão da jurisdição constitucional; e 3) desenvolvimento de uma nova hermenêutica constitucional.

O reconhecimento da força normativa da Constituição – no sentido de que as regras e princípios ali inscritos têm aplicação direta e imediata, não havendo texto constitucional inócuo ou meramente “ornamental” – deve seu desenvolvimento teórico à obra de Konrad Hesse⁷⁵. Refuta-se, assim, a existência de normas constitucionais meramente programáticas, de natureza exclusivamente política. Ademais, os princípios assumem a função de “pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais”⁷⁶.

A expansão da jurisdição constitucional no pós-guerra⁷⁷ abrangeu tanto o controle de constitucionalidade de inspiração kelseniana quanto o *Judicial Review of Legislation* característico do *common law*⁷⁸. Concretiza-se pela instalação de tribunais constitucionais⁷⁹ ou pela extensão da legitimidade para propositura de ações

⁷³ *Idem*, p. 122.

⁷⁴ A distinção entre regras e princípios foi elaborada, paralelamente, por Ronald Dworkin e por Robert Alexy. Quanto à definição dessas categorias como, respectivamente, “mandados de definição” e “mandados de otimização”, primeiramente presente na obra “Teoría de los Derechos Fundamentales” de Alexy, BARROSO (2013a: 124) assim reporta: “Por essas expressões se quer significar que as regras (mandados de definição) têm natureza biunívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação.

Os princípios se comportam de maneira diversa. Como mandados de otimização, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) regras que o excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios de mesma estatura e opostos que procuram igualmente maximizar-se, impondo a necessidade eventual de ponderação”.

⁷⁵ BARROSO (2013a: 193/194) ensina que “O texto [de Konrad Hesse, *La fuerza normativa de la Constitución*], no original alemão, corresponde à sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg”, realizada em 1959.

⁷⁶ *Idem*, p. 197.

⁷⁷ A expansão da jurisdição constitucional, a nosso sentir, afigura-se instrumental em relação aos demais elementos do neoconstitucionalismo – consistindo de fator garantidor *sine qua non* –, da mesma forma que BARROSO (2013a: 129), seguindo Ana Paula de Barcellos, reputa instrumental o acesso ao judiciário como aspecto da dignidade da pessoa humana.

⁷⁸ Cf. SEGADO (2004, p. 1) e PEGORARO (2002, p. 393 *et seq.*).

⁷⁹ O cronograma de instalação de tribunais constitucionais nos é provido por BARROSO (2013a: 195), que informa: “Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos,

constitucionais. Essa última hipótese ilustra o caso brasileiro, em que a Constituição da República de 1988, em seu art. 103 e incisos, ampliou significativamente o elenco de legitimados à propositura de ações declaratórias de inconstitucionalidade⁸⁰.

Por fim, o desenvolvimento de uma hermenêutica própria para o sistema constitucional decorre da própria supremacia material e axiológica da Constituição⁸¹ – em função da qual se torna “o filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico”⁸² –, bem assim da eficácia normativa dos princípios, que necessitam ser ponderados em caso de colisão.

A nova hermenêutica diferencia-se da interpretação tradicional em relação ao papel que atribui à norma – que não mais fornece soluções em seu “relato abstrato”⁸³ – e ao intérprete, que não mais exerce mera “função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato”⁸⁴. Conforme acrescenta Moraes:

No momento de se solucionar a colisão entre os princípios e, de maneira geral, no momento de se atribuir o seu significado em vista de sua frequente indeterminação e abstração, fica clara a obsolescência do método tradicional da subsunção. Revela-se, assim, a ampla esfera de liberdade que o juiz possui para realizar este procedimento, normalmente referido por ponderação.⁸⁵

De acordo com a interpretação constitucional ínsita ao neoconstitucionalismo, todo operador do Direito deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais – em suma: “toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior”⁸⁶.

como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda matem o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de *judicial review*.”.

⁸⁰ A Emenda Constitucional 16/1965 reforçou o controle concentrado de constitucionalidade no Brasil (antes restrito à “ação direta de inconstitucionalidade interventiva”, prevista no art. 7º, I, ‘a’ e ‘b’, da Constituição de 1946). Embora criada a figura da “representação de inconstitucionalidade”, a legitimidade de sua propositura foi confiada exclusivamente ao Procurador-Geral da República, o que reduziu sobremaneira seu exercício. De acordo com BARROSO (2013a: 31), a expansão do rol de legitimados a propor ações constitucionais “permitiu que fossem levadas ao Supremo Tribunal Federal algumas das grandes questões do debate político, social e moral contemporâneo.”.

⁸¹ COMANDUCCI (2009: 84), com amparo em Moreso, confirma que “Uno de los rasgos distintivos del neoconstitucionalismo teórico (distintivos respecto a la teoría iuspositivista tradicional) es sin duda la tesis según la cual la interpretación constitucional, como consecuencia del proceso de constitucionalización del Derecho, presenta hoy, de hecho, algunas características peculiares respecto a la interpretación de la ley.”

⁸² Cf. BARROSO (2013a: 32).

⁸³ *Idem*, p. 197.

⁸⁴ *Idem*, *ibidem*.

⁸⁵ MORAES (op. cit., p. 66).

⁸⁶ *Idem*, p. 212.

Conjugando-se as constatações acima, vislumbra-se que o neoconstitucionalismo acarreta no efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico⁸⁷.

Para efeitos do presente estudo, por ora basta que se sublinhemos seguintes corolários: 1) todas as entidades públicas brasileiras – entre as quais evidentemente se inclui o Tribunal de Contas da União – devem interpretar/aplicar o direito segundo o prisma constitucional; 2) os princípios constitucionais vinculam a atuação das referidas entidades.

Conforme afirmado anteriormente, o paradigma neoconstitucionalista nos países de tradição romano-germânica recusa a supremacia legislativa predominante até a primeira metade do século XX, retirando do legislador reformador determinadas opções consideradas particularmente sensíveis. Partindo dessa constatação, Alexy questiona que direitos seriam esses, cuja importância os resguardaria das vicissitudes da agenda política⁸⁸.

Argumenta aquele autor que os direitos fundamentais⁸⁹, a serem assim protegidos pela Constituição, consistiriam naquele conjunto de direitos que “todos los ciudadanos consideran tan importante como para que no pueda ser confiado a la mayoría parlamentaria simple”. Todavia, tal enunciado esconde sutilezas, já que as concepções morais dos cidadãos individualmente considerados tendem a distar significativamente entre si, sendo a falta de um *ethos* único (ou, antes, o reconhecimento dessa falta) a marca distintiva das sociedades plurais.

Portanto, a construção dos direitos fundamentais deve respeitar a alteridade e advir necessariamente de processo intersubjetivo – ou, como sugere Alexy, derivar de uma “concepción moral pública que pone de manifiesto una representación común sobre las condiciones justas de cooperación social en un mundo marcado por el hecho del pluralismo”. Esse processo, para Alexy, assemelha-se ao conceito rawlsiano de consenso por superposição (*overlapping consensus*)⁹⁰, no bojo do qual:

(...) ciudadanos racionales con concepciones personales del bien distintas consideran como condiciones de cooperación social justa tan importantes como para que el simple Legislador no pueda decidir sobre ello.⁹¹

⁸⁷ *Idem*, p. 201.

⁸⁸ ALEXY (2009, p. 39).

⁸⁹ A fim de atalhar longa discussão jusfilosófica, toma-se por premissa a existência de direitos fundamentais ou direitos humanos – haja vista, como anota ALEXY (2009: 39), o entendimento de autores como McIntyre, para quem “la creencia en ellos no es sino «fe en brujas y unicornios»”.

⁹⁰ Trata-se, em verdade, da tardia concepção de *overlapping consensus* encontrado na Teoria da Justiça de Rawls – já que, segundo nos recorda HABERMAS (2003: 87 *apud* FIGUEIRA, 2010: 105/106): “Inicialmente o conceito de “*overlapping consensus*” se ressentia da mesma ambigüidade [consenso por justaposição ou consenso por sobreposição]. Mais tarde, porém, Rawls reconheceu a necessidade de uma distinção mais nítida.”.

⁹¹ ALEXY (2009, p. 40).

É por esse modo (reabilitação de uma razão prática procedimentalmente coletivizada) que se reintroduz a noção de “boa vida” ou “vida justa”, essencialmente distinta da “eudæmonia” grega na medida em que não pressupõe a existência de um *ethos* único – e, portanto, agora se compatibiliza com a noção de sociedade plural.

Como características próprias, os direitos fundamentais, expressos ou implícitos⁹², destacam-se por ocupar e transitar entre “quatro extremos”, pois regulam o direito sob 1) máximo alcance; e 2) com máxima força; incidindo sobre objetos de 3) máxima importância; e, por fim, notabilizando-se por sua 4) máxima indeterminação⁹³.

Por “máximo alcance”, quer-se afirmar que os direitos fundamentais irradiam-se a todos os rincões do ordenamento, já que se encontram incrustados na Constituição e, como é consabido, *lex superior derogat legi inferior*. Dessa forma, toda norma jurídica – e aqui se acrescenta às considerações de Alexy: também todo ato ou decisão – que infrinja os direitos fundamentais deve ser reputada inconstitucional.

A “máxima força” com que incidem os direitos fundamentais remete a sua “justiciabilidade plena”, eis que, em sua vinculação a toda atuação dos entes públicos (e, acrescente-se, privados), são objeto de controle pelo Poder Judiciário. Com efeito, trata-se de um postulado evidente no contexto neoconstitucional, em que os direitos fundamentais são válidos como direito positivo⁹⁴. Comentando a relação da “máxima força” com o “máximo alcance”, Alexy registra que, desde o caso Lüth⁹⁵:

(...) vale decir que cada juez debe tener en cuenta en cada decisión los derechos fundamentales. Éstos deben irradiar al Derecho en su totalidad como valores o «juicios de valor objetivos» (*objective Wertentscheidungen*). (...) Esto ha sido criticado por algunos como una «constitucionalización del Derecho en su totalidad» (*Vergrundrechtlichung des gesamte Rechts*); otros en cambio lo han celebrado como la realización plena de los derechos fundamentales.⁹⁶

A “máxima importância” do objeto dos direitos fundamentais alude à já comentada origem desses direitos, concluindo-se que a escolha dos direitos fundamentais representa verdadeira decisão sobre a estrutura básica da sociedade⁹⁷. Exemplificando, Alexy identifica dispositivos da *Grundgesetz* que permitem afirmar que a Lei Fundamental alemã “toma partido por uma economia de mercado”⁹⁸.

⁹² A existência de direitos implícitos ou não-expressos no texto constitucional advém da chamada “abertura material do catálogo de direitos fundamentais”, consubstanciada na possibilidade de reconhecimento hermenêutico de normas jusfundamentais não positivadas. Nesse sentido, vide SARLET, Ingo. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 119.

⁹³ Cf. ALEXY (2009: 33-34).

⁹⁴ ALEXY (2009: 33): “El control del Ejecutivo, de la policía singularmente, ha sido una realidad evidente o al menos un postulado evidente desde el momento en que los derechos fundamentales son válidos como Derecho positivo”.

⁹⁵ Para comentários sobre o caso *Lüth*, vide nota de rodapé 56.

⁹⁶ ALEXY (2009, p. 34).

⁹⁷ *Idem, ibidem*.

⁹⁸ *Idem, ibidem*.

Por fim, tem-se que o “máximo grau de indeterminação” dos direitos fundamentais decorre de sua redação deliberadamente sucinta e diáfana⁹⁹ – o que torna sua concretização extremamente dependente da interpretação constitucional. Analisando o caso alemão, Alexy profere comentário perfeitamente aplicável ao caso brasileiro, embora ostentemos uma Constituição “analítica”:

Hoy en día no se puede colegir lo que representan los derechos fundamentales a partir del sucinto texto de la Ley Fundamental, sino sólo a partir de los 94 volúmenes de sentencias del Tribunal Constitucional Federal que hasta la fecha ha registrado en total su benéfica actividad desde el 7 de septiembre de 1951.¹⁰⁰

No contexto neoconstitucional, a importância assumida pela hermenêutica é tamanha que enseja novas e profundas reflexões sobre a relação entre jurisdição, legitimidade e democracia. Tendo em mente o risco de alargar-se a brecha havida com a (necessária) relativização do princípio majoritário, a doutrina alerta para o risco de que a judicatura assumira a função do processo político tradicional, suplantando-o¹⁰¹. Examinando o caso europeu, Brunkhorst adverte que:

(...) em certo sentido, a associação europeia de cortes constitucionais – *Verfassungsgerichtsverbund* (Udo di Fabio) – reservou para si as funções mais básicas de todos os três poderes clássicos – ao menos nos tempos normais de constitucionalização evolucionária incremental e gerencial.¹⁰²

Alexy também repara nesse risco, partindo da constatação da existência de uma luta pela interpretação dos direitos fundamentais¹⁰³ – cujo árbitro passa a ser o Tribunal Constitucional, e não o povo e seus representantes. Tornar-se-ia questionável, assim, a compatibilidade da centralidade da jurisdição com o enunciado de que “todo o poder emana do povo”, cerne do princípio democrático¹⁰⁴.

⁹⁹ Conforme pontua Alexy (2009: 35): “Cualquier disposición de la Unión Europea relativa a asuntos tales como el empaquetamiento de embutidos supera al parágrafo iusfundamental de la Ley Fundamental en densidade, detalle y precisión”.

¹⁰⁰ ALEXY (2009, p. 35).

¹⁰¹ Nessa linha, vide BRUNKHORST, Hauke. A Decapitação do Legislador: A Crise Européia – Paradoxos da Constitucionalização do Capitalismo Democrático. Revista de Direito da UnB. v. 1, n. 1 Brasília: Universidade de Brasília, junho de 2014. (pp. 93-118).

¹⁰² BRUNKHORST, op. cit., p. 101.

¹⁰³ ALEXY (2009: 36), com o brilhantismo que lhe é peculiar, constata: “Quien consiga convertir en vinculante su interpretación de los derechos fundamentales – esto es, en la práctica, quien logre que sea la adoptada por el Tribunal Constitucional Federal –, habrá alcanzado lo inalcanzable a través del procedimiento político usual: en cierto modo habrá convertido en parte de la Constitución su propia concepción sobre los asuntos sociales y políticos de la máxima importancia y los habrá descartado de la agenda política, de modo que habrá convertido en insuficiente una mayoría parlamentaria simple y tan solo el propio Tribunal Constitucional Federal o bien la mayoría de dos tercios exigida para la reforma constitucional por el artículo 79.2 LF podrán alterar aun tal estado de cosas.”.

¹⁰⁴ ALEXY (2009: 37) questiona: “¿Resulta esto compatible con el principio democrático, cuya esencia se expresa bajo su formulación clásica nel artículo 20.2 frase 1 LF: «Todo poder público emana del pueblo»?”. No caso brasileiro, o princípio democrático encontra-se positivado no parágrafo único do art.

Aparte as aporias acima reportadas – válidas sobretudo quando se pretere o *mindset* constitucional kantiano em detrimento de um *mindset* gerencial, orientado por uma ética da produtividade (*Leistungsethik*)¹⁰⁵ –, tem-se por incólume a relevância dos direitos fundamentais no cenário pós-Constituição Republicana de 1988.

Assim, cumulando-se as conclusões da seção precedente com as do presente segmento, vislumbra-se que: 1) as entidades públicas brasileiras (inclusive os Tribunais de Contas) devem interpretar/aplicar o direito segundo o prisma constitucional; 2) os princípios e os direitos fundamentais, explícitos e implícitos vinculam a atuação das referidas entidades, das quais os Tribunais de Contas não representam exceção.

Conforme mencionado, no contexto em que se reafirma a supremacia da Constituição em relação à totalidade do ordenamento jurídico – derrocando-se uma tradicional centralidade civilista delimitadora de um “Direito Privado” em oposição a um “Direito Público” –, priorizam-se “as situações jurídicas existenciais sobre as patrimoniais, e a difusão da técnica da aplicação direta e imediata dos princípios constitucionais às relações jurídicas”¹⁰⁶.

Entre os princípios constitucionais, sobressai-se como autêntico *primus inter pares*, bem representando as aludidas “situações existenciais”, a dignidade da pessoa humana¹⁰⁷ – princípio que orienta, direta ou indiretamente, os direitos fundamentais¹⁰⁸. Entre nós, tal princípio encontra-se encartado no art. 1º, III, da Constituição da República, dele havendo referências ao longo de todo o texto constitucional¹⁰⁹.

A doutrina se afigura uníssona ao apontar a origem da dignidade (*dignitas*) na Antigüidade Clássica e ao ressaltar sua identificação com o *status* desfrutado por

1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

¹⁰⁵ Para comentários sobre os *mindsets* constitucionais (kantiano e gerencial), vide o trabalho de Martti Koskeniemi. *Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization. Theoretical Inquiries in Law*, v. 8, n. 9, 2006 (pp. 9-36). *apud* BRUNKHORST (op. cit.). Para comentário sobre a ética da produtividade (*Leistungsethik*), vide ALEXY (2009: 39).

¹⁰⁶ MORAES, op. cit., p. II. Versando sobre Direito Civil, porém sem perda de generalidade para os demais ramos do Direito, registra a autora em outra passagem que “Ao invés da lógica proprietária, da lógica produtivista e empresarial (numa palavra, patrimonial), são os valores existenciais que, privilegiados pela Constituição, se tornam, no âmbito do direito civil, prioritários.” (MORAES, op. cit., p. 15).

¹⁰⁷ MORAES (op. cit., p. 11) ressalta que “Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e de erradicação da pobreza colocaram a pessoa humana – isto é, os valores existenciais – no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que é este o valor que conforma todos os ramos do direito”.

¹⁰⁸ SARLET (op. cit., p. 42) recorda que a dignidade humana é, a um tempo, princípio e fundamento de direitos fundamentais.

¹⁰⁹ MORAES (op. cit., p. 15) enxerga referências à dignidade da pessoa humana, entre outros, no título dedicado à ordem econômica e financeira (art. 170 – “assegurar a todos uma existência digna”) e na política de desenvolvimento urbano (art. 182 – “garantir o bem-estar de seus habitantes”). SARLET (op. cit., p. 76), a seu turno, também a vislumbra nos dispositivos constitucionais que versam sobre planejamento (art. 226, § 7º) ; a criança e o adolescente (art. 227, *caput*); e o amparo a pessoas idosas (art. 230).

potentados (via de regra, autoridades públicas)¹¹⁰. Em outros termos, tal conceito de dignidade amparava-se na distinção, e não na igualdade, entre os membros de uma coletividade.

Essa noção de dignidade subjetiva contrapõe – ou, conforme entendimento corrente, complementa – a ideia de dignidade como característica ínsita à natureza humana, consoante informa Sarlet, evocando o escólio de Hofmann:

(...) as diversas teorias sobre a dignidade da pessoa, notadamente no que diz com o seu conteúdo e fundamentação, podem ser agrupadas em torno de duas concepções, quais sejam, as teorias que compreendem a dignidade como dádiva (*Mitgifttheorien*), no sentido de que a dignidade constitui uma qualidade ou propriedade peculiar e distintiva da pessoa humana (inata, ou fundada na razão ou numa dádiva divina), bem como as teorias assim denominadas e prestacionais (*Leistungstheorien*), que vêm na dignidade o produto (a prestação) da subjetividade humana.¹¹¹

Reparando na etiologia do vocábulo “dignidade” e no contexto histórico que o gerou, cumpre concluir, com Barroso, que “não parece correto entender a ideia contemporânea de dignidade como um desenvolvimento histórico do conceito romano de *dignitas hominis*”¹¹². Todavia, assentindo à premissa de Sarlet de que “mesmo para uma compreensão do conteúdo jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana (notadamente da sua condição de valor e princípio fundamental) não há como dispensar o recurso à fundamentação histórico-filosófica”¹¹³, cabe comentar – ainda que de modo brevíssimo e necessariamente incompleto – a evolução do conceito de dignidade.

A primeira distinção explícita entre as duas acepções filosóficas de dignidade¹¹⁴ – a de dignidade ontológica, entendida como dote ou dádiva inerente à natureza ou condição humana, e a dignidade adquirida, como concessão comunitária ou decorrente de ação social – surge na obra *De Officiis*, do pensador romano Cícero¹¹⁵,

¹¹⁰ Evocando Jean-Marie Breuvert, MORAES (op. cit., p. 77) relata que, etimologicamente, “*dignus* é aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”.

¹¹¹ Uma terceira visão sobre a dignidade, ainda incipiente no sentir de SARLET (op. cit., p. 59/60), consiste na ideia de dignidade como reconhecimento recíproco (*Anerkennung*), creditada ao próprio Hofmann.

¹¹² BARROSO (2013b, 14).

¹¹³ SARLET, op. cit., p. 81. Em complemento, aquele autor conclui que a circunstância acima “apenas reforça a noção de que se é possível efetuar uma análise calcada na dimensão jurídico-positiva, não se está a abstrair pura e simplesmente as categorias argumentativas oriundas de outras searas do pensamento, especialmente da filosofia” (*Idem, ibidem*). Em similar sentido, BARROSO (2013b: 14) destaca que “Deve ficar claro, contudo, que o entendimento atual de dignidade humana possui origens religiosas e filosóficas que remontam a muitos séculos, sendo talvez quase tão antigo quanto o anterior [conceito, que se baseia no *status* ou condição superior do indivíduo no interior de sua comunidade]”, argumento que igualmente milita pela importância de se averiguar os antecedentes históricos do conceito.

¹¹⁴ Cf. BARROSO (2013b: 14) e SARLET (op. cit., p. 36). Aqui se registra “acepções filosóficas” de dignidade, eis que a doutrina parece unânime ao considerar que há uma noção religiosa da dignidade humana, dissociada da posição social dos indivíduos em suas respectivas comunidades, já em trechos bíblicos. Nesse sentido, vide: ALEXY (2009: 32), BARROSO (2013b: 15/16), MORAES (op. cit., p. 77) e SARLET (op. cit., p. 34).

¹¹⁵ Segundo SARLET (op. cit., pp. 35/36), Cícero entendia a dignidade como inerente ao ser humano em virtude de sua posição no cosmos – e, dessa forma, foi “a partir das formulações de Cícero, que desenvolveu uma compreensão da dignidade humana desvinculada do cargo ou posição social – é [que se

influenciado pela escola estóica grega. Outras menções ao conceito ontológico de dignidade na Antiguidade incluem célebre fórmula de Sêneca: “*Servi sunt! Immo homines*”¹¹⁶.

Transmitidas as considerações da cultura greco-latina sobre a pessoa humana aos filósofos medievais por Boécio¹¹⁷, tem-se que aquela dicotomia originalmente creditada a Cícero (dignidade ontológica e dignidade adquirida) prepondera no Medievo¹¹⁸. A obra de Boécio, ao ressaltar a racionalidade como elemento caracterizador da condição humana, influenciou sobremaneira o pensamento São Tomás de Aquino¹¹⁹, a ponto de se poder deduzir, da obra daquele teólogo, que a dignidade humana “também radica na capacidade de autodeterminação inerente à natureza humana, de tal sorte que, por força de sua dignidade, o ser humano, sendo livre por natureza, existe em função da sua própria vontade”¹²⁰.

Já na Renascença, destaca-se o libelo antropocentrista de Giovanni Pico della Mirandola – intitulado *Oratio de Hominis Dignitate*, de 1486 – em que, também calcado na idéia de autonomia, ressalta o caráter aprioristicamente indeterminado da pessoa humana¹²¹ e, de forma até então inédita, trata paritariamente a *ratio theologica* e a *ratio philosophica* (deixando de estabelecer a relação de subordinação até então reconhecida a essa última), inaugurando “o primeiro horizonte da modernidade”¹²².

O legado do Conde de Mirandola revelou-se inestimável ao processo de racionalização e laicização da dignidade humana operada pelo jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII – tendo o trabalho de Samuel Pufendorf representado a definitiva ruptura com a tradição cristã, na qual a dignidade ontológica, mesmo que ligada à racionalidade, surgia como concessão divina¹²³. A inovação de Pufendorf consiste em dissociar a dignidade humana da mera capacidade de pensamento, para associá-la à

tomou] possível reconhecer a coexistência de um sentido moral (seja no que diz respeito às virtudes pessoais do mérito, integridade, lealdade, entre outras, seja na acepção estóica referida) e sociopolítica de dignidade (aqui no sentido da posição social e política ocupada pelo indivíduo)”.

¹¹⁶ Conforme ALEXY (2009: 32), a expressão consta das *Epístolas Morais a Lucíolo*, livro 5, carta 47.

¹¹⁷ Cf. MORAES (op. cit., p. 78).

¹¹⁸ SARLET (op. cit., p. 36), lastreado no pensamento de Marco Ruotolo, registra que a diferenciação entre as duas “dignidades” operada por Cícero tomou-se a “concepção dominante na tradição cristã, onde é possível distinguir entre uma dignidade ontológica (ou inata), visto que decorrente da condição de o ser humano ter sido feito à imagem e semelhança de Deus, e uma dignidade existencial ou adquirida, correspondente à circunstância de se levar uma vida de acordo com os ditames da religião Cristã”.

¹¹⁹ Para essa específica influência de Boécio no pensamento de São Tomás de Aquino, vide SARLET (op. cit., p. 37) e Moraes (op. cit., p. 78).

¹²⁰ SARLET (op. cit., p. 37) esclarece que essa passagem provém de Herdegen, M. “Neuarbeitung Von Art. 1 Abs. 1 – Schutz der Menschenwürde”, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, p. 7, mediante referência direta a trechos extraídos da obra *Summa Theologica*.

¹²¹ BARROSO (2013b: 17); MORAES (op. cit., p. 79); SARLET (op. cit., p. 37).

¹²² MORAES (op. cit., p. 79). Canotilho enaltece a relevância de Pico della Mirandola ao afirmar que o “princípio material que subjaz à noção de dignidade da pessoa humana consubstancia-se no princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plastis et factor*)”. (CANOTILHO, J. J. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. *apud* SARLET, op. cit., p. 56).

¹²³ SARLET (op. cit., p. 39).

liberdade moral – isto é, a capacidade de “agir conforme o seu entendimento e sua opção”¹²⁴.

Em que pese ao pioneirismo de Pufendorf, a principal contribuição moderna ao desenvolvimento do conceito de dignidade da pessoa humana indubitavelmente se deve a Kant, que identificou sua fundamentação na faculdade que o ser humano tem de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis¹²⁵. Nessa esteira de raciocínio, Kant conclui que “o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”¹²⁶.

Desse modo, ainda segundo Kant, cada indivíduo humano ostenta dignidade (*Würden*) por não admitir equivalente – isto é, por ser peculiar a insubstituível –, o que o eleva acima de todo preço (*Preis*). Segundo a leitura kantiana de Waldrom, “os seres humanos possuem um valor com certo caráter normativo, mas não utilitário”¹²⁷.

Refutando a concepção kantiana, estritamente ontológica, da dignidade, Hegel retoma “uma perspectiva escolástica – tal qual encontrada em São Tomás de Aquino”¹²⁸ para defender uma definição de dignidade adquirida, não condicionada à racionalidade, a qual:

reside no dever de reconhecimento de determinadas possibilidades de prestação, nomeadamente, a prestação do respeito aos direitos, do desenvolvimento de uma individualidade e do reconhecimento de um autoenquadramento no processo de interação social.¹²⁹

Tal postura, “que chegou a ser considerada um equívoco sociológico (*einsoziologisches Missverständnis*)”¹³⁰, influenciou, entre outros, o pensamento de Luhmann, para quem “a pessoa alcança (ou conquista) sua dignidade a partir de uma conduta autodeterminada e da construção exitosa da sua própria identidade”¹³¹.

Incorporando as críticas de Hegel à teoria da autonomia kantiana – ou, antes, cumulando as contribuições de um e outro autor–, considera-se que o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana ostenta uma dimensão natural (correspondendo à dignidade ontológica) e uma dimensão cultural (segundo a qual “o ser humano torna-se

¹²⁴ BARROSO (2013b: 17); SARLET (op. cit., p. 39). A distinção entre as concepções religiosa e secular/laica da dignidade humana é sintetizada por SARLET (op. cit., p. 40), a partir de Cliteur e van Wissen, em dois pontos: “a) de acordo com a tradição laica, a dignidade é autônoma, no sentido de não derivada de um criador; b) para a tese secular, a dignidade é “completa”, já que não se a pode deduzir de uma percepção dos sentidos, que seria própria do pensamento cristão”.

¹²⁵ Entre outros, MUÑOZ (op. cit., p. 25) assere que “Efectivamente, el pensador de Königsberg explicita la noción de autonomía de un modo que ha quedado como paradigmático para el pensamiento moral y político de origen iluminista”.

¹²⁶ KANT, Immanuel. Fundamentos da metafísica dos costumes *apud* SARLET (op. cit., p. 40).

¹²⁷ SARLET (op. cit., p. 41).

¹²⁸ *Idem*, p. 45.

¹²⁹ *Idem*, pp. 45-46.

¹³⁰ *Idem*, p. 60.

¹³¹ *Idem, ibidem*.

digno a partir do momento em que assume sua condição de cidadão¹³²), sendo que uma dimensão deve complementar ou reforçar a outra¹³³. Conciliando extremos nesse amálgama de instável equilíbrio, cumpre configurar o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana de forma “transnacional, transcultural, não-ideológica, humanista, não-positivista, **individualista-embora-comunitarista**”¹³⁴.

Assim, a inserção do indivíduo em determinada comunidade não invalida a vocação universalista do princípio da dignidade humana¹³⁵, sendo incabível regredir-se à noção puramente prestacional de dignidade. Em outros termos, não se nega, em última instância, o caráter metafísico¹³⁶ e mesmo axiomático¹³⁷ – ou de “tabu”¹³⁸ – assumido pela dignidade da pessoa humana, verdadeiro fundamento de nossa ordem constitucional¹³⁹. Não é por outro motivo que optou-se, no âmbito da presente monografia, por explorar o tema da responsabilização sobre o prisma da dignidade da pessoa (art. 1º, III, da CR/1988), e não da cidadania (art. 1º, I, da mesma Constituição).

Por conta da especial inespecificidade da dignidade da pessoa¹⁴⁰, considera-se que sua manifestação enquanto princípio constitucional advém “de uma construção dotada de sentido eminentemente jurídico-prático”¹⁴¹ e que, portanto, “reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais”¹⁴².

Conquanto não se possa determinar seu conteúdo *in abstracto*, é possível divisar duas vertentes da dignidade da pessoa humana, sendo ela “limite” e “tarefa” em relação aos poderes sociais – sejam estatais ou da comunidade em geral. Em outros termos, verifica-se que o princípio da dignidade da pessoa humana ostenta um duplo papel, a

¹³² Tal é a interpretação de Carlos Ruiz Miguel sobre a dignidade humana em Hegel, cf. SARLET (op. cit., p. 46).

¹³³ SARLET, op. cit., pp. 45-46.

¹³⁴ Cf. McGRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *apud* BARROSO (op. cit., p. 306 – grifo acrescentado).

¹³⁵ HÄBERLE, Peter. *Die Menschenwürde als Grundlage*. *apud* SARLET (op. cit., p. 57) asser que a condição de valor próprio da dignidade natural permite falar-se de uma “constante antropológica”, relativizando a dimensão cultural e assegurando os “traços tendencialmente universais” daquele princípio.

¹³⁶ Trazendo a lição de Starck, SARLET (op. cit., p. 48) recorda que mesmo autores que refutam a fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana incorrem em tal fundamentação ao remetê-la à autonomia ou à autodeterminação – existindo, assim, um inelutável liame entre o princípio jurídico e a categoria filosófica.

¹³⁷ SARLET (op. cit., p. 62) consigna a posição de Höffe, O. *Menschenwürde als ethisches Prinzip*, a sustentar que “[se] a dignidade consiste em um axioma, no sentido de um princípio diretivo da moral e do direito, também é certo que a dignidade se refere a características biológicas da pessoa, sem contudo ser ela própria (dignidade) uma destas características”.

¹³⁸ SARLET (op. cit., p. 156) remete a ideia de dignidade humana como tabu a POSCHER, R. *Die Würde des Menschen ist Unantastbar*. 2004.

¹³⁹ SARLET, op. cit., p. 75.

¹⁴⁰ Advinda, segundo aponta SARLET (op. cit., p. 50), com arrimo em Michael Sachs, do fato de que a dignidade, “diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente ou, como preferem outros, atribuída a todo e qualquer ser humano (...)”. Como recorda LOPES (op. cit., p. 251), “o ser humano é aberto para o mundo e inespecializado, o que o obriga a continuamente fazer escolhas para a manutenção de sua existência”.

¹⁴¹ SARLET (op. cit., p. 59).

¹⁴² *Idem*, p. 52.

um só tempo defensivo e prestacional¹⁴³. Em sua primeira vertente, o princípio da dignidade impõe o respeito a uma esfera de autonomia individual, enquanto que o segundo vetor legitima a pretensão de assistência/proteção ao indivíduo¹⁴⁴.

A indefinição inerente ao conceito da dignidade humana – incidente sobretudo em seus lindes ou “franjas” – também não impede que se entreveja parte de seu conteúdo jurídico. Nesse sentido, identificam-se, de praxe, elementos básicos a compor a dignidade da pessoa, a ela conferindo um “sentido mínimo universalizável”¹⁴⁵. Enumeram-se, usualmente, três componentes fundamentais da dignidade: o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade e o valor comunitário¹⁴⁶.

Quanto à primeira vertente da dignidade da pessoa humana – o valor intrínseco da pessoa humana –, observam-se dois corolários: um antiutilitarista, a apregoar que o ser humano não pode ser reduzido a um “meio para realização de metas coletivas ou projetos sociais de outros”¹⁴⁷; e um antiautoritário, a indicar que “é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário”¹⁴⁸. Sob esse ângulo em particular, a dignidade da pessoa humana relaciona-se mais diretamente aos direitos da personalidade (honra, imagem, privacidade etc.), ao direito à saúde e a aspectos da bioética, bem assim ao direito à diversidade.

O segundo componente da dignidade humana (a autonomia da vontade) alude à autodeterminação e ostenta duas dimensões: uma eminentemente privada – referente ao projeto de vida e desenvolvimento da personalidade individual (afetividade, religiosidade, etc.) – e outra pública, relativa ao plano dos direitos políticos, identificando o direito de cada um de participar do processo democrático (tomada de decisões coletivas), é dizer, de um “projeto de autogoverno”¹⁴⁹.

Cabe deter a análise nesse ponto, pois se os direitos políticos ativos e passivos constituem exigência e decorrência da dignidade humana, reclamando a possibilidade concreta de participação na formação da vontade geral¹⁵⁰ – a ponto de Häberle sustentar que democracia e direitos políticos operam simultaneamente como consequência organizatória e como garantia política da dignidade da pessoa humana¹⁵¹ –, então

¹⁴³ *Idem*, p. 58.

¹⁴⁴ A esse duplo aspecto Dworkin denomina “voz ativa” e “voz passiva” da dignidade. (DWORKIN, Ronald. *El domínio de la vida*. *apud* SARLET, op. cit., p. 61).

¹⁴⁵ LOPES (op. cit., p. 250) enuncia que “O princípio da autonomia da vontade, seja na sua já conhecida aplicação no direito privado ou no exercício da cidadania republicana, é, por isso, uma das decomposições da dignidade da pessoa humana”. O mesmo entendimento é encontrado em BARROSO (2013a, p. 306).

¹⁴⁶ Moraes (op. cit., p. 96 *et seq.*) prefere escandi-los em quatro: a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade. Enquanto o “valor intrínseco da pessoa humana” corresponde à conjugação dos componentes “integridade psicofísica” e “igualdade” na terminologia da insigne autora, os dois elementos seguintes (“autonomia da vontade” e “valor comunitário”) correspondem, respectivamente e em sua nomenclatura, à “liberdade” e à “solidariedade”. A despeito das diferenças terminológicas, existe significativa correspondência no que tange ao teor das classificações acima, de forma que a opção ora adotada de seguir a classificação provida por Barroso não implica perda ou redução de conteúdo a ser analisado.

¹⁴⁷ BARROSO (2013a, p. 207).

¹⁴⁸ *Idem, ibidem*.

¹⁴⁹ *Idem*, p. 309.

¹⁵⁰ Cf. SARLET (op. cit., p. 114).

¹⁵¹ HÄBERLE, Peter. *Die Menschenwürde als Grundlage*. *apud* SARLET (op. cit., pp. 114/115).

cumpra afastar qualquer sombra de arbítrio de deliberações que, direta ou indiretamente, venham a suspender direitos políticos.

Com esse alerta, adianta-se a necessidade de redobrado cuidado na atuação dos Tribunais de Contas em geral e do Tribunal de Contas da União em particular, ante as novas competências atribuídas pela Lei Complementar 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), cujo artigo 2º institui como hipótese de inelegibilidade a rejeição, por “irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa”, de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas.

Ainda no atinente ao componente de autonomia da dignidade da pessoa humana, acompanhamos o posicionamento de Sarlet – que, com base na ideia hegeliana de que “a propriedade constitui (também) o espaço de liberdade da pessoa (*Sphäre ihrer Freiheit*)”, conclui que:

Até mesmo o direito de propriedade – inclusive e especialmente tendo presente o seu conteúdo social consagrado no constitucionalismo pátrio – se constitui em dimensão inerente à dignidade da pessoa, considerando que a falta de uma moradia decente ou mesmo de um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional evidentemente acaba, em muitos casos, comprometendo gravemente – senão definitivamente – os pressupostos básicos para uma vida com dignidade.¹⁵²

Considerando que a dignidade humana tem por núcleo a noção de um mínimo existencial, e tendo em mente que a ideia de um “patrimônio mínimo [que] em certo sentido não deixa de guardar relação com a ideia de um mínimo existencial”¹⁵³, novamente cabe alertar para a necessidade de alinhar a atuação dos poderes públicos – entre os quais se situam os Tribunais de Contas – à salvaguarda dos direitos fundamentais dos administrados, pois uma das sanções mais corriqueiramente aplicadas consiste em multa de natureza patrimonial¹⁵⁴.

O terceiro componente da dignidade da pessoa humana é representado por seu valor comunitário¹⁵⁵ e é correntemente referida como “dignidade como heteronomia” ou “dimensão ecológica da dignidade”¹⁵⁶. Referindo-se às responsabilidades e deveres decorrentes das escolhas individuais, a vertente solidária da dignidade da pessoa humana perpassa temas caros ao direito de família, ao direito do consumidor e ao direito à fruição de um meio ambiente equilibrado.

¹⁵² *Idem*, pp. 45-46.

¹⁵³ Em que pese a oposição de parte dos doutrinadores, entre os quais se sobressai Ferrajoli – que nega categoricamente “a fundamentalidade do direito de propriedade, enquadrando-o no grupo dos direitos meramente patrimoniais” (SARLET, op. cit., 108).

¹⁵⁴ No caso do Tribunal de Contas da União, paradigma para os Tribunais de Contas subnacionais, a penalidade de multa encontra-se prevista no art. 71, VIII, da própria Constituição da República: “Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”.

¹⁵⁵ Preferindo MORAES (op. cit., p. 109) denominá-lo “solidariedade”.

¹⁵⁶ BARROSO (2013a, pp. 312-313).

A outro turno, em seu aspecto limitador das liberdades individuais, tem-se que a hipertrofia do aspecto comunitário da dignidade suscita graves riscos para os demais componentes da própria dignidade humana, conforme adverte Barroso:

a) o emprego da expressão como um rótulo justificador de políticas paternalistas; b) o enfraquecimento de direitos fundamentais em seu embate com as “razões de Estado”; e c) problemas práticos e institucionais na definição de valores compartilhados pela comunidade, com os perigos do moralismo e da tirania da maioria.¹⁵⁷

Ainda é possível destacar que os direitos e garantias processuais também relacionam-se intrinsecamente à dignidade da pessoa humana¹⁵⁸. Tais direitos e garantias prescrevem, em fórmula genérica, que “o indivíduo, no âmbito do processo, não pode ser tratado como mero objeto da decisão judicial, mas sim deve ter assegurada a (...) influência no processo decisório”¹⁵⁹.

A não-instrumentalização do indivíduo no âmbito do processo reflete-se em uma pletera de garantias que militam em seu favor, entre as quais se destacam a presunção de não culpabilidade, a ampla defesa, ao princípio da insignificância e a razoável duração do processo¹⁶⁰. Embora os comentários da doutrina tendam a se orientar para o tratamento do processo penal, não se enxerga óbice – ao contrário, entende-se como requisito de coerência do sistema – a que considerações dessa ordem se apliquem a qualquer procedimento sancionatório (tributário, regulatório, de controle externo etc.).

Nesse ponto, encerrado o brevíssimo esboço histórico e o exame sobre o conteúdo jurídico do princípio em epígrafe, cabe registrar o hodierno conceito de dignidade da pessoa humana, o qual tomamos de empréstimo a Sarlet:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.¹⁶¹⁻¹⁶²

¹⁵⁷ *Idem*, p. 313. Na sequência, o autor observa, ainda, que “A dignidade como valor comunitário, imposto heteronomamente, é frequentemente associado a conceitos jurídicos indeterminados, como ordem pública, interesse público, moralidade pública, portas pelas quais ingressam, em concepções autoritárias ou não plurais, as razões de Estado”.

¹⁵⁸ Cf. BARROSO (2013a: 316) e SARLET (op. cit., p. 115).

¹⁵⁹ SARLET, op. cit., p. 115.

¹⁶⁰ BARROSO (2013a: 316) e SARLET (op. cit., p. 116).

¹⁶¹ SARLET, op. cit., p. 73.

Por fim, cabe salientar que, apesar da intangibilidade de que se cinge a dignidade da pessoa humana – relativizando-se unicamente em razão da dignidade de outro ser humano ou, segundo parte da doutrina, em relação à própria vida –, a noção de dignidade não é e nem poderia ser incompatível com a imposição de sanções. Partindo de elaboração de Kant, Sarlet pondera que:

(...) tal postulado [vedação à instrumentalização do ser humano] não exige que nunca se coloque alguém em situação de desvantagem em prol de outrem, mas sim, que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar a importância distintiva de suas próprias vidas.¹⁶³

Assim, o que se rechaça é a sujeição arbitrária e desconforme aos direitos fundamentais, já que usualmente “o desempenho das funções sociais em geral encontra-se vinculado a uma recíproca sujeição” como “todo aquele que presta serviço a outrem”¹⁶⁴. Nessa mesma esteira de entendimento, não se descarta a imposição de sanção legítima, entendida como a penalidade que pondera adequadamente os direitos fundamentais pertinentes e necessariamente preserva o núcleo incidível daqueles direitos¹⁶⁵: a dignidade da pessoa humana, “valor precípuo do ordenamento, (...) a própria finalidade-função do direito”¹⁶⁶.

De toda sorte, em que pese ao “vetor comunitário” da dignidade da pessoa humana e à possibilidade de imposição legítima de sanções, não mais se tolera “a justificação de sacrifícios da dignidade pessoal em prol da comunidade”¹⁶⁷, cumprindo concluir que o conjunto dos ramos jurídicos historicamente identificados como sendo de Direito Público¹⁶⁸ “não mais se inspira na subordinação do cidadão”¹⁶⁹.

Assim, o saldo da presente discussão pode ser sintetizado com as seguintes constatações: 1) os Tribunais de Contas brasileiros devem interpretar/aplicar o direito

¹⁶² Registre-se, por necessário, que o conceito de dignidade de pessoa humana não é consensual, comentando BARROSO (2013a: 293/294) que “Em razão da plasticidade e da ambiguidade do discurso da dignidade, muitos autores já sustentaram a inutilidade do conceito, referido como ilusório e retórico. Outros estudiosos apontam os riscos de utilização da dignidade em nome de uma moral religiosa ou paternalista”.

¹⁶³ SARLET, op. cit., p. 62.

¹⁶⁴ Ambas citações em SARLET, op. cit., pp. 62-63.

¹⁶⁵ Citando a obra Doutrina do Direito, de Kant, LOPES (op. cit., p. 161) comenta que “Então, para Kant (...) O culpado deveria ser considerado *digno de punição* antes de se extrair qualquer utilidade de sua pena para ele ou para seus concidadãos” (grifado no original).

¹⁶⁶ A expressão, retirada do trabalho de Fabio Konder Comparato (O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos), encontra-se em MORAES (op. cit., p. 323).

¹⁶⁷ SARLET (op. cit., p. 65).

¹⁶⁸ Em vista da necessidade de unidade sistematizada e coerência valorativa do ordenamento (em torno da Constituição), não mais subsiste a “*Summa Divisio* ulpiana dicotomizadora do público/privado”, nos dizeres de Fabio Nusdeo (O Direito Econômico Centenário – um “Vol d’Oiseau” sobre o Passado e Algumas Perspectivas para o Futuro” in João Maurício Adeodato e Eduardo C. B. Bittar. Filosofia e Teoria Geral do Direito – Estudos em Homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu Septuagésimo Aniversário. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 408).

¹⁶⁹ MORAES (op. cit., p. 11).

valendo-se da “filtragem constitucional”; 2) os princípios e os direitos fundamentais, explícitos e implícitos, vinculam a atuação das entidades públicas (e privadas), das quais os Tribunais de Contas não representam exceção; 3) no processo de ponderação de direitos fundamentais ou princípios conflitantes, os Tribunais de Contas, a exemplo dos demais operadores do Direito, devem atentar para que a imputação de responsabilidade por si desenvolvida não lesione, por seu processo ou resultado, o núcleo dos direitos fundamentais – qual seja, a dignidade da pessoa humana –, em qualquer de seus três aspectos estruturantes: o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia da vontade (em seus aspectos privados e públicos) e o valor comunitário.

2. Responsabilidade Jurídica

Descrita a ambiência em que se espera operar o Direito contemporâneo (i.e. o neoconstitucionalismo), cumpre investigar a evolução, a natureza e os elementos de “una de las principales tareas y finalidades del Derecho”¹⁷⁰: a imputação de responsabilidade. Como primeiro passo, torna-se útil revisitar a etimologia do termo “responsabilidade” e do fenômeno por ele designado – de modo análogo ao adrede realizado com o termo “dignidade” – como ponto de partida para a análise de sua evolução até sua acepção moderna¹⁷¹.

Em seguida, considerando que os ordenamentos neoconstitucionais fundamentam sua legitimidade no princípio da dignidade humana, e tendo em conta que esse princípio consagra a autonomia como um de seus pilares (ao lado da “integridade psicofísica” e do “valor comunitário”, conforme discutido na seção precedente), cabe examinar, sob esse prisma, a natureza assumida pela responsabilidade no contexto atual, enfrentando a tensão existente entre a autonomia kantiana e a responsabilidade.

Por fim, uma aproximação dos resultados deste trabalho com a dogmática vigente exigirá o exame de componentes doutrinariamente considerados como requisitos essenciais à imputação de responsabilidade – nomeadamente: conduta, dano, causalidade e culpa (como característica da conduta). O foco dessa investigação deverá recair sobre as particularidades eventualmente existentes em cada seara jurídica, o que permitirá, na seção subsequente, a comparação com o Direito caracteristicamente operado pelo Tribunal de Contas da União.

Antes que se investigue a origem do vocábulo “responsabilidade” – que, segundo Ricoeur, desalojou e substituiu o termo “imputação”¹⁷² –, faz-se necessário reconhecer sua polissemia, havendo clássica lição de Herbert H. L. Hart a demonstrar a multiplicidade de significados – propriamente jurídicos ou não – assumidos pelo

¹⁷⁰ MUÑOZ, Juan Antonio Martínez. Autonomía y Responsabilidad. (p. 16) In TORRE, Ángel Sánchez de la; SIERRA, Isabel Araceli Hoyo (orgs.). Modalidades de Responsabilidad Jurídica: Deber y Obligación (pp. 15-43). ISBN 978-84-9849-268-2. Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2008.

¹⁷¹ A telegráfica análise histórica aqui desenvolvida é tributária de LOPES (op. cit., *passim*), a que se remete para uma análise realmente profunda e pormenorizada.

¹⁷² RICOEUR (1979: 45 *apud* LOPES, op. cit., p. 272).

termo¹⁷³. Tal constatação impõe a prévia confirmação da correspondência entre aquele significante (“responsabilidade”) e o fenômeno jurídico que aqui se pretende examinar.

Analisando a ampla gama de sentidos atribuíveis à palavra “responsabilidade”, Hart conclui pela possibilidade de classificá-las em quatro agrupamentos conceituais, a saber: “(a) Role-Responsibility¹⁷⁴; (b) Causal Responsibility¹⁷⁵; (c) Liability-Responsibility¹⁷⁶; (d) Capacity-Responsibility¹⁷⁷”. Para identificar a unidade subjacente a todas essas noções – algumas das quais mais afeitas aos campos sociológico, político, moral etc. do que ao campo jurídico –, afigura-se especialmente útil recorrer à etimologia da palavra responsabilidade e de seus cognatos gramaticais.

¹⁷³ O excerto em que Hart discorre sobre os copiosos significados do termo “responsabilidade” é tal como se segue: “The following simple story of a drunken sea captain who lost his ship at sea can be told in the terminology of responsibility to illustrate, with stylistically horrible clarity, these differences of sense. As captain of the ship, X was responsible for the loss of the ship with all aboard. It was rumoured that he was insane, but the doctors considered that he was responsible for his actions. Throughout the voyage he behaved quite irresponsibly, and various incidents in his career showed that he was not a responsible person. He always maintained that the exceptional winter storms were responsible for the loss of the ship, but in the legal proceedings against him he was found criminally responsible for his negligent conduct, and in separate civil proceedings he was held legally responsible for the loss of life and property. He is still alive and he is morally responsible for the deaths of many women and children” (HART, H. L. A. *Punishment and Responsibility*. Oxford: Oxford University Press, 2008. p. 211).

¹⁷⁴ HART (op. cit., p. 212) esclarece que o sentido da responsabilidade como “Role-Responsibility”, como seu epíteto sugere, remete ao papel ou função social do indivíduo: “(...) whenever a person occupies a distinctive place or office in a social organization, to which specific duties are attached to provide for the welfare of others or to advance in some specific way the aims and purposes of the organization, he is properly said to be responsible for the performance of these duties, or for doing what is necessary to fulfil them”. O autor realça, ainda, o caráter indistintamente moral e/ou jurídico (ou mesmo alheio a essas duas esferas) dessa acepção da responsabilidade: “Though it was noted that role-responsibility might take either legal or moral form, it was not found necessary to treat these separately” (*Idem*, p. 215).

¹⁷⁵ Da leitura de HART (op. cit., p. 214), infere-se que o significado da “responsabilidade como causalidade” (Causal Responsibility) é bastante autoexplicativo: “In many contexts, as in this one [‘The long drought was responsible for the famine in India’], it is possible to substitute for the expression ‘was responsible for’ the words ‘caused’ or ‘produced’ or some other causal expression in referring to consequences, results or outcomes”.

¹⁷⁶ Também chamada por Hart de “Legal Liability-Responsibility”, esse é o conceito que aquele autor considera como sendo o sentido jurídico primário da responsabilidade: “When legal rules require men to act or abstain from action, one who breaks the law is usually liable, according to other legal rules, to punishment for his misdeeds, or to make compensation to persons injured thereby, and very often he is liable to both punishment and enforced compensation” HART (op. cit., p. 215). LOPES (op. cit., 255) traduz a *liability-responsibility* por “responsabilidade como punibilidade/sancionabilidade” e indica que o enfoque de HART sobre essa categoria “se compreende pela ênfase do neopositivismo na sanção para o direito” (LOPES, op. cit., p. 256).

¹⁷⁷ Ao associar a “Capacity Responsibility” a critérios mentais ou psicológicos, HART (op. cit., p. 218) identifica esse significado da responsabilidade como sendo a “imputabilidade” dos sistemas de *civil law*: “Continental codes usually make a firm distinction between these two main types of psychological conditions: questions concerning general capacity are described as matters of responsibility or ‘imputability’, whereas questions concerning the presence or absence of knowledge or intention on particular occasions are not described as matters of ‘imputability’, but are referred to the topic of ‘fault’ (*schuld, faute, dolo, &c*). English law and English writers do not mark quite so firmly this contrast between general capacity and the knowledge or intention accompanying a particular action; for the expression *mens rea* is now often used to cover all the variety of psychological conditions required for liability by the law (...)”.

A procedência do termo “responsabilidade” – inédita com essa redação até o século XIV¹⁷⁸ – pode ser rastreada até seu primitivo uso no Direito Romano, conforme preleciona Othon de Azevedo Lopes:

Tal vocábulo, assim, tem claras raízes latinas, remetendo a *sponsor* e a *spondere*. O *sponsor* é um devedor, ou seja, aquele que, na *stipulatio*, assente ao “estipulante”, futuro credor, comprometendo-se a uma futura prestação. O *responsor*, por sua vez, está ligado especialmente à caução, ou, em uma evolução, a *respondere* (responder pela) dívida principal de outrem.

Correspondendo ao caráter ritualístico do direito romano – principalmente nas suas origens, a palavra *spondere* tem em seu radical a idéia de rito e solenidade com a formação de um certo equilíbrio e de uma ordem.¹⁷⁹

Tais considerações são, por si sós, reveladoras de que o fenômeno da responsabilidade, conquanto seja usualmente empregado nos mais diversos campos (responsabilidade moral, responsabilidade política etc.), toma de empréstimo características que remontam a essa primitiva formulação jurídica¹⁸⁰. Com efeito, a conexão entre os vários significados atribuíveis ao termo “responsabilidade” reside nessa origem etimológica comum, conforme corrobora Hart:

I have not considered in the text whether there is any unifying feature which explains the diverse applications of the word ‘responsibility’. Etymology suggests that the notion of an ‘answer’ may play the part: a person who is responsible for something may be required to answer questions and it has been often pointed out that traces of this survives in some sense of responsibility. (...) I think, therefore, that though some sense of ‘answer’ is connected with all the main meanings of responsibility it is not that of answering questions, and the connexion though systematic is indirect.

The following account seems to me to be plausible. The original meaning of the word ‘answer’, like that of the Greek ‘ἀποκρῶσθαι’ and the Latin *respondere*, was not that of answering questions, but that of answering or rebutting accusations or charges, which, if established, carried liability to punishment or blame or other adverse treatment (...) There is, therefore, a very direct connexion between the notion of answering in this sense and liability-responsibility, which I take to be the primary sense of

¹⁷⁸ LOPES (op. cit., p. 37) explica que “A palavra responsável, contudo, não tem equivalente nos dicionários latinos. É apenas no século XIV que surge em francês a palavra *responsable*. Em princípio, como particípio do verbo *répondre*, significando a pergunta que é suscetível de resposta. Após, esse adjetivo se liga a um sujeito para indicar a pessoa que está ativamente obrigada a uma resposta”.

¹⁷⁹ LOPES, op. cit., pp. 36-37.

¹⁸⁰ Ademais, RIPSTEIN (op. cit., pp. 3-4) considera que o estudo da responsabilidade a partir de perspectiva jurídica é frutífero por dois motivos: pelo seu caráter cogente (*coercively enforced*) e pela delimitação de seu alcance. Essa constatação está em perfeita consonância com a afirmação de que “La responsabilidad jurídica es exigida de manera terminante y, por eso mismo, exige reglas más precisas y transparentes que la responsabilidad económica, política, histórica, educativa, medioambiental, etc.” (MUÑOZ, op. cit., p. 15).

responsibility: a person who fails to rebut a charge is liable to punishment or blame for what he has done, and a person who is liable to punishment or blame has had a charge to rebut and failed to rebut it. Hence it was common in legal and other usage to speak of a person as answerable for loss or damage (...), and also as answerable for his actions, in cases where we should use the expression 'responsible for'.

The other senses of responsibility are variously derived from this primary sense of liability-responsibility and are connected indirectly with the relevant sense of answer in that way.¹⁸¹

Mais especificamente, os significados assumidos pela responsabilidade em diversas áreas comungam de duas características: uma *estrutura formal* – sendo sempre a responsabilidade de uma pessoa por uma conduta (ou sua consequência) perante outras pessoas – e uma *função social* – sendo que alguém se torna responsável por heteroimputação ou autoimputação (imputação pública)¹⁸².

Retomando a origem do termo, nota-se que os antecedentes representados pela experiência romana se prestam a balizar a noção ocidental hodierna de responsabilidade jurídica em função da concepção marcadamente individualista impressa à relação existente entre responsabilidade, obrigação e patrimônio¹⁸³. Nota-se que, nesse ponto, o sistema romanista contrasta com o modelo germânico, o qual privilegia a dimensão coletiva de responsabilidade¹⁸⁴.

Partindo desse referencial, nota-se que o Direito Romano demonstrou-se particularmente competente em sua capacidade de isolar (*aislar*) a resposta jurídica da influência de aspectos econômicos, médicos, sociológicos etc. porventura incidentes sobre as causas em discussão – e, assim, obteve expressivo êxito em evitar a completa diluição ou dissolução da imputação de responsabilidade por atos individuais a causas históricas, ambientais, fisiológicas, educacionais etc¹⁸⁵.

Assim, iniciaremos esta brevíssima reconstrução histórica a partir da experiência romana, substrato sobre o qual, agregados os aportes gregos e hebraicos (judaico-cristãos) e os desenvolvimentos do Direito Canônico, evoluiu o conceito de responsabilidade jurídica até configuração formalmente próxima da atual. Guarda-se em mente, nesse ponto, a ideia gadameriana de história efetual – traduzível, grosso modo,

¹⁸¹ HART, op. cit., pp. 264-265.

¹⁸² GÜNTHER, op. cit., pp. 5-6.

¹⁸³ MUÑOZ, op. cit., pp. 17/18.

¹⁸⁴ Bem aponta MUÑOZ (op. cit., p. 18) que a dicotomia apresentada não resume as contraposições que sempre permearam o evoluir da noção de responsabilidade, já que cada sistema jurídico a dotou de traços distintivos: “Así, y de modo esquemático, podemos ver que frente al derecho romano individualista hay uno germánico que da más importancia a la responsabilidad colectiva, frente al legalista ilustrado está el judicialista anglosajón, frente al canónico moralizante está el relativista de los derechos humanos; efectivamente un rasgo característico en la medida en que lo cuestionan y critican”.

¹⁸⁵ MUÑOZ (op. cit., p. 20) assevera: “(...) estimo que, en gran parte, el éxito del derecho romano consistió en aislar la respuesta jurídica de esas otras consideraciones [cuestiones semánticas, de carácter lingüístico, histórico, filosófico o sociológico (...)]”. Mais adiante, o mesmo autor pondera que, considerando que a responsabilidade jurídica apenas adquire sentido em função e no interior de um sistema jurídico, e que diversas correntes de explicação jusfilosóficas, psicanalíticas etc. concorrem na teorização dos fenômenos analisados, resta ao julgador determinar qual ou quais dessas explicações devem ser empregadas para aferição da responsabilidade em casos concretos – é dizer, determinar o “grau de isolamento” adequado para a aplicação do Direito (*idem, passim*).

pela impossibilidade prática de reconstruir objetivamente a experiência humana, limitando-nos aqui a “procurar valorar quais ideias e tradições foram decisivas para que, no presente, se tenha uma certa concepção acerca da responsabilidade e não outra”¹⁸⁶.

Todavia, até o advento do direito justiniano – transitório entre o direito romano clássico e moderno¹⁸⁷ – a responsabilidade afigurava-se essencialmente objetiva, direta e materialística. Essas três características traduzem-se pelos fatos de que, até então: 1) a intenção do autor do dano era considerada pouco ou nada relevante para sua responsabilização; 2) o dano deveria advir de ação direta sobre a coisa; e 3) a responsabilidade originava-se com dano corporal à coisa ou à pessoa¹⁸⁸.

Sobre esse terceiro aspecto, revelam-se aplicáveis as seguintes considerações de René Ariel Dotti, amparado em Bettiol:

A história das instituições penais revela que o ingresso da culpabilidade como elemento da estrutura do delito foi uma conquista da Civilização e da Cultura, posto que nos alvares do Direito Penal bastava o nexu objetivo entre a ação e o resultado para se impor a pena criminal. Como lembra BETTIOL, era o conceito de lesão que dominava o campo penal, e a ocorrência o dano era suficiente para legitimar a reação, independentemente das condições psicológicas em que o autor da lesão tivesse atuado.¹⁸⁹

A influência helenística sobre o direito romano tardio remodelou decisivamente a concepção de responsabilidade jurídica, aproximando-a de seu conceito atual nos três pontos fulcrais acima. Assim, a inclusão da culpa como pressuposto da responsabilidade, consagrando seu caráter subjetivo, ocorreu durante a fase pós-clássica do direito romano, quando jurisconsultos como Quintus Mucius Scaevola conceberam a fórmula *Impunitus est qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit*¹⁹⁰.

Também inspira-se no direito grego – mais especificamente, na ação denominada δίκη βλάβης (*dikê blabês*), “que consistiam na estimação em moeda de um prejuízo”¹⁹¹ – a concepção de responsabilidade por atos de terceiros, bem como por atos que não tenham produzido dano material sobre coisa:

Em tal ação [δίκη βλάβης (*dikê blabês*)], ao contrário do que ocorria no direito romano com a ação aquiliana, não se exigia materialidade do fato

¹⁸⁶ LOPES, op. cit., p. 33. Conforme já se afirmou na nota de rodapé 171, esta seção é largamente inspirada na obra citada (i.e. LOPES, 2006).

¹⁸⁷ LOPES (op. cit., p. 71) ensina que “Os institutos clássicos do direito romano são melhor compreendidos a partir do direito teodosiano e dos fragmentos das leis anteriores. O direito contido na Codificação de Justiniano deve ser encarado sobretudo como passagem entre o direito romano clássico e o direito moderno, como um direito de transição”.

¹⁸⁸ LOPES, op. cit., pp. 70-72.

¹⁸⁹ DOTTI, René Ariel. Prefácio à 2ª Edição. In PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coords.). Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 12.

¹⁹⁰ LOPES, op. cit., p. 70.

¹⁹¹ *Idem*, p. 48.

danoso nem ação direta contra a coisa, aplicando-se a diversos casos, de uma forma mais genérica e abstrata.¹⁹²

Por fim, a abstração característica do pensamento grego – principalmente em sua vertente estoica, legada a Cícero por Panécio e Políbio¹⁹³ – influenciou o direito romano no sentido de alargar as hipóteses de responsabilidade para além dos casos em que se provocava o dano por ação direta sobre a coisa (i.e. *corpore corpori datum*). Tem-se como passo decisivo, nesse sentido, a evolução e consolidação da *actio in factum legis Aquiliae* no período justiniano, reservada aquela *actio* à hipótese de *damnum non corpori datum*¹⁹⁴.

Repare-se, todavia, que a ideia de culpa, no Direito Romano, “tinha significado muito mais próximo do nexo materialístico de causalidade”¹⁹⁵, sendo que seu entendimento como descumprimento de um dever pré-existente constitui relevante contribuição advinda do pensamento judaico-cristão¹⁹⁶. Predominando no Medievo, essa cosmovisão (judaico-cristã) deslocou sensivelmente o eixo da responsabilização, da culpa e da pena. A responsabilidade já não mais se resumia à busca pelo restabelecimento de uma ordem social concreta (como em Roma), passando a referir-se à falta de diligência no atendimento a um dever transcendente¹⁹⁷, atentando contra “*el sentido inteligible de que está dotado el mundo y el verdadero sentido humano que sólo se mantiene porque se responde ante una instancia transcendente*”¹⁹⁸.

Durante o longo percurso traçado pelo Direito em substituir o principal sistema que lhe servia de equivalente funcional – a vingança privada e a retaliação –, o vocábulo “culpa” foi gradualmente ressemantizado no pensamento jurídico ocidental para que passasse a representar a “corrupção da intenção”¹⁹⁹, adquirindo os contornos que, em

¹⁹² *Idem*, pp. 48-49.

¹⁹³¹⁹³ Cf. DE LA TORRE, Ángel Sanchez. Los deberes ético-políticos (Cicerón). (p. 81 *et passim*) In TORRE, Ángel Sánchez de la; SIERRA, Isabel Araceli Hoyo (orgs.). Modalidades de Responsabilidad Jurídica: Deber y Obligación (pp. 75-104). Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2008. O autor aponta, ainda, traços de influência socrática e platônica em Cícero, limitadamente legadas ao direito romano: “Cuando Cicerón inicia su investigación *de officiis* comienza por reconocer que su doctrina se inspirará directamente de los filósofos y retóricos griegos contemporáneos, algunos de ellos amigos suyos como Panecio, pero teniendo siempre en cuenta a los Socráticos y las Escuelas que le sucedieron, bien para seguirlas, bien para criticarlas. (...) Mas – sigue en esto Cicerón doctrina de Platón – no hemos nacido solamente para nosotros, sino también para la patria y para los amigos – ahora con doctrina estoica –, por lo cual debemos ayudar a los demás, intercambiando nuestras capacidades y nuestros recursos, de tal modo que estos vínculos generen mayor densidad en la existencia colectiva” (*Idem*, p. 81).

¹⁹⁴ LOPES, op. cit., p. 72.

¹⁹⁵ *Idem*, p. 71.

¹⁹⁶ *Idem*, *ibidem*.

¹⁹⁷ *Idem*, p. 85.

¹⁹⁸ MUÑOZ, op. cit., p. 38.

¹⁹⁹ Nesse aspecto, MUÑOZ (op. cit., pp. 38-39) coteja o pensamento estóico e o agostiniano: “El derecho romano, lo mismo que la filosofía aristotélica, reconoce, en cambio la categoría de designio. Para los estoicos, el designio es lo único que decide sobre el valor o carencia de valor de un hombre. Por su parte los autores cristianos, como San Agustín, fueron más allá que los estoicos; (...) la pureza es cuestión del corazón y no tiene nada que ver con lo que nos ocurre desde fuera en contra de nuestra voluntad (*De civitate Dei*, I, 16). Que sólo la intención decide sobre la moralidad de una acción, lo elevó Abelardo a tesis fundamental de la filosofía moral del siglo XII (*Ethica seu Scito teipsum*, PL, 178). La intención y su malformación, la culpabilidad, constituyen la representación del desordenen el núcleo más íntimo del hombre, es un fallo en el sentido de su vida y de su interacción con los demás y el con el mundo”.

Santo Agostinho, transformaram-no no *núcleo del sentido europeo de la libertad, en cuanto permite comprender el valor, posición, y protagonismo social e histórico que al individuo se atribuye en la tradición europea*²⁰⁰.

Tal "espiritualização do Direito" operou consequências profundas no que tange a responsabilização e suas consequências: ao tempo em que retirou a pena do campo da expiação – transpondo-a à esfera do perdão²⁰¹ –, consagrou a relevância da vontade e da consciência para determinação da responsabilidade. Nessa esteira de raciocínio, torna-se plenamente justificável punir a tentativa de delito, bem assim mitigar os efeitos da condenação nas hipóteses de desconhecimento da lei²⁰². Ademais, ao associar intimamente o Direito à Moral, o pensamento agostiniano legitimou a condenação de condutas tais como a dissimulação²⁰³.

Na Alta Idade Média, o Direito Canônico trouxe inovações que influíram incisivamente para cimentar certos traços da responsabilidade jurídica – mormente no ramo repressivo – que subsistem até a atualidade. Tais inovações reforçaram a individualidade da culpa, aprofundando as dimensões intelectuais e volitivas da responsabilização²⁰⁴.

Entre as elaborações teológicas de maior reflexo na vida jurídica, destaca-se o desenvolvimento da crença em um purgatório, pois “A noção de uma condenação ‘temporária’ inscreve-se numa atitude mental mais ampla que, saída da preocupação de justiça, resulta numa autêntica contabilidade do além”²⁰⁵. Se “a responsabilidade não pode ser entendida, portanto, fora do contexto de uma vida dotada de sentido deontico perante alguma ordem”²⁰⁶, essa ordem, como já se disse, migra da imanência para a transcendência.

A translação desse ideário para o campo jurídico teve consequências profundas, moldando de forma radicalmente diversa os fundamentos da responsabilização e impactando sobremaneira a dinâmica e a dosimetria das sanções:

A idéia de proporcionalidade das penas à gravidade dos delitos, vinda da patrística, passa de qualitativa a quantitativa, por influência do progresso da matemática e da aritmética com o retorno ao pensamento clássico grego.

A doutrina do purgatório foi uma metáfora fundamental para a elaboração do pensamento jurídico no mundo ocidental. (...) Daí em diante, os pecados estabelecidos pela lei moral revelada por Deus, por intermédio das escrituras, do direito natural inscrito na mente e coração dos homens e das leis positivas da Igreja, deveriam ser castigados com sofrimentos

²⁰⁰ *Idem*, pp. 29-30.

²⁰¹ LOPES, op. cit., p. 85.

²⁰² *Idem*, p. 86.

²⁰³ *Idem*, *ibidem*.

²⁰⁴ Embora os gregos já considerassem a intenção como integrante do crime, conferiam-lhe relevo secundário: “Assim, o direito penal grego do período da democracia permite, dessa maneira, perceber que, embora os gregos já conhecessem a intenção como um aspecto subjetivo do crime, a retribuição e a expiação do dano, ainda que imaterial, eram a idéia central da responsabilidade grega. Tribunais para julgar animais e punição a cadáveres são exemplos de tal mentalidade expiatória, pouco vinculada a considerações éticas sobre a conduta” (LOPES, op. cit., p. 48).

²⁰⁵ LE GOFF (1995, p. 270 *apud* LOPES, op. cit., p. 98).

²⁰⁶ LOPES, op. cit., p. 258.

temporais de acordo com a sua gravidade. (...) O mal deveria ser retribuído em função de sua culpabilidade com a pena.

(...) O castigo eterno podia converter-se em castigo temporal. As penas deixavam de ser atos de reconciliação pública para serem atos de purgação da culpa individual.²⁰⁷

A introdução da dimensão “contábil” na responsabilidade torna-se nítida compulsando-se a genealogia do vocábulo “imputação”, derivado do “verbo latino *putare* [que] traz ínsito o cálculo - *comput*. Em alemão, *Zurechnung* (imputação) remete ao verbo *rechen* (calcular)”²⁰⁸. Imputar e computar revelam, assim, uma relação subjacente que repousa sobre a ideia comum de uma métrica.

Recorde-se que os romanos, a exemplo dos demais povos da Antiguidade²⁰⁹, não extremavam nitidamente ações civis e penais, deixando de discriminar as funções ressarcitória e punitiva no interior das mesmas relações jurídicas²¹⁰. No Direito Comum, com o movimento humanista, a ação aquiliana romana foi retomada, desta feita formulada de forma geral e abstrata e começando a diferenciar, enfim, seus componentes civis e penais:

[Todavia,] a partir de restrições do caráter penal da ação aquiliana, começava-se a formar uma base para distinção entre ilícito civil e penal. Em uma evolução contemporânea e complementar, a ação aquiliana tornava-se cada vez mais abstrata, aproximando-se progressivamente de uma regra geral de ressarcimento do dano culposo e ilícito.

Esse foi o caminho, dentro do direito comum medieval, para o estabelecimento de uma regra geral de responsabilidade civil, desvinculada do casuísmo e da taxatividade do direito romano, assim como para a formulação de uma distinção entre ilícito civil e penal. A ideia de que um dano qualquer causado com culpa possibilitaria a reparação e não mais uma pena formou bases sólidas no direito comum. (...) Também, a partir de então, ficaria clara a ideia de que a pena se caracterizaria por qualquer condenação que excedesse o dano experimentado pela vítima ou que não tivesse qualquer relação com o prejuízo.²¹¹

Ao recusar a visão católica medieval de que os desígnios divinos seriam acessíveis aos representantes da Igreja, a Reforma Protestante catalisou o processo de

²⁰⁷ LOPES, op. cit., pp. 98-99. Citando BERMAN (1996, p. 186 *apud* LOPES, op. cit., p. 99), o autor prossegue para concluir que “Toda a vida espiritual e moral é daí em diante dirigida para busca da intenção, para a pesquisa do voluntário e do involuntário, o ato consciente e o ato por ignorância. A noção de responsabilidade pessoal fica consideravelmente enriquecida”.

²⁰⁸ LOPES, op. cit., p. 151.

²⁰⁹ Em LOPES (op. cit., p. 48), lê-se que “A Grécia Antiga, assim como todas as civilizações da Antiguidade, não estabeleceu, com clareza, a distinção entre ilícito civil e penal. Não havia, como no direito moderno, um campo específico de aplicação para um ou outro”.

²¹⁰ Cf. LOPES (op. cit., p. 120), “Como se vê, no antigo direito europeu, da mesma forma que na formação do direito romano, responsabilidade civil e penal se confundiam. O autor do dano era, do mesmo modo, condenado à pena privada”.

²¹¹ LOPES, op. cit., pp. 120-121.

secularização do jusnaturalismo e de separação entre direito e teologia – processo esse concluído formalmente apenas no século XX²¹². O entendimento jusnaturalista do dever jurídico advinha da ideia de comunhão de vontades com figuras transcendentais, sendo que a vontade superior com a qual a vontade individual deveria se conciliar, até a Reforma, era remetida à figura divina.

Ao cabo desse longo processo, cambiou-se esse referencial divino à “vontade geral” plasmada no Estado, passando-se a conceber a “lei como um produto apenas da razão, sendo capaz de funcionar como instrumento do poder secular, desconectada de valores e propósitos últimos”²¹³.

A superação da escolástica²¹⁴ – com a distinção entre ser e dever-ser²¹⁵ – culminou na substituição dos pressupostos de uma “ordem natural” pelo de uma “desordem natural”²¹⁶. Inaugurado o jusnaturalismo moderno por Hugo Grocius²¹⁷ e iniciada sua sistematização por Pufendorf²¹⁸, tem-se no pensamento de Kant os fundamentos da teorização sobre sua legitimidade.

O pandectismo, nesse ínterim, opera uma didática “redução de complexidade” quanto à relação existente entre responsabilidade, direito subjetivo e dever, passando-se a considerar a responsabilidade como “uma decomposição de uma situação jurídica subjetiva”²¹⁹. Exemplificando com o caso do direito obrigacional, recorda-se que a *Haftung* do direito alemão surge como “relação de assujeitamento da pessoa, pela qual todos os seus bens são postos em garantia de um débito titularizado”²²⁰.

Ao tempo em que o direito subjetivo desdobra-se em dois momentos – expectativa e exigibilidade (*Anspruch*) –, o dever desdobra-se em obrigação e em responsabilidade²²¹. Nota-se que, assim, que a teoria alemã relacionava a responsabilidade – tanto a aquiliana quanto a penal – ao descumprimento de um dever, do qual decorreria uma sanção²²².

O dever-ser incondicional representado pelo imperativo categórico kantiano, todavia, revelou-se rigidamente formalista, havendo a racionalidade valorativa

²¹² LOPES, op. cit., 134.

²¹³ *Idem, ibidem*.

²¹⁴ LOPES (op. cit., p. 137) nos recorda que “O direito, na escolástica, estava ligado à idéia aristotélica de uma relação harmoniosa entre as coisas e os homens que a natureza havia fixado e que uma ciência poderia descobrir”.

²¹⁵ LOPES (op. cit., p. 138) anota, com supedâneo em Villey, que “Seria missão do próprio homem, e não mais de Deus, inventar um conjunto de ‘normas’ prescrevendo as condutas a serem seguidas. Este mundo do *sollen* [dever ser] separado do *sein* [ser] que se tornou para nós o direito”.

²¹⁶ LOPES (op. cit., 136) atribui essa contraposição a Hobbes.

²¹⁷ LOPES (op. cit., p. 137) confirma que “Grócio, com o seu pensamento ainda fortemente influenciado pelo humanismo e pela segunda escola escolástica, pode ser considerado o jurista que conduziu a transição para o jusnaturalismo”.

²¹⁸ Além de desempenhar relevante papel para a secularização da noção de dignidade humana – conforme comentado na seção anterior –, Pufendorf “foi o grande sistematizador do jusnaturalismo. A doutrina do direito natural moderno estava no centro do pensamento da época em que ele vivera. O desenvolvimento de tal doutrina, no entanto, enfrentava vários dilemas e coube a esse pensador resolvê-los” (LOPES, op. cit., p. 147).

²¹⁹ LOPES, op. cit., p. 258.

²²⁰ *Idem*, op. cit., p. 259.

²²¹ *Idem, ibidem*.

²²² *Idem*, p. 260.

(*Wertrationalität*) rapidamente cedido passo a uma racionalidade instrumental (*Zweckrationalität*) no contexto moderno²²³. Na esfera jurídica, a negligência em relação a aspectos axiológicos culminou nos fenômenos comentados na primeira seção deste trabalho: experiências totalitárias em diversos países ocidentais, cuja superação exigiu a refundação dos respectivos ordenamentos jurídicos com base em critérios de legitimidade mais exigentes (neoconstitucionalismo).

Se o Direito como um todo teve de se defrontar às limitações e disfuncionalidades de uma razão prática solipsista (calcada na Filosofia da Consciência) – que, em última instância, também resulta metafísica e, portanto, inadequada para legitimar um Estado Democrático –, a responsabilidade jurídica não poderia deixar de experimentar o mesmo embaraço, revelando sérios atritos com a formulação original de autonomia.

Consoante já afirmado, o conceito moderno de autonomia como qualidade da vontade, e que tomou o *locus* anteriormente ocupado pelo conceito de "livre-arbítrio", remete à formulação kantiana, tendo desde então sido criticada por Hegel e por Hartmann, entre outros²²⁴. A autonomia é assim conceituada pelo próprio Kant:

La autonomía es esta propiedad que tiene la voluntad de ser ella misma su propia ley (independientemente de toda propiedad de los objetos del querer). El principio de la autonomía consiste, pues, en elegir siempre de tal modo que las máximas de nuestra elección sean comprendidas como leyes universales en este mismo acto de querer²²⁵.

Essa definição da vontade autolegisladora (*Selbsgesetzgestag*) impõe aporias ao estudo da relação entre autonomia e responsabilidade²²⁶, deixando sem explicação a tendência empírica apresentada pelos indivíduos em fugir da responsabilização jurídica, malgrado seus atos representem manifestações de sua vontade livre (autônoma) – ou seja, apesar da autoexigência de responsabilidade²²⁷. Arthur Ripstein enuncia a questão da seguinte forma:

²²³ Segundo clássica constatação de Max Weber (2001 *apud* FIGUEIRA, 2009: 113).

²²⁴ MUÑOZ (op. cit., p. 25) sustenta que a autonomia kantiana pode ser interpretada de forma benévola, como o intento fracassado da Modernidade em conferir liberdade individual, ou de forma "realista", como "un mero sucedáneo de la genuina libertad y cuya finalidad es eliminarla". A razão para tanto residiria no fato de que as características do imperativo categórico kantiano, máxime seu formalismo e solipsismo, prejudicam o reconhecimento de outros sujeitos (alteridade) e frustram a pretensão universal a ele associada. Em sentido análogo, LOPES (op. cit., p. 261) consigna que, no positivismo e no neopositivismo, "O dever passou a ser uma força centrípeta que absorveria o homem na sociedade. A ordem e o progresso imporiam ao homem um papel, nada mais lhe restando que se submeter a essa sociedade, compreendida de forma causal e necessária. Em uma metáfora mecanicista, o homem fora reduzido a uma peça e sua liberdade, a uma função".

²²⁵ KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes *apud* MUÑOZ, op. cit., p. 25.

²²⁶ O sintético estudo da relação entre autonomia e responsabilidade aqui registrado ampara-se largamente em MUÑOZ (2008).

²²⁷ MUÑOZ, op. cit., pp. 25-27.

To suppose that coercion is illegitimate unless the wrongdoer accepts the standard by which he or she is judged is to give up on the idea of fair terms of interaction, for it is to allow wrongdoers to unilaterally set the terms of their interactions with others. If one person is free to refuse responsibility, he is thereby allowed to set the boundaries of his own behavior.²²⁸

Outros problemas surgem quando se pondera sobre a universalização de exceções e questão do sentido da causalidade na identidade entre a vontade individual e a formulação da lei universal: não se pode determinar se primeiramente a vontade formula a lei universal “*como una especie de emanación inconsciente*”²²⁹ para empregá-la racionalmente na esfera pública, ou tal lei universal é inicialmente constatada pela razão e passa a servir de regra para a conduta individual. Nesse último caso, percebe-se nitidamente a responsabilidade como imposição surgida de uma racionalização sem referentes externos, pois a autonomia toma a si mesma como referência²³⁰.

Assim, com a derrocada da perspectiva dialógica pelo racionalismo iluminista, a autonomia “*descarta el compromiso y el cuidado (de la naturaleza y de la cultura, de los demás, e incluso de uno mismo)*”²³¹ e, nesse contexto, anula a própria culpabilidade:

La autonomía excluye la culpabilidad ¿cómo puede establecerse la culpa en una moral autónoma que se auto justifica? Con ello la responsabilidad que, en gran medida, se deriva de la culpa, se diluye y desaparece. Si la culpa es la cualidad de la acción en la que se patentiza la deficiencia constitutiva del hombre que no ha sido superada por un esfuerzo moral adecuado, dirigido a la mejora propia que tiene la posibilidad de conseguir, deberíamos preguntarnos cómo sería posible que se reconozca con la autosuficiencia de la autonomía, incapaz de entender las carencias morales del sujeto.²³²

Abalada a noção de culpa agostiniana pela visão de autonomia normativa espontânea – adotada notadamente pelo contratualismo –, resta comprometido “*el núcleo del sentido europeo de la libertad, en cuanto permite comprender el valor, posición, y protagonismo social e histórico que al individuo se atribuye en la tradición europea*”²³³. A responsabilidade, nesse contexto, só pode surgir de forma heterógena (e, portanto, heteronôma) ao sujeito: “*No cabe responsabilidad, en cuanto aparece como contraria a la libertad normativa de la autonomía*”²³⁴.

A distinção weberiana entre “ética da convicção” e “ética da responsabilidade” ilustraria bem tal impasse entre autonomia e responsabilidade, pois tomá-la como alternativas equivale a desconsiderar as considerações de Hegel sobre o caráter abstrato

²²⁸ RIPSTEIN, op. cit., pp. 8-9.

²²⁹ MUÑOZ, op. cit., p. 28.

²³⁰ *Idem*, pp. 27-28.

²³¹ *Idem, ibidem*.

²³² *Idem*, p. 29.

²³³ *Idem*, pp. 29-30.

²³⁴ *Idem*, p. 30.

da convicção²³⁵. Deixando de considerar as conseqüências da conduta, não pode a convicção servir de base para a ética: nesse plano, responsabilidade e convicção seriam, em última instância, indissociáveis²³⁶.

Contemporaneamente, o reconhecimento da pluralidade de *ethea* na sociedade não permite a concepção da responsabilidade jurídica (nem qualquer outra categoria de Direito cogente) a partir de categorias transcendentais, inacessíveis a parcela de seus destinatários²³⁷. Torna-se imprescindível, nesse contexto, que se reconheça performativamente a alteridade, mediante processo discursivo, de forma que "*La responsabilidad exige una verdad compartible*"²³⁸.

Em outros termos, a já citada "guinada kantiana" (*kantische Wende*) deve acompanhar-se pela "guinada pragmática" (*pragmatische Wende*) em termos linguísticos (*linguistische Wende*), já que o conceito de autonomia, tal como formulado originalmente por Kant, prescinde de reciprocidade ou de um "*código compartido, ni con la ayuda o colaboración de los demás, ni exige aprender ni confiar*"²³⁹.

Desse ponto de vista, a corrupção da intenção – isto é, a culpabilidade – representaria a ruptura na ordem de regência das relações do sujeito com os demais. Tal ordem "*es el sentido inteligible de que está dotado el mundo y el verdadero sentido humano*"²⁴⁰. É apenas estabelecendo discursivamente as condições de exercício da liberdade que se pode, finalmente, falar em responsabilidade:

La responsabilidad expresa el carácter intersubjetivo de la libertad que se abre a un diálogo dirigido a un compromiso con los demás que es, a la vez, un compromiso con uno mismo y que se muestra en la asunción de la responsabilidad como algo que contribuye a la propia mejora personal.²⁴¹

Exemplificando a aplicabilidade prática do raciocínio acima – que aponta para a necessidade da intersubjetividade para a legitimação do Direito – no âmbito do presente trabalho, percebe-se que, no âmbito do Tribunal de Contas da União, as regras processuais radicam predominantemente em normas infralegais²⁴². A outro tempo, a Constituição da República, em seu art. 22, inciso I²⁴³, submete o direito processual à

²³⁵ MUÑOZ, op. cit., p. 36.

²³⁶ *Idem, ibidem*.

²³⁷ Exemplificando, a instituição de regras jurídicas calcadas meramente em preceitos religiosos (não traduzidos, de outro modo, em argumentos compreensíveis por todos na esfera pública) carece de legitimidade perante aqueles que não comungam daquela mesma cosmovisão.

²³⁸ MUÑOZ, p. 36.

²³⁹ *Idem*, p. 41.

²⁴⁰ *Idem*, p. 38.

²⁴¹ *Idem*, p. 30. Diante dessa conclusão, aquele autor arremata seu raciocínio afirmando que "a culpa no es individual, sino personal" (*Idem*, p. 42).

²⁴² Fora algumas orientações contidas na Lei 8.444/1992 ("Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União"), repara-se que a maioria das regras processuais encontram-se no Regimento Interno do TCU – cujo art. 298 ("Aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica") é sistematicamente interpretado como remissivo ao Código de Processo Civil –, além de portarias e resoluções editadas pela própria Casa.

²⁴³ Cujo teor corresponde ao seguinte: "Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;" (grifamos).

reserva de legislação, incumbindo-o à União. O art. 73, *caput, in fine*, da Constituição esclarece que o TCU ostenta as atribuições previstas no seu art. 96, I, 'a', da Constituição – as quais incluem a redação de seu regimento interno, “com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes”.

Nota-se, assim, que a Constituição não defere aos Regimentos Internos – tanto dos órgãos do Poder Judiciário quanto do Tribunal de Contas da União – a criação de direito processual (e.g. criação de institutos ou exigências), mas sua mera regulamentação operacional no âmbito de cada uma dessas entidades públicas. Se em muitos casos se observam que tribunais judicantes exorbitam dessa função ao confeccionar seus regimentos²⁴⁴, a situação não diverge em sede do TCU, onde regras basilares quanto à resposta do auditado (incluindo “alegações de defesa” e “razões de justificativa”)²⁴⁵ e a recursos²⁴⁶ (entre outros aspectos processuais de relevo) são disciplinadas integralmente por normativos internos.

Assim, muito embora neste ponto não se critique o conteúdo das normas processuais produzidas pelo Tribunal de Contas da União – mas tão somente a forma atrelada ao *locus* institucional em que são produzidas –, é possível identificar, como conclusão parcial do presente trabalho, que ao processo de produção de Direito processual que regulamenta a imputação de responsabilidade no âmbito daquela Corte de Contas não é conferida a intersubjetividade discursiva exigida para dotá-lo da necessária legitimidade – em termos chãos, a elaboração dessas normas se furta à discussão na esfera pública (*in casu*, ao processo legislativo no Congresso Nacional)²⁴⁷.

Até o momento, o presente trabalho dedicou-se a contextualizar o paradigma jurídico pós-reconstitucionalização de 1988 – denominado, por isso mesmo, neoconstitucionalista – e as diretrizes aplicáveis à imputação de responsabilidade nesse novo contexto (máxime o respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana). O histórico e o significado da responsabilidade jurídica também acabam de ser investigados, de forma que, doravante, resta examinar a estrutura desse fenômeno (responsabilidade) e seus atributos nos campos cíveis e sancionatórios, para que se

²⁴⁴ Como exemplo de incursão infralegal no direito processual, cite-se a Portaria Conjunta 69/2012, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), que criava a obrigatoriedade de que as petições iniciais contivessem a filiação completa das partes, sob pena de declaração de inépcia, com o arquivamento do pleito sem solução do mérito (a referida obrigatoriedade teve de ser arrostada pelo Conselho Nacional de Justiça no âmbito do Procedimento de Controle Administrativo 0000553-23.2013.2.00.0000).

²⁴⁵ Exemplificando, o art. 12, II e III, da Lei 8.443/1992 remete a definição de prazos para resposta do auditado – fator crucial para a efetividade da ampla defesa – ao Regimento Interno. Não é necessário lembrar que os Códigos de Processo, tanto Civil (art. 297) quanto Penal (arts. 396, *caput*), tratam de especificar o prazo disponível para resposta do réu.

²⁴⁶ Comparando-se o tratamento da matéria na Lei Orgânica e no Regimento, nota-se a insuficiência da legislação ordinária no que tange ao regramento dos recursos no âmbito do TCU. Cotejem-se, por ora, o teor do art. 32 da Lei 8.443/1002 (Art. 32. De decisão proferida em processo de tomada ou prestação de contas cabem recursos de: I - reconsideração; II - embargos de declaração; III - revisão) com o do art. 277 do Regimento (Art. 277. Cabem os seguintes recursos nos processos do Tribunal: I – recurso de reconsideração; II – pedido de reexame; III – embargos de declaração; IV – recurso de revisão; V – agravo”). Assim, nota-se que o pedido de reexame e o agravo, no âmbito do TCU, não são previstos pela lei ordinária – quer em processos de contas, quer em qualquer outro caso –, tendo sido instituídos regimentalmente com o provável (e, nesse caso, louvável) intuito de efetivar preceitos constitucionais.

²⁴⁷ A investigação das razões pelas quais se privilegiam instrumentos infralegais para o disciplinamento do direito processual no âmbito do controle externo refoge ao escopo deste trabalho.

possa finalmente compará-los com os critérios de imputação empregados no âmbito do Tribunal de Contas da União.

Muito embora se possa aquiescer que, “conforme Bentham já observava, (...) não há falar-se de um ilícito civil ontologicamente distinto de um ilícito penal”²⁴⁸, e que “Beling já acentuava que a única diferença entre a ilicitude penal e a civil é somente de quantidade ou grau”²⁴⁹ – ainda assim não se pode olvidar que a responsabilização penal é significativamente distinta da responsabilização civil, uma vez que o ramo repressor alberga a tutela dos bens de maior valoração jurídica – resultando em reação radicalmente mais drástica por parte do Estado. Se a responsabilidade na esfera jurídica é muito mais exigente do que em searas outras²⁵⁰, não paira dúvida de que a responsabilização no campo penal envolve escrutínios muito mais rigorosos do que os do campo civilista²⁵¹.

Essa diferenciação entre ilícitos civis e penais, como visto na seção anterior, remonta ao direito comum medieval e introduz diferenças expressivas no processo de responsabilização e na função social precípua de cada esfera. Assim, a aceitação de uma culpa *lato sensu* pelo direito cível decorre do fato de que “a função da indenização é exclusivamente reparadora dos danos sofridos pelo lesado, não de punição ou sanção da conduta como na responsabilidade penal, onde o grau de culpa do agente exerce influência capital na graduação da pena”²⁵².

Nesse sentido, os regimes de Direito Civil e de “Direito Público” – embora igualmente calcados na mesma fonte constitucional e, portanto, portadores de preceitos comuns –, afiguram-se, respectivamente, como *loci* destinados a reparar prejuízos e a punir desvalores coletivos. Ao rechaçar a tentativa de transposição desenraizada dos *punitive damages* – é dizer, penas (pecuniárias) gestadas no âmbito do Direito Civil – para ordenamentos de inspiração romano-germânica, Maria Celina Bodin de Moraes

²⁴⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 29.

²⁴⁹ *Idem, ibidem*. DAMÁSIO DE JESUS (op. cit., p. 203) expressa idêntica opinião, aduzindo lição de Nelson Hungria no sentido de que “O legislador, considerando as circunstâncias do momebnto, analisando o dano objetivo, o alarma social, a forma de lesão, a reiteração, a reparabilidade ou irreparabilidade da lesão, a insuficiência da sanção civil, deve estabelecer se um fato determinado precisa ou não ser erigido à categoria de crime”.

²⁵⁰ Nesse sentido, MUÑOZ (op. cit., p. 16) assevera que “aunque en otros ámbitos también se dilucidan responsabilidades, no se hace con el mismo grado de atención profesional, en un debate tan intensamen te exigente”.

²⁵¹ Uma forma de reconhecer e expressar tal diferença, no âmbito do “paleo-juspositivismo”, consistia na contraposição entre a aceitação de uma “verdade convencional” pelo direito civil, de um lado, e a persecução de uma “verdade real”, característica do direito público em seus ramos penal, administrativo etc. Desditosamente, observa-se que a defasada terminologia – a qual revela uma concepção de verdade como correspondência platônica ou, quando menos, como assertabilidade ideal – ainda é empregada amiúde no âmbito do Tribunal de Contas da União. Como exemplo recente e emblemático, cite-se excerto do Acórdão 128/2014-TCU-Plenário (rel. Min. José Jorge), cujo Relatório registra que: “Por outro lado, o processo desta Corte de Contas rege-se pelo formalismo moderado e a **busca da verdade real**, inexistindo, ainda, uma lide propriamente dita. (...) Quanto a esse ponto específico, não se pode olvidar que a tutela do interesse público deve harmonizar-se com o sobredito **princípio da verdade real**” (grifamos). Outros exemplos incluem os Acórdãos 3.121/2013-TCU-Plenário (“Com efeito, o princípio da verdade real faculta a utilização de quaisquer meios lícitos para se atingir o perfeito entendimento dos fatos”), 789/2014-TCU-Plenário (“Ao TCU, órgão incumbido do julgamento das contas, nos termos da Lei 8.443/1992, cumpre o assentamento da verdade real, para tanto devendo pesar todos os posicionamentos antes postos nos autos”) e inúmeros outros.

²⁵² *Idem*, p. 45.

evoca decisão em que a Corte Suprema Alemã (*Bundesgerichtshof*) afirma categoricamente que “A punição e a função de prevenção são expressões de princípios da responsabilidade penal”²⁵³.

A maior severidade da responsabilidade sancionatória usualmente é acompanhada de uma gama mais ampla de garantias e requisitos do que sua contraparte ressarcitória – sendo um dos corolários o fato de que a absolvição no juízo penal por inoportunidade dos fatos tipificados ou por negativa da autoria opera efeitos diretos nas demais esferas (e.g. cível e administrativa), mas a recíproca (i.e. decisão cível obstando a responsabilidade penal) usualmente não se verifica²⁵⁴⁻²⁵⁵.

Mesmo nos casos em que o resultado jurídico da condenação sancionatória – i.e. a sanção ou pena – redundaria mais branda que o resultado da ação cível (e.g. uma multa leve, comparativamente a uma condenação de lida indenização), as sanções ainda assim provocam efeitos jurídicos – como a reincidência no caso penal, a inscrição no rol de inadimplentes no caso administrativo – e não jurídicos (e.g. estigmatização no meio social, o *strepitus judiciae*) cuja imposição exige processamento mais cuidadoso.

Os comentários acima são particularmente pertinentes em vista da atribuição dúbia conferida pela Constituição da República ao Tribunal de Contas da União: o art. 71, § 3º, do Texto Constitucional sintetiza as funções ressarcitórias (“imputação de débito”) e sancionadora (“multa”²⁵⁶) confiadas ao Tribunal. Uma vez que cada uma dessas funções exige a observância de garantias fundamentais (inclusive processuais) diferentes²⁵⁷, instala-se uma dissonância interna no processamento da responsabilidade no âmbito daquele Tribunal.

O problema parece ter sido intuído, muito embora de forma insuficiente, pelos Tribunais de Contas, os quais inauguram processos específicos – as chamadas Tomadas

²⁵³ MORAES, op. cit., p. 369. Aquela autora é contundente, ainda, ao afirmar que “Para que vigore a lógica do razoável nesta matéria [função punitiva de danos extrapatrimoniais], parece imprescindível que se atribua caráter punitivo apenas a hipóteses taxativamente previstas em lei” (MORAES, op. cit., p. 378).

²⁵⁴ Como rara exceção, pode-se cogitar de crime contra a honra em que as partes conciliem-se na esfera cível. Nesse caso, é possível que o juízo criminal considere haver preclusão lógica.

²⁵⁵ Em pensamento complementar a esse, CAVALIERI FILHO (op. cit., p. 30) pondera que “Outra não é a razão pela qual a sentença penal condenatória faz coisa julgada no Cível quanto ao dever de indenizar (*an debeat*) o dano decorrente do crime, consoante os arts. 91, I, do Código Penal, e 475-N, III, do Código de Processo Civil (...) Sendo o ilícito e a culpa penal mais graves, caracterizado o ilícito mais grave, está também caracterizado o menos grave”.

²⁵⁶ Importa notar que, ao longo de seus 250 artigos (e outros 98 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias), a Constituição de 1988 versa sobre multa em apenas três momentos: como efeito da sentença penal condenatória (art. 5º, XLVI, ‘c’), como sanção aplicada pelo Tribunal de Contas da União (art. 71, VIII e 3º) e como acessório dispensado quando da liquidação dos débitos dos Estados e dos Municípios relativos às contribuições previdenciárias até 30 de junho de 1988 (art. 57 dos ADCT). Tal circunstância vem corroborar a aproximação conceitual entre a natureza das sanções aplicadas pelo Tribunal de Contas da União e a das penas imputadas no âmbito do “Direito Repressor”. Conforme se verá adiante, tirante as “penas corporais” (reclusão, detenção) – cuja reserva à esfera penal justifica sua posição de *ultima ratio* –, a gravidade das sanções impostas por uma e outra esfera se assemelham em mais de um ponto.

²⁵⁷ Adiantando uma dessas diferenças, observa-se que grande parte da doutrina nacional defende “que, enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil. Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), *mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado.*” (CAVALIERI FILHO, op. cit. p. 66 – grifado no original).

de Contas Especiais²⁵⁸ – para apuração de responsabilidade tão logo suas Secretarias (corpos técnicos) detectem, em trabalhos fiscalizatórios, indícios da ocorrência de prejuízos aos cofres públicos. Sem embargos, a partir daí a apuração de todos os tipos de ilícitos – tantos aqueles que clamam por reparação quanto aqueles que ensejam penalização –, ocorre em sede de um mesmo processo, valendo-se de idênticos procedimentos.

Sem embargos, pode-se apontar, como segunda conclusão parcial deste estudo, para o fato de que os processos no âmbito do Tribunal de Contas frequentemente mesclam em si as funções de persecução ressarcitória e punitiva, sob dinâmica apuratória que descarta das particularidades inerentes à operação do Direito em cada uma dessas situações, constituindo verdadeiros “processos xifópagos”.

Conforme mencionado de passagem anteriormente, a responsabilidade jurídica guarda relação com outras formas de responsabilidade, emprestando sua estrutura geral a suas contrapartes nos campos moral, político etc²⁵⁹. Atentando para as especificidades da estrutura da responsabilidade jurídica, usualmente divisam-se os seguintes elementos: conduta humana (ativa ou omissiva) culposa, dano, causalidade (ou “nexo causal”). A culpa, embora atributo da conduta, merece destaque e será examinada no segmento final desta seção.

As diferenças entre os ramos do espectro jurídico refletem-se na maneira de enfocar e desenvolver os elementos estruturais da responsabilidade, sendo o primeiro dos quais o comportamento humano ou conduta, usualmente compreendida no âmbito das “teorias da ação”. Assim, observa-se que, ao tempo em que a prática cível contenta-se com definições que associam a conduta a “comportamento humano voluntário que se exterioriza através de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas”²⁶⁰, a doutrina penalista historicamente tem buscado seu conceito em teorias naturalistas, sociológicas, finalistas e, mais recentemente, funcionalistas.

²⁵⁸ Em verdade, os processos em marcha são “convertidos” em outro, de natureza diversa, conforme a sistemática consagrada pelo art. 47 da Lei 8.443/1992: “Art. 47. Ao exercer a fiscalização, se configurada a ocorrência de desfalque, desvio de bens ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário, o Tribunal ordenará, desde logo, a conversão do processo em tomada de contas especial, salvo a hipótese prevista no art. 93 desta Lei”. Em que pese a essa diretiva legal, o Regimento Interno estipula outra dinâmica para os processos de contas, inclusive dilargando-lhe o escopo: “Art. 197. Diante da omissão no dever de prestar contas, da não-comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União na forma prevista no inciso VIII do art. 5º, da ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou, ainda, da prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade administrativa competente, sob pena de responsabilidade solidária, deverá imediatamente adotar providências com vistas à instauração de tomada de contas especial para apuração dos fatos, identificação dos responsáveis e quantificação do dano.”.

²⁵⁹ NUSSBAUM (op. cit. p. XV), comentando o “modelo de conexão social” pelo qual Iris Marion Young propõe seja atribuída responsabilidade aos membros de uma comunidade política, ressalta que, diversamente da responsabilidade jurídica (intrinsecamente individual), para aquele tipo de responsabilidade política dos cidadãos “Pinning guilt on someone is not appropriate, first, because in such cases there really has not been any bad behavior: no malice and, or so Young argues, no negligence. Although many actions of many individuals contribute to the unjust outcome, no individual has a large enough causal role to be blamed for that outcome”. Outras divergências entre a responsabilidade política e a jurídica residem nos dois parâmetros seguintes: “In thinking about who bears responsibility for ameliorating global ills, she [Young] now argues, we ought to consider several specific parameters: First, we must look at an agent’s *power*, her position, within structural processes, for an actual influence over those processes. (...) Second, we ought to consider an agent’s *privilege* (...) simply because of their privileged lives, they [the agents] have greater responsibility than others”.

²⁶⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 38.

Enfocando os requisitos da conduta, Cavalieri Filho, citando Caio Mário da Silva Pereira, recorda que, para a responsabilidade civil, “não há utilidade prática na distinção entre dolo e culpa”²⁶¹, sendo que a intenção na prática do ilícito ostenta diminuta relevância para a função reparadora ou ressarcitória. A outro turno, a imputação de responsabilidade no âmbito sancionador exige que o comportamento resulte de uma escolha exercida no gozo da liberdade individual, associando-se ao consabido predicado de afigurar-se “livre e consciente”²⁶². Nesse sentido:

uma pessoa só poderá ser responsabilizada quando, no momento da ação ou omissão, era capaz de evitar a formação da vontade de realização do ato ilícito e, portanto, tinha a capacidade e a possibilidade de se determinar conforme a norma²⁶³.

Além das presentes restrições de espaço, percebe-se a desnecessidade de se enfrentar frontalmente as dificuldades epistêmicas e demais dilemas filosóficos acerca da teoria da ação – como, por exemplo, a própria definição de conduta – pois, como anota Arthur Ripstein:

The only features of human action that are of interest to the law are the uncontroversial ones that accounts of action theory take as their starting point. Most philosophical discussions of action are driven issues that legal theory need not resolve. Such questions as how acts are individuated, whether or how act descriptions are compatible with descriptive vocabulary of the natural sciences, and whether acts are distinct from bodily movements are of some interest in their own right, but make no difference to the issues considered here.²⁶⁴

Os aspectos metafísicos acerca da definição de conduta, bem assim outras questões de alta abstração, malgrado legitimamente ocuparem os (jus)filósofos, têm limitado impacto prático para o presente estudo. Mesmo o requisito mais frequentemente associado à conduta – seu exercício “livre e consciente” – dispensa maiores elucubrações face ao escopo deste trabalho, que enfoca a relação entre o Estado

²⁶¹ *Idem*, p. 45.

²⁶² LOPES (op. cit., p. 274) pondera que, para se caracterizar a responsabilidade, afigura-se necessário que a vontade tenha antes representado os eventos ligados à ação ou aos resultados no mundo natural, sendo a alteração na realidade predicado dessa vontade consciente. Assim, os “menores, loucos etc. são aqueles aos quais não se pode aplicar a sanção, pois são incapazes de conferir sentido às suas ações” (*Idem, ibidem*).

²⁶³ PÜSCHEL e MACHADO, op. cit., p. XI. Já RIPSTEIN (op. cit., p. 15) enuncia a mesma questão em termos ainda mais diretos: “That persons can choose makes them appropriate subjects of responsibility in a way that machines and (most?) animals are not”.

²⁶⁴ RIPSTEIN, op. cit., p. 14. Em sua exposição, o autor assim prossegue: “Competing accounts of action divide on whether, for example, turning on a light, flicking a switch, lifting one’s finger, and surprising an intruder are different descriptions of a single act, or a number of distinct acts. But all competing accounts start from the shared belief that it makes perfectly good sense to say that someone did all of them. The choice of the appropriate description of an act depends on the perspective from which the question is asked. In the context of legal and political morality, the appropriate description of what someone has done will always depend in part on its relation to the protected interests of others. (*Idem, ibidem*).

e o administrador público²⁶⁵. Sobre a natureza da escolha, cabe evocar, novamente, as razões de Ripstein:

Philosophers have sought to explicate that capacity in terms of such things as reflexive self-consciousness, the ability of the self to distance itself from its ends, and such higher-order mental states as desires to act on one desire rather than another. I begin instead with the familiar fact that, apart from such notable exceptions as children and the mentally ill, people are by large capable of moderating their behavior in light of the interests of others. The basis of that capacity, be it empirical or metaphysical, is of no concern.²⁶⁶

Naturalmente, a conduta *per se* não implica a responsabilidade, mas apenas aquela que causa (ou que enseja riscos de) danos em bens jurídicos relevantes, de forma que “doing or causing harm constitutes not only the most usual but the primary or ground for holding persons responsible in the first sense”²⁶⁷. Em vista disso, a responsabilidade jurídica engloba consequências sociais mais graves do que outras modalidades de responsabilidade²⁶⁸, sendo seu resultado institucionalmente exigível (i.e. cogente) em vista de suas repercussões sociais:

La responsabilidad jurídica se especifica por el hecho de producir un daño a los demás al alterar el orden social. El orden que salvaguarda el derecho no es un orden cualquiera, es el orden de la coexistencia humana que posibilita la personalidad y su desarrollo.²⁶⁹

Insistindo na dicotomia entre os critérios de imputação de responsabilidade no Direito Civil e nos ramos do “Direito Público” – repisada unicamente em vista da natureza divergente de seus fins (respectivamente, reparatórios e punitivos) –, observa-se que o “Direito Privado” repousa sobre o pressuposto do dano patrimonial (material) ou moral (extrapatrimonial)²⁷⁰, sendo que aquela primeira modalidade bifurca-se em

²⁶⁵ E, eventualmente, o administrado que se enquadrar na situação descrita no art. 70, parágrafo único, da Constituição da República – ou seja, “que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumo obrigações de natureza pecuniária”.

²⁶⁶ *Idem*, pp. 14-15. Com isso não se quer desconhecer ou menosprezar a relevância da investigação filosófica da ação e da escolha para o Direito, nem afirmar, como Hart, que a conduta é sempre imputativa “and there is nothing to be said about human action except from some normative perspective” (HART, H. L. A. *The Ascription of Responsibility and Rights*. *apud* RIPSTEIN, *op. cit.*, p. 15).

²⁶⁷ HART, H. L. A. e HONORÉ, Tony. *Causation in the law*. 2ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2002.

²⁶⁸ Justificando essa assertiva, MUÑOZ (*op. cit.*, p. 16) exemplifica ponderando que da responsabilização jurídica decorre “que las personas tengan que pagar inmensas cantidades de dinero, puedan perder a sus hijos, ir al cárcel, hacer cosas que no quieren, se les impongan medidas coercitivas, de doblegue su voluntad por la fuerza, etc.”.

²⁶⁹ MUÑOZ, *op. cit.*, p. 30.

²⁷⁰ Diante da jurisprudência que se vem consolidando no sentido de permitir a cumulação do dano moral ao dano estético (e.g. REsps 65.393-RJ e 84.752-RJ), parcela da doutrina encara esta última espécie de dano (dano estético) como categoria autônoma (cf. CAVALIERI FILHO, *op. cit.*, p. 135). De todo modo, escandindo-se as hipóteses de dano em patrimoniais e extrapatrimoniais, espera-se abarcar todas as possibilidades de danos atualmente concebíveis.

danos emergentes (pericimento ou deterioração) e lucros cessantes²⁷¹. As hipóteses “civis” ou “reparatórias” de dano complementam-se com a situação jurídica de “perda de uma chance” (*perte d’une chance*²⁷²), na qual “não se exige a certeza do dano, basta a certeza da probabilidade”²⁷³.

Em seu art. 71, VIII, a Constituição da República especifica que as sanções a serem aplicadas pelo Tribunal de Contas da União incluirão “multa proporcional ao dano causado ao erário”. O “dano ao erário”, tratado em diversos dispositivos da Lei Orgânica daquela Corte (e.g. art. 1º, I, 5º, II, 8º, *caput* e §§ 2º e 3 etc.), é invariavelmente interpretado na semântica ressarcitória do Tribunal de Contas, predominantemente como sendo traduzível em danos emergentes – quer em pecúnia, como verbas, repasses etc., quer em prejuízos nela conversíveis, como a perda ou deterioração de bens públicos. Vislumbra-se, entretanto, hipótese de responsabilização por dano similar aos “lucros cessantes” no âmbito do TCU: a infração ao art. 116, § 4º da Lei 8.666/93²⁷⁴, quer prescreve a aplicação de recursos de convênios em aplicações financeiras, depositar na poupança, sujeita o responsável a ressarcir aos cofres públicos os rendimentos não auferidos²⁷⁵.

No ramo repressor, a outro turno, tem-se que a noção de dano incorpora-se ao próprio conceito de ilícito a partir do princípio da lesividade (Greco²⁷⁶) ou da ofensividade (Damásio²⁷⁷), por vezes referido pelo adágio *nullum crimen sine injuria*, relacionando-se ao aspecto material do delito. Esse princípio serve, ainda, de anverso ao princípio da insignificância ou bagatela – virtualmente desconhecido, com esse título, no ramo civilista²⁷⁸.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, o art. 93 da Lei 8.443/1992²⁷⁹, espelhado pelo art. 213 do Regimento Interno²⁸⁰, estabelece a possibilidade de

²⁷¹ As hipóteses de dano moral, a outro turno, são tão variegadas quanto o são os direitos da personalidade, recebendo, assim, inúmeras denominações: “Temos hoje uma verdadeira inundação de danos ressarcíveis nada criteriosos: dano de morte, dano sexual, dano hedonístico, dano pelo custo do filho indesejado, dano de férias arruinadas, dano de *mobbing*, dano por brincadeiras cruéis, dano por rompimento de noivado, dano por descumprimento de deveres conjugais, dano por abandono afetivo de filho menor, e assim por diante.” (CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 92 – grifos retirados).

²⁷² Sobre a doutrina da *perte d’une chance*, vide CAVALIERI FILHO (op. cit., pp. 97 *et seq.*).

²⁷³ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 99.

²⁷⁴ Lei 8.666/1993, art. 116, § 4º: “Os saldos de convênio, enquanto não utilizados, serão obrigatoriamente aplicados em cadernetas de poupança de instituição financeira oficial se a previsão de seu uso for igual ou superior a um mês, ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública, quando a utilização dos mesmos verificar-se em prazos menores que um mês”.

²⁷⁵ E.g. o Acórdão 439/2006-TCU-Plenário, assim ementado: (...) 3. Os recursos creditados, enquanto não utilizados, devem ser aplicados em caderneta de poupança ou em fundo de aplicação financeira de curto prazo ou operação de mercado aberto lastreada em títulos da dívida pública federal, quando a sua utilização estiver prevista para prazo menor do que um mês.

²⁷⁶ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Parte Geral. Vol. I. 12ª ed., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2010. pp. 49-52.

²⁷⁷ DAMÁSIO DE JESUS. Direito Penal. Parte Geral. 31ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. pp.

²⁷⁸ Poder-se-ia especular, entretanto, que, diante de demandas de valor realmente irrisório, poderia decidir o hermenauta por rejeitar o seguimento da ação por falta de interesse processual – o que resultaria, grosso modo, equivalente à aplicação do princípio da insignificância, embora não se use costumeiramente essa mesma alcunha.

²⁷⁹ Lei 8.443/1992, art. 93: “A título de racionalização administrativa e economia processual, e com o objetivo de evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, o Tribunal poderá

arquivamento de processos em que se apurem débitos inferiores a determinada quantia. O resultado prático dessa regra apenas aparenta semelhanças com a aplicação do princípio da insignificância – a uma porquanto, invocando o art. 37, § 5º, da Constituição²⁸¹, impera no TCU o entendimento da imprescritibilidade de débitos perante a União. A outro turno, o fundamento de decisões terminativas²⁸² nesse sentido – a “racionalização administrativa e economia processual” – não se dobra aos princípios e direitos jusfundamentais calcados na dignidade da pessoa humana, a requer o reconhecimento da necessária “tipicidade material”, “lesividade” ou “ofensividade” também pelo Direito Administrativo sancionador.

A necessidade do dano, no direito repressor, encontra relativização no conceito de tentativa, em que a produção do dano não ocorre – ou ocorre apenas parcialmente – por motivos alheios à vontade do agente. Sobre o tema, destacam-se duas principais teorizações: a subjetiva, que conclui pela indiferença entre a produção ou não do dano no *conatus*; e a objetiva, que prescreve uma redução na resposta estatal quando o dano não se realiza em sua integridade. Na esfera do Direito Penal brasileiro, sabe-se que predomina a teoria objetiva matizada ou moderada, ou seja, “a regra é que a pena correspondente ao crime tentado sofra uma redução. Contudo, tal regra sofre exceções”²⁸³.

O requisito da lesividade é excepcionado em parte, ao menos no campo penal, pelo conceito de tentativa. No âmbito do TCU, em regra não se vislumbra aplicação de sanção por ato tentado. Mesmo no caso da penalidade à participação de empresa de médio ou grande porte em licitação dedicada a micro e pequenas empresas (art. 44 da Lei Complementar 123), a mera participação – independentemente da vitória no certame – já configura fraude ao processo licitatório, conforme reiteradas deliberações do Tribunal, exemplificadas pelo Voto condutor do Acórdão 209-2014-TCU-Plenário:

10. Não se discute no presente caso o fato de ter ou não havido vitória nos certames nem mesmo de eventual prejuízo ao erário ter se concretizado. A fraude se consubstanciou no momento em que a empresa declarou à Administração ser de pequeno porte, sem o ser, e assim participou das diversas licitações citadas nos autos, beneficiando-se de vantagens restritas a essa categoria. Os argumentos apresentados também não foram capazes de demonstrar que não houve má-fé na conduta da empresa, e assim, afastar a irregularidade e a penalidade imposta.

determinar, desde logo, o arquivamento do processo, sem cancelamento do débito, a cujo pagamento continuará obrigado o devedor, para que lhe possa ser dada quitação”.

²⁸⁰ Regimento Interno do TCU, art. 213: “A título de racionalização administrativa e economia processual, e com o objetivo de evitar que o custo da cobrança seja superior ao valor do ressarcimento, o Tribunal poderá determinar, desde logo, nos termos de ato normativo, o arquivamento de processo, sem cancelamento do débito, a cujo pagamento continuará obrigado o devedor, para que lhe possa ser dada quitação”.

²⁸¹ Constituição da República, art. 37, § 5º: “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

²⁸² As deliberações que arquivam os processos com fulcro no valor do débito apurado são ditas “terminativas” por força do art. 201, § 3º, do Regimento Interno da Casa: “Terminativa é a decisão pela qual o Tribunal ordena o trancamento das contas que forem consideradas ilíquidáveis, ou determina o seu arquivamento pela ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo ou por racionalização administrativa e economia processual, nos termos dos arts. 211 a 213”.

²⁸³ GRECO, op. cit., p. 251.

Os desenvolvimentos do conceito de dano remetem à controversa tipificação, sob influência funcionalista e evocando sempre o argumento da complexificação social, de crimes “de perigo” (especialmente os de perigo abstrato), punindo-se em antecipação à incerta realização de um dano²⁸⁴. Nesse aspecto, afiguram-se raras as menções, entre os julgados (ou mesmo nas orientações internas) do Tribunal de Contas da União, referências a categorias típicas das teorias funcionalistas, tais como o risco permitido, imputação objetiva, domínio dos fatos etc²⁸⁵.

Pelo contrário, percebe-se que o Tribunal revela-se refratário em se distanciar da tradição de matriz civilista, apesar de tratar precipuamente de relações entre a Administração Pública e seus administradores, conforme se deduz do relatório condutor do Acórdão 1.204/2004-TCU-1ª Câmara:

4.4.7. Em que pese estar em absoluta discordância daqueles que tentam trazer elementos penais para os processos desta Casa, decerto que a causalidade é algo inerente à conduta humana, estando a imputação objetiva no plano da existência e não da subjetividade (dolo, culpa). Porque o agir administrativo é também um proceder moral (art. 37, caput, da Constituição), pode-se caminhar reflexivamente pela doutrina penal e extra-penal sobre a matéria.

4.4.8. Continuando na questão posta à análise, seguindo a esteira jurisprudencial e doutrinária, o novel Código Civil inseriu o elemento ético da conduta. Nele manifesta-se o princípio da eticidade (art. 113), levando a uma responsabilidade moral, inclusive por atos de desconsideração (art. 186). Tudo isto informa que “estamos longe do individualismo formalista que preside o Código de 1916, fiel aos pressupostos do pandectismo germânico”. De outra, a visão pós-moderna do princípio da legalidade, ganha a conotação de princípio da juridicidade, criado a partir da constatação da impossibilidade da inteira programação legal da Administração Pública, mas da necessidade em mantê-la totalmente subordinada a princípios e regras do ordenamento jurídico, em especial à vontade estampada na Constituição.

²⁸⁴ Prelecionam Zaffaroni e Pierangeli que “(...) todo direito penal de periculosidade é direito penal de autor, enquanto o direito penal de culpabilidade pode ser de autor ou ‘de ato’ (que é o seu oposto)”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Volume 1: Parte Geral. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 111.

²⁸⁵ Pesquisa realizada no sistema de busca do portal do TCU na internet, em 30/10/2014, apresentou duas ocorrências para expressão “risco proibido”, ambas referentes a um mesmo recurso, em que o conceito é manejado pelo recorrente (e rechaçado pelo Tribunal). Nas quatro ocorrências da expressão “domínio dos fatos”, a locução refere-se ao “completo conhecimento” da causa ou da matéria (inclusive sendo exigido do próprio Tribunal), correspondendo a uso atécnico, divorciado da concepção funcionalista, excetuando-se o escorrito emprego do conceito no bojo do Relatório que acompanha o Acórdão 2.009/2013-TCU-1ª Câmara: “Sabe-se que o dano ao erário decorreu no mínimo da negligência, imperícia e imprudência do ex-presidente que não aplicou os recursos como determinou o convênio firmado. Ressalte-se constar dos cheques apresentados pela indigitada a assinatura do ex-presidente, tendo sido ele o responsável pela má gestão dos recursos. Atente-se ser possível, no presente caso em concreto, identificar a pessoa física que realmente comandou e ditou as decisões que culminaram no dano ao erário com pleno domínio dos fatos e seus desdobramentos.”. Em suas raríssimas ocorrências (e.g. Relatórios dos Acórdão 245/2012-TCU-Plenário), a locução “imputação objetiva” é usada pelo Tribunal de Contas no deturpado sentido de “responsabilidade objetiva”, com a qual não se confunde, salvo no Relatório que precede o Acórdão 1.547/2005-TCU-2ª Câmara. A sobredita pesquisa não apresentou quaisquer resultados para a locução “risco permitido”, havendo discussão sobre o “risco juridicamente relevante” na última decisão ora citada.

O terceiro componente da responsabilidade – o “nexo causal” ou causalidade – tem sua origem remota na filosofia natural grega e sua noção de arché (ἀρχή)²⁸⁶ e visa a estabelecer a relação entre a conduta do agente e o dano observado, usualmente – mas nem sempre²⁸⁷ – necessária para a caracterização da responsabilidade. Embora sua expressão mais intuitiva consista no encadeamento de eventos no mundo natural, a causalidade jurídica assume variadas feições, tendo inclusive o encargo de associar omissões a resultados:

When the occurrence of harm is an essential part of the ground for blame, the connection of the person blamed with the harm may take any of the forms of causal connection we have examined. His action may have initiated a series of physical events dependent on each other and culminating in injury to persons or property, as in wounding and killing. These simple forms are the paradigms for the lawyer’s talk of harm ‘directly’ caused. But we blame people also for harm which arises from or is consequence of their neglect of common precautions; we do this even if harm would not have e about without the intervention of another human being deliberately exploiting the opportunities provided by neglect.²⁸⁸

Concedida a viabilidade do conceito de causalidade jurídica²⁸⁹, percebe-se que essa noção não se confunde nem se resume à causalidade tal como entendida nas ciências naturais, na estatística ou mesmo na filosofia, deixando de compartilhar a heurística das noções homônimas para assumir contornos próprios, talhados

²⁸⁶ LOPES, op. cit., pp. 56-57. O autor apresenta, ainda, a síntese aristotélica da lei atomista da causalidade: “nada sucede de modo acidental, mas [que] existe uma causa definida para tudo que afirmamos ter lugar de modo espontâneo ou acidental” (*Idem*, p. 58).

²⁸⁷ Entre as hipóteses de responsabilidade objetiva encontráveis (unicamente) no campo civilista – em que se dispensa a culpa para caracterização da responsabilidade –, HART e HONORÉ (op. cit., pp. 64-65) mencionam casos em que não se observa nexo de causalidade entre a conduta do responsabilizado e o dano causado: “The law, however, especially in matters of compensation, **goes far beyond these causal grounds for responsibility** in such doctrines as vicarious responsibility of a master for his servant’s civil wrongs and that off the responsibility of na occupier of property for injuries suffered by passers-by from defects of wwhich the occupier had no knowledge and which he had o opportunity to repair. There is a recognition, perhaps diminishing, of this **non-causal ground of responsibility** outside the law; responsibility is sometimes admitted by one person or group of persons, even if no precaution has been neglected by them, for harm done by persons related to them in a special way, either by family ties or as members of the same social or political association. (...) In this use the expression ‘responsible for’ does not refer to a factual connection between the person held responsible and the harm but simply to his liability under the rules to be blamed, punished, or made to pay. The expressions ‘answerable for’ or ‘liable for’ are pratically synonymous with ‘responsible for’ in *this* use, in which **there is no implication that the person held responsible actually did or caused the harm.**” (grifei).

²⁸⁸ HART e HONORÉ, op. cit., p. 64.

²⁸⁹ Aqui, como em MOORE, rejeitamos as conclusões das “three generations of legal skeptics, that (...) hold the view that the law has no coherent concept of causation. Causal requirements, on their view, are empty of any real content. ‘Cause’ is merely the honorific label lawyers place on conclusions about responsibility, conclusions that have been reached on other grounds” (MOORE, Michael S. *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals, and Methaphysics*. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 109).

autopoieticamente pelo sistema a fim de viabilizar o desempenho das funções do Direito – máxime a própria imputação de responsabilidade.

Tendo em conta essa constatação, Hart e Honoré classificam as teorias da causalidade do direito continental (i.e. do *civil law*) em duas grandes vertentes: a teoria das condições (*Bedingungstheorie*) e a teoria da causa adequada. O direito brasileiro, em mais esse ponto, coaduna-se com a tradição romano-germânica, na qual “enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalecente na órbita civil”²⁹⁰.

Logo, em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes (como no caso da responsabilidade penal), *mas somente aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado*²⁹¹. A outro turno, o Direito Repressivo brasileiro adota, por força do art. 13, *caput*, segunda parte, do Código Penal, a teoria dos antecedentes causais, segundo a qual “Não há diferença entre causa e condição, entre causa e concausa, entre causa e ocasião”²⁹².

São seculares as discussões acerca da causalidade no Direito²⁹³. Todavia, por razões fundamentalmente análogas às expendidas no caso da conduta, o exame do nexa causal dispensará aqui o registro de considerações filosóficas aprofundadas, até porque se há de concordar com Sir Frederick Pollock, “who years ago proclaimed that ‘the lawyer cannot afford to adventure himself with the philosopher on the metaphysics of causation’”²⁹⁴. Sobre a incompatibilidade de uma teoria que reunisse todas as exigências que o Direito atualmente coloca sobre a noção de causalidade, Moore assim disserta:

A common fault of the legal literature on causation has been its credulity with regard to the law’s demands on the concept of causation. Typically, legal theorists have taken legal usages of ‘cause’ at face value in the sense that, without questioning such usages, they have thought that their theory of legal causation had to fit all of them. For theorists with ambition to account for legal causation in terms of a metaphysics of causation, this credulity and conservatism has made their task impossible. The law has mixed too many extraneous elements into what it calls

²⁹⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 66.

²⁹¹ *Idem, ibidem*. Tal linha de pensamento é comum em países da Europa continental, conforme reportam HART e HONORÉ (op. cit., p. 436): “Nevertheless, the German courts and, to a varying extent, the courts of other European countries, have adopted and adhered to one of the main theories: most criminal courts adopt the theory of conditions while civil courts adopt the adequacy or some similar theory”.

²⁹²²⁹² DAMÁSIO DE JESUS (op. cit., 288). Prossegue o autor expondo que “Como dizia Von Buri, não é possível distinguir entre condições essenciais e não essenciais ao resultado, sendo causa do mesmo todas as forças que cooperam para a sua produção, quaisquer que sejam” (*Idem, ibidem*). O critério de reconhecimento das causas consiste no “procedimento hipotético de eliminação de Thyrén”, o qual prescreve a especulação sobre a eventual não ocorrência do evento (“eliminação mental do evento”).

²⁹³ Segundo o relato de HART e HONORÉ (op. cit., p. 436), conclui-se que se tem buscado definir o nexa causal no Direito romano-germânico há cerca de duzentos anos, com profícua literatura a respeito – em situação contrastante com a escassez de trabalhos teóricos sobre o assunto na *common law*.

²⁹⁴ MOORE, Michael S. Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals, and Metaphysics. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. xiii. O autor acrescenta que “One basis for avoiding this adventure is to think that legal purposes justify the lawyer in creating his own notions of causation, one unique to the law and one immune to the challenges of metaphysical critiques” (*Idem, ibidem*).

Ademais, apesar de toda a sofisticada argumentação filosófica desenvolvida em torno do tema, “the law’s implicit concept of causation differs little from a concept of causation embedded in common sense explanations and evaluations of human behavior”²⁹⁷. Em última instância, conclui Moore em sua *magna opus*, “the jurors’ intuitive understanding of the [causal] relation may be a better heuristic than would attempts at speculating about the physics of the situation”²⁹⁸.

Tendo examinado a conduta, o dano e o nexo causal, cumpre doravante comentar o atributo que torna a conduta reprovável: a culpa. Em subseção anterior já se comentou que a culpabilidade representa uma ruptura na ordem de regência das relações do sujeito com os demais, denotando falta de diligência no atendimento a um dever pré-existente. Nesse campo, trava-se discussão aguerrida “entre definições materiais de culpa como reprovação e definições funcionais”²⁹⁹.

As definições materiais de culpa fundamentam esse conceito “segundo um conteúdo substancial racional”³⁰⁰ e o aproximam da culpa moral – o que “ameaça a divisão constitutiva para um Estado de Direito liberal e democrático”³⁰¹ –, tendo

como pressuposto lógico a liberdade de decisão da pessoa – ou seja, uma pessoa só poderá ser responsabilizada quando, no momento da ação ou da omissão, era capaz de evitar a formação da vontade de realização do ato ilícito e, portanto, tinha a capacidade e a possibilidade de se determinar conforme a norma³⁰².

As contradições existentes quando se considera a relação entre autonomia e responsabilidade – debatidas na subseção anterior – aplicam-se igualmente quando se

²⁹⁵ *Idem*, p. 136. O autor exemplifica o impasse do seguinte modo: “I shall begin with the demand (...) that causation be a relation affected by the degree of culpability with which the act (that is the putative cause) was done. As skeptics about causation in law have often pointed out, there is no metaphysical account of causation that could meet this view that the mental state of the actor itself had a causal influence on the injury” (*Idem, ibidem*).

²⁹⁶ Inobstante a impossibilidade de subsumir a causalidade jurídica à teorização filosófico-metafísica da matéria, Moore logra, partindo da observação da *práxis* jurídica: 1) arrolar treze características observáveis da causalidade jurídica, do tipo “mere correlation is not causation”, “causation is a scalar property, “causal relationship is assymetrical” etc. (MOORE, op. cit., p. 152-154); e 2) concluir que a teoria metafísica da causalidade mais próxima do senso comum consiste em uma vertente do singularismo – e que, por esse motivo, consiste também na teoria mais próxima dos pressupostos que subjazem a prática jurídica (MOORE, op. cit., p. x).

²⁹⁷ *Idem*, p. viii.

²⁹⁸ *Idem*, p. xii.

²⁹⁹ PÜSCHEL e MACHADO (op. cit., p. XI).

³⁰⁰ *Idem*, p. XIX.

³⁰¹ *Idem*, p. XII.

³⁰² *Idem*, p. XI.

cotejam autonomia e culpa, originando aporias teóricas e práticas para as noções materiais da culpa³⁰³.

Já as concepções funcionalistas da culpa, “diz [Klaus] Günther, têm a vantagem de assumir abertamente o caráter da culpa penal como uma ficção, uma categoria construída”³⁰⁴:

Culpa será uma etiqueta fixada por alguém segundo determinadas necessidades sociais. A diferença entre tais teorias [funcionalistas] dar-se-á, então, entre as que tomam essa necessidade social como um dado e, diversamente, as que operam com o pressuposto de que o que é necessário será também decidido politicamente³⁰⁵.

Assim, a construção pública (política) da culpa vincula-se a um processo reflexivo de legiferação, havido no âmbito do modelo de democracia deliberativa, “e não como a expressão de relações naturais ou como a consequência inevitável da percepção social de riscos”³⁰⁶. Nesse processo os indivíduos devem decidir sobre os limites entre liberdade e coerção, criando assim o conceito de pessoa responsável, “ao qual recorrem quando imputam uma responsabilidade ou a refutam ou criticam”³⁰⁷.

O direito civil brasileiro originalmente concebeu a culpa a partir do conceito francês de *faute*. Considerando que a responsabilização, no caso, se destina à reparação de danos, “não há utilidade prática na distinção entre dolo e culpa”³⁰⁸ nessa forma de repartição de riscos na ordem social, como já adiantado.

Afora tal modalidade “primária” de culpa subjetiva – largamente predominante sob a égide do Código Civil de 1916 (*ex vi* do art. 159 do antigo diploma) –, o

³⁰³ Nesse sentido, PÜSCHEL e MACHADO (op. cit., p. XII), anotam que: “Do ponto de vista teórico, podemos sintetizar algumas razões: (a) se entendido como possibilidade concreta de agir de outro modo, esse critério acaba não funcionando porque é indemonstrável; (b) formulado como a capacidade do homem médio, ter-se-ia que aceitar que a imputação de culpa a uma pessoa pudesse se basear em capacidades que outras pessoas têm; (c) por fim, se essa liberdade de agir de outro modo for pensada simplesmente como uma ficção, a culpabilidade se aproximará muito da imputação a um autor por não ter usado sua capacidade de autodeterminação moral e se orientado segundo suas boas razões. (...) Além disso, as definições de culpa ancoradas nessa ideia de liberdade individual acabam sendo colocadas em xeque por razões práticas. Elas não conseguem explicar, por exemplo, as chamadas “causas de exculpação” – casos em que, embora fosse possível “atuar de outro modo”, o direito não exige isso e não considera a conduta que violou a norma “reprovável” e, portanto, culpável”. Ou ainda não explicavam as distinções de tratamento entre situações em que em tese não há diferença em termos de liberdade de escolha ou potencial de ação”.

³⁰⁴ PÜSCHEL e MACHADO, op. cit., p. XIII.

³⁰⁵ *Idem, ibidem*. O próprio GÜNTHER (op. cit., p. 23) registra, citando diretamente Rudolf Wiethölter, que “Querendo-se um conceito para as noções de punição por culpa vigentes, pode-se extrair apenas um *conceito político de culpa*” (grifado no original). Reforçando o argumento, RIPSTEIN (op. cit., p. 12) comenta sobre o tema que “The strategy is to make responsibility a question that is – to borrow another phrase from Rawls – political, not metaphysical. To say it is political is not to say that it is always best decided by democratic assemblies, nor that it is inevitably the result of partisan struggles for Power. It is to say instead that the account is specific to political morality, rather than dependent on a more comprehensive moral or metaphysical account”.

³⁰⁶ PÜSCHEL e MACHADO, op. cit., p. VIII.

³⁰⁷ GÜNTHER, op. cit., p. 14.

³⁰⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 38.

ordenamento paulatinamente passou a admitir hipóteses de responsabilidade objetiva (é dizer, independentes da verificação de culpa), com a adição de leis sobre matérias específicas³⁰⁹. Entre os casos de responsabilidade civil objetiva tradicionalmente reconhecidas – isto é, em que se dispensa a verificação de conduta culposa, comissiva ou omissiva³¹⁰ –, encontram-se as hipóteses de culpa *in vigilando*, *in eligendo* e *in custodiendo*.

O processo de complexificação da sociedade, agora encarada como sociedade de riscos, reforçou a “principiologia de amparo” e o “viés axiológico de resguardo” da responsabilidade civil³¹¹, com a conseqüente objetivação e coletivização da responsabilidade – chegando parte relevante da doutrina a apontar que o novo Código Civil promoveu “a inserção de um sistema geral de responsabilidade objetiva ao lado do sistema geral de responsabilidade subjetiva”³¹². Nesse contexto,

Essas espécies de culpa [*in vigilando*, *in eligendo* e *in custodiendo*], todavia, estão em extinção, porque o Código Civil de 2002, em seu art. 933, estabeleceu responsabilidade objetiva para pais, patrão, comitente, detentor de animal etc., e não mais responsabilidade com culpa presumida, como era no Código anterior.³¹³

Enquanto o Direito Tributário, a exemplo do ramo civilista, não divisa entre dolo e culpa (art. 136 do Código Tributário Nacional³¹⁴), o Direito Penal consagra, como regra geral, a intencionalidade como elemento essencial do tipo (cf. art. 18, par. único, do Código Penal³¹⁵). Nesse último campo (penal), a culpa – em oposição ao dolo – é escandida em repisada tríade: negligência, imprudência e imperícia.

Já a culpabilidade – ora tratada como integrante do delito, como na teoria analítica tripartite do crime, ora como atributo do agente³¹⁶ –, traduzida como juízo de reprobabilidade³¹⁷, tem como subelementos a inexigibilidade de conduta diversa; a potencial consciência (profana) do injusto; e imputabilidade.

³⁰⁹ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 5.. Conforme nota de rodapé 58, tal fenômeno corresponde à “descodificação” e à “fragmentação” tratada por Natalino Irti.

³¹⁰ Por vezes referidas, respectivamente, por culpa *in committendo* e culpa *in omittendo*.

³¹¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta – Evolução de Fundamentos e de Paradigmas da Responsabilidade Civil na Contemporaneidade. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 31, n. 1. pp. 33-59. ISSN: 0101-7187. Goiânia: Universidade de Goiás, 2007. p. 35.

³¹² HIRONAKA, op. cit., p. 36.

³¹³ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 55.

³¹⁴ Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), art. 136: Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

³¹⁵ Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940, art. 18, parágrafo único: Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

³¹⁶ Em nota preambular, Damásio de Jesus (op. cit., p. 7) registra a evolução de seu posicionamento ao considerar que “A culpabilidade não é elemento ou requisito do crime. O juízo de reprovabilidade não incide sobre o fato, mas sim sobre o sujeito. Não se trata de fato culpável, mas de sujeito culpável”.

³¹⁷³¹⁷ DOTTE (op. cit., p. 12) assim registra o pensamento de Luiz Jimenez de Asúa: “Segundo ASÚA: ‘El Derecho romano entronizó la intención, dando espiritualidad ao Derecho penal y desde entonces la culpabilidad es una característica del delito, sin la que no es posible asociar al hecho dañoso una pena

São dignas de nota as considerações sobre a obsolescência, mesmo no âmbito do Direito Cível, dos conceitos de “culpa *in vigilando*” e “culpa *in eligendo*”, bem assim da impropriedade de seu emprego no âmbito punitivo, considerando que o Tribunal de Contas ainda se vale dessas categorias para responsabilizar administradores públicos. Como exemplo recente de julgado nesse sentido, considere-se o Acórdão 2.730/2014-TCU-Plenário, em que o Tribunal condenou em débito e aplicou multa a jurisdicionados, tendo o respectivo relatório registrado que:

143. Desta forma, além da culpa **in eligendo**, pela escolha dos subordinados que cometeram as irregularidades apontadas, o gestor, na administração dos recursos públicos federais, deveria atentar para os atos praticados pelos mencionados subordinados, pelo que lhe pesa, ainda, a culpa *in vigilando*.

(...) há diversos julgados do TCU responsabilizando gestores, com imputação de débito ou aplicação de multa, por omissão no dever de supervisionar a atuação dos subordinados, como os Acórdãos 698/2002, 699/2002, 963/2006, todos da 1ª Câmara, 730/2004 e 1.432/2006, ambos do Plenário. (grifado no original)

Além das deliberações mencionadas na citação acima, pode-se acrescentar a manifestação contida no Voto condutor do Acórdão 137/2010-TCU-Plenário, que bem resume o enleado posicionamento do Tribunal:

10. Ficou caracterizada, portanto, a negligência, ou seja, a inobservância de normas que lhe ordenariam a agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento. Tal negligência não pode ser descaracterizada simplesmente alegando-se possível erro de subordinados ou suposta ausência de prejuízo financeiro computado. Mesmo porque a responsabilidade, neste caso, pode advir de **culpa in eligendo**, ou seja, da má escolha daquele em quem se confia a prática de um ato ou o adimplemento da obrigação, e da culpa *in vigilando*, decorrente da falta de atenção com o procedimento de outrem. Há que se considerar, ainda, que responsabilidade não se transfere.³¹⁸

Aparte as ponderações acima, reserva-se a seção seguinte para análise sobre as diretrizes oficiais do Tribunal de Contas para imputação de responsabilidade. Por fim, cabe reiterar que este trabalho se exime de incursionar na teoria da pena, por rechaçar-se aqui a tradicional noção de que o liame entre responsabilidade jurídica e pena – herdado

sensu stricto⁷. Pode-se, então, concluir que a doutrina clássica passou a exigir a culpabilidade para compor a noção do delito em face da necessidade de se evitar a responsabilidade penal objetiva”.

³¹⁸ Por outro lado, também se observam diversos julgados que reconhecem a impropriedade de condenação com base em responsabilidade objetiva no âmbito do Tribunal de Contas – como, por exemplo, expõe o Voto condutor do Acórdão 1.808/2014-TCU-Plenário: “11. Sem tais elementos, concordo que a condenação do recorrente acabou por fundar-se em responsabilização objetiva, em razão de ocupar o cargo de diretor-presidente do Basa. Sendo assim, acolho a proposta do representante do Ministério Público, a qual se revela mais adequada ao presente caso, no sentido de prover este pedido de reexame, excluindo a multa aplicada”.

da já citada noção grega de arché (ἀρχή) ³¹⁹ – seja natural ou mesmo necessário. Com efeito, no âmbito do *civil law*, a distinção teórica entre “responsabilidade pela conduta” e “sujeição à pena” pode ser encontrada no pensamento tardio de Herbert H. L. Hart, tendo aquele autor registrado a evolução de seu posicionamento nos seguintes termos:

But though the abstract expressions ‘responsibility and ‘liability’ are virtually equivalent in many contexts, the statement that a man is responsible for his actions, or for some act or some harm, is usually not identical in meaning with the statement that he is liable to be punished or to be made to pay compensation for the act or the harm, but it is directed to a narrower and more specific issue. It is in this respect that my previous account of liability-responsibility needs qualification.³²⁰

Partindo da compreensão da responsabilidade como ato performativo comunicativo, entende-se, como Günther Jakobs, que a imputação opera discursivamente como resposta, cabendo reservar a aplicação da pena para as hipóteses em que “o efeito defraudatório da violação não puder ser processado de outra forma”³²¹. A outro turno, acompanha-se Klaus Günther no entendimento de que “A imputação não deve ser mais entendida apenas, ou mesmo de modo algum, como simples requisito para a pena”³²².

3. O Tribunal de Contas da União e a imputação de responsabilidade

Descrito em termos gerais o cenário em que se espera desenvolver a responsabilização jurídica na atualidade, cabe agora avaliar se a atuação do Tribunal de Contas da União tem se pautado pelas novas diretrizes que se consolidam no período pós-reconstitucionalização. Antes de realizar essa comparação, convém demonstrar o caráter administrativo das atividades do Tribunal, em vez de simplesmente o pressupor. Para tanto, cabe examinar a natureza do Tribunal de Contas e da atividade ali desenvolvida, de modo a situá-lo entre as diversas expressões de soberania da República, realizando-se um breve histórico da função de controle externo.

A transição do Estado nacional absolutista para o Estado de Direito – traduzida pela crescente diferenciação entre os sistemas político e jurídico – caracterizou-se pela paulatina instituição de mecanismos de controle sobre a atuação das autoridades públicas, atuação essa ora jungida ao *framework* constitucional³²³. O controle das

³¹⁹ LOPES, op. cit., pp. 56-57. O autor aduz, comentando a influente perspectiva de Anaximandro sobre o tema, que “Trata-se aí essencialmente de uma lei baseada na retribuição em que a causa, o mal, deve preceder o efeito, o castigo, em uma relação **necessárias e inafastável**” (*Idem, ibidem* - grifei).

³²⁰ HART, op. cit., p. 115.

³²¹ PÜSCHEL e MACHADO, op. cit., p. XV.

³²² GÜNTHER, op. cit., p. 20.

³²³ Nesse sentido, “A necessidade de que toda e qualquer atividade desenvolvida pelo Estado esteja sujeita a diferentes níveis ou mecanismos de controle se faz presente desde que se concebeu o Estado de Direito”, conforme FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 1.050.

receitas e despesas públicas existente até então destinava-se precipuamente ao próprio soberano³²⁴.

Conquanto o controle judicial dos atos administrativos atualmente assuma centralidade entre tais mecanismos e embora o denominado "controle social" adquira crescente importância no contexto democrático, a fiscalização realizada pelo Parlamento – a que se denomina “controle externo”, tendo por referência a atividade administrativa – complementa-os de forma relevante, preenchendo as lacunas das demais formas de controle e contribuindo decisivamente para a concretização do Princípio Republicano, sobretudo no que tange à destinação dos recursos recolhidos junto à sociedade.

Diante da complexidade da tarefa, e considerando que, “em se tratando de órgão de composição eminentemente política, o Congresso Nacional necessita de apoio técnico para se desincumbir da missão” fiscalizatória³²⁵, o art. 89 da Constituição de 1891, perfilhando ideia constante desde o Decreto 966-A de 1890, instituiu entidade especialmente talhada para supervisionar a atividade administrativa de todo o aparelho de Estado: o Tribunal de Contas da União³²⁶.

Presente em todas as Constituições editadas desde então, a extensão e modo de atuação do Tribunal de Contas da União – e dos Tribunais de Contas estaduais que o guardam como paradigma (art. 75 da Constituição) – revelaram-se cambiantes de acordo com o momento político atravessado pelo país³²⁷. No atual ordenamento democrático, esse Tribunal teve suas funções “substancialmente dilatadas”³²⁸.

Assim, cumulada à função de legislar, o art. 70 da Constituição vigente atribui ao Congresso Nacional a titularidade do controle externo, no âmbito do qual lhe compete fiscalizar a União e as entidades da Administração Pública nos aspectos concernentes à legalidade, legitimidade e economicidade da gestão dos bens públicos – se assim entendermos tais bens segundo a concepção subjetivista³²⁹.

³²⁴ Com efeito, o controle sobre a arrecadação de tributos remonta à instituição da própria tributação. Todavia, o Esclarecimento, com o advento da democracia moderna, impõe intransponível ruptura no desenvolver histórico desse fenômeno, de maneira que não faz sentido considerar a atividade de escribas egípcios ou mesmo do Senado Romano como antecedentes do que se entende modernamente por controle externo, *data venia* a posição de COSTA, Luiz Bernardo Dias. *Tribunal de Contas. Evolução e Principais Atribuições no Estado Democrático de Direito*, pp. 65-74. ISBN 85-770-014-1. Belo Horizonte: Fórum, 2006. pp. 21/22. Nessa linha, outros autores incidem na mesma impropriedade de identificar a origem dos modernos Tribunais de Contas na Antiguidade – como, por exemplo, MASCARENHAS, Michel. *Tribunais de Contas e Poder Judiciário. O sistema jurisdicional brasileiro adotado no Brasil e o controle judicial sobre atos dos tribunais de contas*. São Paulo: Conceito Editorial, 2001. pp. 62-63.

³²⁵ AGUIAR, Afonso Gomes. AGUIAR, Márcio Paiva de. *O Tribunal de Contas na Ordem Constitucional*. 2ª ed. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2008. p. 15.

³²⁶ Embora previsto legislativamente desde então, a instalação *de facto* do Tribunal de Contas da União só ocorreu em 1893, conforme notícia histórica constante do sítio oficial daquele órgão (www.tcu.gov.br).

³²⁷ Sobre as modificações impingidas às atividades do Tribunal de Contas da União durante os períodos de alternância entre regimes democráticos e autoritários, vide o sítio oficial www.tcu.gov.br, *link* "Breve histórico".

³²⁸ VUOLO, Cassyra Lucya Barros. *Os Tribunais de Contas como Instrumento de Construção da Cidadania*. Cuiabá: edição da autora, 2007. p. 24.

³²⁹ Esposada, entre outros, por Hely Lopes Meirelles, para quem constituem bens públicos “todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis ou semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro apud FURTADO*, op. cit., p. 807-808). A opção pela perspectiva que caracteriza bens públicos pelo critério da afetação (incluindo, assim, os bens reversíveis empregados por concessionárias de serviços públicos) introduz complexidade adicional à

O Tribunal de Contas da União é mencionado no dispositivo subsequente, que aduz, ao comando genérico de fiscalizar, algumas das formas pelas quais o Tribunal deverá se valer, agora de forma privativa (é dizer, de modo não “avocável” pelo Congresso), para conferir concretude à sua incumbência de supervisão:

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

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

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

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

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

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

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

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

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

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

análise: repelindo essa concepção, o próprio Tribunal de Contas da União estabeleceu que a supervisão por si exercida sobre aqueles bens (de concessões públicas) constitui objeto de “fiscalização de segunda ordem” (Voto condutor do Acórdão 2.023/2004-TCU-Plenário, lavrado pelo Ministro Benjamin Zymler), cabendo ao Tribunal supervisionar a atuação dos entes públicos responsáveis pela fiscalização do emprego e preservação de tais recursos (e.g. as agências reguladoras).

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

A redação dos *capita* dos dispositivos acima (arts. 70 e 71 da Constituição), conjugada com a assertiva do art. 2º da Constituição da República no sentido de que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário", suscitou considerável controvérsia exegética sobre a possível subsunção do Tribunal de Contas da União a algum dos três "Poderes" expressamente enunciados.

Embora a posição relativa do Tribunal de Contas da União na estrutura do Estado Brasileiro consista, atualmente, em "etapa superada dos estudos constitucionais brasileiros"³³⁰, o assunto conduz a profícua reflexão acerca da natureza da atividade daquele ente, a qual envolve o processo de responsabilização tema deste trabalho. Por conseguinte, a "confusão duradouramente reinante" acerca da "fisionomia jurídico-constitucional de nossos Tribunais de Contas"³³¹ merece ser aqui revisitada, ainda que brevemente.

Preliminarmente, pode-se assentir à constatação de Bandeira de Mello de que "nenhuma dúvida se propõe quanto ao fato de que o Tribunal de Contas é alheio ao bloco orgânico formador do Poder Executivo e à unidade orgânica componente do Judiciário"³³².

Com efeito, descartar-se-ia facilmente tese que inscrevesse o Tribunal de Contas da União no âmbito do Poder Executivo. Como visto, a função de controle externo foi concebida, ainda na formação do Estado de Direito³³³, como instrumento para que os representantes do povo no Parlamento acompanhassem e avaliassem o emprego conferido pelas autoridades públicas aos recursos recolhidos junto à sociedade. Mais modernamente, a função de controle externo vem sendo entendida como componente fundamental do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*) do Estado Democrático de Direito, passando a elemento indissociável do Princípio Republicano³³⁴.

Assim, sua inclusão no interior do Poder Executivo – principal encarregado pela função administrativa do Estado – representaria verdadeira contradição em termos, aniquilando qualquer distinção entre controle externo e o controle interno daquele Poder, redundando em autêntico paroxismo do conflito de interesses, já que ao administrador caberia o papel solitário de controlar as contas de sua própria administração. Em suma, frustrar-se-ia, de plano e irremediavelmente, a *raison d'être* de se instituir controle externo, comprometendo-se o equilíbrio institucional republicano³³⁵.

³³⁰ FERRAZ, Sérgio. Tribunais de Contas: meditando e remeditando. (pp. 241-250) In: FREITAS, Ney José de (coord.). Tribunais de Contas. Aspectos Polêmicos. Estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 241.

³³¹ Ambas citações em FERRAZ (op. cit., p. 241).

³³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. O enquadramento constitucional do Tribunal de Contas. (pp. 63-72) In: FREITAS, Ney José de (coord.). Tribunais de Contas. Aspectos Polêmicos. Estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 63.

³³³ FURTADO, op. cit., p. 1050.

³³⁴ GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Poder Legislativo. (p. 882) In: MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. rev. e atual. 3ª tiragem. São Paulo: ed. Saraiva, 2011. p. 882.

³³⁵ Tal arrazoado em muito se assemelha aos motivos pelos quais também o Ministério Público não pode ser considerado como pertencente ao Poder Executivo: "Ademais, se ao *Parquet* cabe o exercício do

A nomeação dos membros do Tribunal de Contas pelo Presidente da República (art. 84, XV, da Constituição), bem assim a designação de um terço de sua composição pelo Chefe de Governo (art. 73, § 2º, I, da Constituição), amolda-se precisamente ao sistema de equilíbrio arquitetado pelo Poder Constituinte Originário, não se traduzindo em qualquer espécie de vinculação, hierarquia ou subordinação entre essas instituições. Cabe arrematar afirmando-se "que inexistente e jamais existiu qualquer estapafúrdia hipótese de que [o TCU] fizesse parte do Poder Executivo"³³⁶.

Assim, o "único questionamento cabível" sobre a posição constitucional relativa do Tribunal de Contas da União "seria sobre uma sua eventual localização no interior do Poder Legislativo"³³⁷. As razões comumente apontadas para tanto consistem na topologia do dispositivo instituidor daquele Tribunal – o Capítulo I do Título IV da Constituição da República ("Do Poder Legislativo") – e na redação do art. 71, *caput*, do texto constitucional.

Muito embora o célebre jurista aduza, logo em seqüência, que "Tal suposição [pertencimento do Tribunal de Contas ao Poder Legislativo], entretanto, também não teria como prosperar, revelando-se, de logo, como eivada de insubsistência manifesta"³³⁸, repara-se que autores de nomeada ainda localizam o Tribunal de Contas em sede daquele Poder.

Assim é que Paulo Gonet Branco asseve expressamente que o Tribunal de Contas da União integra o Poder Legislativo³³⁹, opinião compartilhada com Lucas Rocha Furtado, quem afirma que:

O modelo de controle externo brasileiro apresenta algumas particularidades. A primeira delas consiste no fato de os Tribunais de Contas serem considerados órgãos integrantes do Poder Legislativo. Não obstante integrarem o Legislativo, seguem normas pertinentes ao processo administrativo (...)³⁴⁰.

Não obstante os respeitáveis entendimentos acima, a porção majoritária da doutrina rejeita a inserção dos Tribunais de Contas no âmbito do Poder Legislativo. Celso Antônio Bandeira de Mello colaciona diversos argumentos nesse sentido, principiando pela lição de Diogo de Figueiredo Moreira de que "(...) a Constituição

controle externo da atividade policial, é patente que não pode pertencer ao Poder Executivo, tendo em vista que a atividade policial está inserida entre as atividades deste Poder. Se a Instituição tivesse submetido [sic] ao Executivo, esse controle não seria externo, mas, sim, interno" (DINIZ, José Janguê Bezerra. Ministério Público do Trabalho – Ação Civil Pública, Ação Anulatória, Ação de Cumprimento. Recife: Consulex, 2004. p. 169).

³³⁶ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 64.

³³⁷ MELLO, op. cit., p. 64.

³³⁸ *Idem, ibidem*.

³³⁹ GONET BRANCO, op. cit., p. 882.

³⁴⁰ FURTADO, op. cit., pp. 1.090/1.091. AGUIAR e AGUIAR (op. cit., p. 125) adotam idêntico posicionamento, chegando a afirmar que "São órgãos inseridos na estrutura do Poder Legislativo a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e o Tribunal de Contas da União, nos termos definidos pela Constituição da República, no Capítulo I (Do Poder Legislativo) do Título IV (Da Organização dos Poderes)".

instituiu uma distinção estrutural de cunho político entre o Poder Legislativo e o Tribunal de Contas (...)”³⁴¹. Nesse sentido,

Tendo em vista que a própria Constituição assegura ao Tribunal de Contas as mesmas garantias de independência do Poder Judiciário, impossível considerá-lo subordinado ao Legislativo ou inserido na estrutura do Legislativo³⁴².

Bandeira de Mello consigna, ainda, que outros juristas manifestaram-se concordes com a tese de independência do Tribunal de Contas em relação à instância legislativa, entre eles Jarbas Maranhão, Pontes de Miranda, Castro Nunes e Sérgio Ferraz³⁴³, este último tendo ponderado que

Bem ao revés [de enquadrar o Tribunal de Contas da União como órgão pertencente ao Poder Legislativo], o Texto Magno confere ao Tribunal de Contas competências típicas de Poder (artigo 71), aplicando a seus membros "as mesmas garantias, prerrogativa, vencimentos e vantagens" dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (CF, artigo 73, § 3º)³⁴⁴.

Por fim, Bandeira de Mello acrescenta ao seu próprio o escólio de Carlos Ayres Britto, no sentido de que o art. 44 não arrola o Tribunal de Contas da União entre os órgãos componentes do Congresso Nacional:

Para que algo se possa considerar interior, intestino a um corpo orgânico, cumpre que existam os vínculos de subordinação, o liame hierárquico ou, quando menos, o vínculo de controle. Um dos dois teria que existir e, no caso do Tribunal de Contas, não existe. O Tribunal de Contas, em verdade, não é subordinado ao Legislativo, nem está sob a tutela dele.³⁴⁵

Em conclusão digna de acolhimento, Luiz Bernardo Dias Costa, amparado na lição de Ricardo Lobo Torres, anota que a função de auxílio que a Constituição da República atribui às Cortes de Contas tem natureza de “colaboração funcional” e estende-se “a todos os Poderes e a todos os órgãos e entidades constitucionalmente autônomos (...) até outros entes da Federação”, não se deixando "aprisionar no esquema da rígida separação de poderes”³⁴⁶.

O alheamento organizacional do Tribunal de Contas em relação à estrutura do Poder Judiciário, embora inquestionado, afigura-se menos óbvio que seu distanciamento

³⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas. *apud* MELLO, op. cit., p. 64.

³⁴² MEDAUAR, Odete. Controle da Administração. *apud* MELLO, op. cit., p. 66.

³⁴³ MELLO, op. cit., p. 66.

³⁴⁴ FERRAZ, Sérgio. A execução das decisões dos Tribunais de Contas: algumas observações. *apud* MELLO, op. cit., 67.

³⁴⁵ MELLO, op. cit., p. 68.

³⁴⁶ COSTA, op. cit., pp. 69-70.

em relação ao Poder Executivo. Abordagem perfunctória, baseada na terminologia constitucional, revela que as escolhas lexicais empregadas pelo Poder Constituinte para estruturar o Tribunal de Contas da União remetem a termos consagradamente reservados à órbita do Poder Judiciário – tais como a própria designação "Tribunal" e os termos "jurisdição" e "Ministros", respectivamente presentes nos *caputs* dos arts. 71 e 73 da Carta de 1988.

Compulsando a Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU), observa-se que o funcionamento interno do Tribunal de Contas da União emula, em larga medida, a dinâmica adotada nas Cortes judiciais. Seus membros reúnem-se em Câmaras (art. 67, *caput*, da Lei 8.443/1992), presidem a instrução de processos (art. 11 da Lei 8.443/1992) e sobre eles deliberam, tudo isso culminando na prolação de acórdãos obrigatoriamente compostos de relatório, fundamentação e dispositivo (art. 1º, § 3º, da Lei 8.443/1992). Tudo isso visando a concretizar o mandamento do art. 71, II, da Constituição da República, o qual atribui ao Tribunal de Contas da União o dever de realizar o **juízo** das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos – valendo-se novamente, por certo, de termo usualmente associado à atividade judicante³⁴⁷.

Por meio de seu art. 73, *caput*, a Constituição determina que se busquem competências privativas do Tribunal de Contas da União entre aquelas conferidas às Cortes integrantes do Poder Judiciário, mediante remissão expressa ao dispositivo em que se encontram registradas tais competências (art. 96 da Constituição). Entre tais competências encontra-se a de auto-organização, compreendendo a eleição de órgãos diretivos e elaboração do regimento interno.

As similaridades entre o Tribunal de Contas e os entes do Poder Judiciário são acentuadas pelo Regimento Interno do TCU, o qual o municia com instrumentos típicos dos órgãos judicantes, a exemplo de “enunciados de Súmulas de Jurisprudência” (art. 15, VII, do Regimento Interno do TCU) e “incidentes de uniformização de jurisprudência” (art. 91 do Regimento Interno do TCU).

Ainda a título de semelhanças, a Súmula TCU 103 prescreve que “Na falta de normas legais regimentais específicas, aplicam-se, analógica e subsidiariamente, no que couber, a juízo do Tribunal de Contas da União, as disposições do Código de Processo Civil”. A toda prova, o TCU apresenta “conformação assemelhada aos tribunais judiciais”³⁴⁸.

Entretanto, não é possível conformar-se com análise meramente nominalista. Para além da coincidência entre os termos utilizados para se referir à atuação do TCU e os vocábulos consagradamente associados à atividade judicante dos tribunais do Poder Judiciário, resta investigar se os fenômenos jurídicos por eles indicados também coincidem ou se, apesar de ostentarem mesma nomenclatura, possuem essência diversa.

Fundamentalmente, a eventual identificação do Tribunal de Contas como entidade judiciária dependeria do caráter de sua atividade e, sobretudo, da natureza de suas decisões. Nesse ponto, a alteração doutrinária aprofunda-se, deslocando-se da

³⁴⁷ Em que pese ao certo encontrarem-se referências a “juízos” na esfera administrativa – e.g. quando às Comissão de Licitação é atribuído o juízo dos recursos das licitantes.

³⁴⁸ ZYMLER, Benjamin. Processo Administrativo no Tribunal de Contas da União. *In* Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1996 - Monografias Vencedoras. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, Serviço de Editoração e Publicações, 1997. p. 139.

“mera” topologia organizacional para tratar do possível caráter jurisdicional das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas.

Parcela das “acaloradas e conflitantes discussões”³⁴⁹ em torno do assunto é sumariada por Bandeira de Mello, que alista Seabra Fagundes, Carlos Casimiro Costa e Pontes de Miranda entre os defensores da ideia de que as decisões do Tribunal de Contas têm natureza judicial, posicionando-se aquele autor entre os que, juntamente com Oswaldo Aranha, José Afonso da Silva e Guimarães Meneghale, opinam em sentido contrário³⁵⁰.

Ilustrando o entendimento de Seabra Fagundes, tem-se que:

Seu ponto de vista fundava-se em que, no primeiro caso, havia um "sentido definitivo da manifestação da corte, pois se a regularidade das contas públicas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Poder Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo".

O alumiado autor traz ainda à colação o entendimento de Pontes de Miranda, em seus Comentários à Constituição de 1946, como igualmente adepto da intelecção de que o Tribunal de Contas exerce função jurisdicional ao julgar as contas dos administradores públicos e demais responsáveis por bens e valores públicos.³⁵¹

Alinhando-se à posição de Seabra Fagundes, Lucas Rocha Furtado conclui que a atuação do Tribunal de Contas reuniria as duas características definidoras da jurisdição³⁵², identificadas pelo autor como “denominador comum” entre as lições de Cândido Dinamarco, Galeno Lacerda e Athos Gusmão Carneiro. Seriam elas a "atividade estatal" e a "aplicação do Direito ao caso concreto”³⁵³. Acrescenta, logo em seguida, que:

Se examinarmos os dois primeiros elementos (de que se trata de atividade estatal com vista à aplicação do Direito a situações concretas), não resta dúvida de que o conceito de jurisdição alcança a atividade desenvolvida pelo TCU. O único elemento do conceito que não se mostra aplicável à atividade desenvolvida pelo TCU diz respeito à imutabilidade das suas decisões. Este elemento, relacionado à coisa julgada, é, no entanto, acidental e somente parte da doutrina o adota.³⁵⁴

Com todas as *venias* de estilo ao eminente doutrinador, não se afigura plenamente razoável considerar que o caráter definitivo das decisões seja elemento dispensável para caracterizar a atividade judicante. Inúmeros operadores do Direito militam a cavaleiro da Administração Pública – é dizer, exercem atividade estatal –,

³⁴⁹ COSTA, , op. cit., p. 120.

³⁵⁰ MELLO, op. cit., pp. 70/72.

³⁵¹ *Idem*, p. 71.

³⁵² FURTADO, op. cit., pp. 1.113/1.114.

³⁵³ *Idem*, p. 1.114.

³⁵⁴ *Idem*, p. 1.115.

freqüentemente aplicando o Direito a casos concretos (instaurando processos administrativos; concedendo aposentadorias; aplicando multas a concessionárias de serviços públicos etc.).

A prosperar a definição binária proposta, tem-se que a atividade de todos aqueles nas condições citadas (e.g. comissões de licitação, agências reguladoras etc.) teria de ser reconhecida como jurisdicional – esvaziando, assim, o próprio conceito de jurisdição. O que as exclui do espectro dos atos judiciais é a possibilidade latente de revisão judiciária, sendo que apenas as decisões dessa natureza gozam da imutabilidade resultante da função luhmanniana do próprio Direito: a estabilização das expectativas sociais.

Em magistral análise sobre o *locus* institucional do Ministério Público no arcabouço constitucional então vigente – válida ainda no presente contexto –, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a fim de demonstrar a divergência entre a função judicante e a atuação do *Parquet*, assim disserta:

A função do Ministério Público não pode ser confundida com as funções jurisdicional e judiciária, exercidas por tribunais e juízes. A jurisdicional se caracteriza por dar a um conflito com relevância jurídica uma solução suscetível de adquirir autoridade de coisa julgada. “Se um ato adquire autoridade de coisa julgada é jurisdicional. Não há jurisdição sem autoridade de coisa julgada”. A função judiciária tem caráter eminentemente orgânico e subjetivo, como excelentemente expôs Frederico Marques. Na atividade dos juízes é que não se há de inserir, portanto, a do Ministério Público, porque sempre lhe faltará o exercício da função jurisdicional, motivo impediante de sua integração no órgão e, logo, do possível desempenho de função judiciária.³⁵⁵

Nota-se que os pesquisadores que sustentam o exercício de jurisdição por parte do Tribunal de Contas invariavelmente a adjetivam, comentando sua peculiaridade. Nessa linha, Michel Mascarenhas a qualifica como “jurisdição especial”, em contraposição à “jurisdição típica, atribuída ao judiciário”³⁵⁶; Lucas Furtado a denomina “jurisdição administrativa”³⁵⁷, enquanto que Costa a ela se refere como “função jurisdicional especial”³⁵⁸.

Desse breve apanhado, entrevê-se que as posições aparentemente inconciliáveis – no sentido do exercício ou não de jurisdição pelo Tribunal de Contas da União – resolvem-se em falso dilema, eis que os autores que defendem o exercício de jurisdição pelo Tribunal de Contas aquiescem em haver diferença fundamental entre o fenômeno

³⁵⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Ministério Público – Posição Constitucional. Conceito. Trabalho apresentado no I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, em dezembro de 1971. pp. 6-7.

³⁵⁶ MASCARENHAS, Michel. op. cit., p. 45.

³⁵⁷ FURTADO, op. cit., p. 1.115. A essa locução (“jurisdição administrativa”) convergem inúmeros outros estudiosos do assunto, inclusive certos autores que recusam ao Tribunal de Contas o desempenho da função judicial, como MILESKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. (pp. 89-116) In: FREITAS, Ney José de (coord.). Tribunais de Contas. Aspectos Polêmicos. Estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 101.

³⁵⁸ COSTA, op. cit., p. 121.

analisado e a atividade judicante exercida pelos magistrados e tribunais judiciários, razão pela qual percebem a necessidade de qualificá-lo.

Assim, quanto à natureza das deliberações dos Tribunais de Contas, cumpre acompanhar o posicionamento de Luiz Bernardo Dias Costa:

Importante frisar que a não definitividade jurisdicional das decisões do Tribunal de Contas é motivada pelo fato de que são de natureza administrativa, considerando que no Brasil vigora o sistema de jurisdição única, pertencendo ao Poder Judiciário o monopólio da tutela jurisdicional, cuja competência constitucional está expressa no art. 5º, inciso XXXV, da Magna Carta Federal. Isso quer dizer que decisões terminativas, com trânsito em julgado, só serão alcançadas diante da manifestação dos tribunais integrantes do Poder Judiciário.³⁵⁹

A conclusão da discussão não pode ser outra senão a de que o Tribunal de Contas da União constitui entidade pública de *status* constitucional alheia à esfera dos demais Poderes da República – isto é, nem subordinada, nem sobranceira aos Poderes Executivo, Judiciário ou Legislativo. Contra o argumento de que o art. 2º da Constituição da República é exposto em afirmar que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” – deixando de mencionar o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União –, cabe recordar que a Teoria da Tripartição dos Poderes, em sua versão bosquejada por Aristóteles e aprimorada por Bolingbroke, Locke e Montesquieu³⁶⁰, já não mais pode ser aceita sem reservas, eis que

(...) na atualidade, mesmo havendo formalmente o desdobramento em três poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário – a materialidade do exercício do poder tem demonstrado a coexistência de vários centros de poder dentro do Estado, com controles recíprocos, que tornam mais apropriada a identificação desses centros de poder por meio das funções do Estado, não pela divisão formal dos poderes.³⁶¹

Revisitando a criação do Tribunal de Contas da União pelo Decreto 966-A, rememora-se que, na elaboração de Rui Barbosa, aquele Tribunal consistiria de "corpo de magistratura intermediária à Administração e à Legislatura[, que] colocado em

³⁵⁹ *Idem*, p. 78. Tal entendimento, diga-se de passagem, está em linha com a irreparável definição do fenômeno jurídico-administrativo formulada por FURTADO (op. cit., pp 53-54): “Todo ato praticado pelo Estado é ato administrativo, salvo se se tratar de ato praticado por órgão do Poder Judiciário disciplinado por normas de Direito Processual, ou se for ato que integre o processo legislativo, hipótese em que o ato será reputado legislativo. Esse resíduo da atuação estatal define o objeto do Direito Administrativo e caracteriza o ato como administrativo”.

³⁶⁰ AGUIAR JÚNIOR, 1971: 2.

³⁶¹ MILESKI, op. cit., p. 99. Em mesmo sentido, entre outros, Evandro Martins Guerra. Os controles externos e internos da administração pública e os tribunais de Contas. *apud* COSTA, op. cit., p. 117.

posição autônoma (...)”³⁶². Citando a lição de Baleeiro, aquele Tribunal não seria apenas autônomo, mas independente³⁶³.

Tais ponderações estão em sintonia com a preleção de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, quando afirma que a previsão constitucional dos Tribunais de Contas no Brasil determina sua natureza juspolítica – a exemplo do *status* desfrutado por instituições análogas no ordenamento italiano (1948), alemão (1949) e português (1976)³⁶⁴. Nesse sentido, esses Tribunais desempenhariam “expressões imediatas de soberania”³⁶⁵.

É de se aquiescer, assim, ao posicionamento de Odete Medauar, para quem a natureza dos Tribunais de Contas, “em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três poderes”³⁶⁶. Carlos Ayres Britto, de mesma opinião, sublinha que “O TCU se posta como órgão da pessoa jurídica União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três Poderes Federais”³⁶⁷.

Assim, se é cabível a constatação de Bruno Wilhelm Speck acerca das instituições superiores de controle – no sentido de que se perfilhariam a três modelos básicos, vinculando-se ora ao Executivo (e.g. o *Rechnungshof* da Alemanha), ora ao Legislativo (e.g. o *General Audit Office*, dos Estados Unidos, e o *National Audit Office*, da Inglaterra), ora, ainda, ao Judiciário (*Cour de Comptes* da França)³⁶⁸ –

Dessarte, a entende-se demonstrado, pelas considerações registradas nesta seção, que o Tribunal de Contas da União: 1) é entidade de previsão constitucional, desvinculada dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (a exemplo do Ministério Público, trata-se de um “órgão extrapoder”³⁶⁹); 2) a essência da atividade exercida pelo Tribunal de Contas da União no zelo dos bens públicos diferencia-se da função judicante confiada ao Poder Judiciário, amoldando-se, pelo critério eliminativo de Furtado³⁷⁰, ao ramo administrativo do Direito. Conjugando-se as ponderações acima com as da seção anterior, conclui-se também que as atividades do Tribunal de Contas subsumem-se tanto ao Direito Administrativo sancionador quanto no reparatório.

Confirmada a natureza administrativa – quer punitiva, quer meramente reparatória – das atividades do Tribunal de Contas, finalmente pode-se proceder ao

³⁶² COSTA, op. cit., p. 65.

³⁶³ *Idem*, p. 66.

³⁶⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Palestra proferida no Encontro Luso-Brasileiro de Tribunais de Contas, em março de 2003. *apud* COSTA, op. cit., p. 67.

³⁶⁵ DIAS COSTA, op. cit., p. 67.

³⁶⁶ MEDAUAR, Odete. Controle da Administração. *apud* MELLO, op. cit., p. 66.

³⁶⁷ AYRES BRITO, Carlos. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. *apud* MELLO, op. cit., p. 68.

³⁶⁸ SPECK, Bruno Wilhelm. Palestra intitulada “Tribunais de Contas e Sistemas de Controle no Brasil” *apud* DELMONDES, Edna. A Interação do Tribunal de Contas com o Parlamento. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 25-26.

³⁶⁹ A expressão “órgão extrapoder”, creditada a Ives Gandra, foi aqui extraída de DINIZ (op. cit., p. 295). O mesmo autor relata que: “Autores como Hugo Nigro Mazzilli e Clèmerson Merlin Clève apontam, respectivamente, que o constituinte poderia ter evitado essas discussões se tivesse colocado o Ministério Público ‘lado a lado com o Tribunal de Contas, entre os órgãos de fiscalização e controle das atividades governamentais (...)’ (DINIZ, op. cit., p. 163).

³⁷⁰ Vide nota de rodapé 359.

cotejo entre os critérios de responsabilidade daquela entidade e as diretivas que se espera preponderarem no contexto neoconstitucional. Para tanto, cabe iniciar pela análise das orientações oficiais destinadas à Secretaria do Tribunal – isto é, ao corpo técnico incumbido de instruir inquisitorialmente os processos ali em trâmite³⁷¹.

Nesse ponto, interessa notar que o Tribunal contava com norma interna por si diretamente produzida – a Portaria TCU 122, de 27 de abril de 2004 –, a qual dispunha, em seu Anexo IV, sobre os critérios que deveriam guiar a responsabilização promovida em consequência dos processos ali em trâmite. Todavia, a instituição houve por bem revogar a sobredita portaria³⁷², delegando a edição de normativo de mesmo intuito a sua própria Secretaria. Nesse sentido, editou-se a Portaria 26, de 19 de outubro de 2009, da Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex), atualmente disciplinadora dos critérios pelos quais os técnicos daquela Casa devem propor, aos respectivos Ministros-Relatores, a imputação de responsabilidade a administradores públicos.

Assim, nota-se não apenas a ausência de um código a disciplinar a aplicação dos comandos constitucionais no âmbito da responsabilização pelo Tribunal de Contas da União – papel que, por exemplo, o Código Tributário Nacional desempenha na seara tributária –, como também assistiu-se à substituição de normativo emanado pelo Plenário da Casa (Portaria TCU 122/2004) por ato expedido pelo quadro técnico (Portaria Segecex 26/2009). Considerando o caráter político/público da formulação de critérios de responsabilidade³⁷³, a situação narrada, em que a deliberação na arena discursiva cede passo à regulação técnica, dá azo para que se identifique novo motivo para o já apontado *deficit* de legitimidade nesse processo de responsabilização³⁷⁴.

De toda sorte, se é na Portaria Segecex 26/2009 – alcunhada “Padrões de Auditoria de Conformidade” – que se encontram as *guidelines* declaradas pelo Tribunal, é a partir dela que se deve principiar a presente análise. Assim, transcrevemos *ipsis litteris* (ajustada a formatação), no Anexo I desta monografia, o excerto que permite inferir os critérios prescritos para imputação de responsabilidade por parte do Tribunal de Contas: mais especificamente, transladamos no Anexo I a chamada “matriz de responsabilização” (Anexo III da citada portaria), definida nos seguintes termos pelo próprio normativo:

Matriz de Responsabilização - Documento que permite a verificação da responsabilidade pelo achado. Apresenta, para cada achado, o nome e a

³⁷¹ Por mais vastas que sejam as oportunidades dos administrados e administradores se manifestarem nos processos do Tribunal de Contas em que figuram como responsáveis, não se pode ilidir que o próprio Tribunal, por meio das fiscalizações de seu “Plano de Controle” ou por “representações” de suas Unidades Técnicas (afora, evidentemente, as prestações e tomadas de contas anuais a que se submetem todos os encarregados pela função administrativa do Estado), toma a iniciativa de encetar sua persecução, configurando os processos assim gerados como do tipo “inquisitorial”.

³⁷² A Portaria TCU 122/2004 foi revogada expressamente pela Portaria TCU 96/2010, com os considerandos de que “o art. 2º da Portaria-TCU Nº 90, de 6 de março de 2003, atribui à Secretaria-Geral de Controle Externo a competência para manter atualizado o Roteiro de Auditoria de Conformidade de que trata aquela norma; Considerando que a Portaria-Segecex nº 26, de 19 de outubro de 2009, procedeu a atualização do referido Roteiro; e Considerando que a Portaria-TCU nº 122, de 27 de abril de 2004 resta inaplicável, a partir da edição da Portaria-Segecex nº 26/2009”.

³⁷³ Sobre o já discutido caráter político/público das regras de imputação de responsabilidade, vide as convergentes posições de Klaus Günther e Arthur Ripstein na nota de rodapé 305.

³⁷⁴ Outra fonte desse referido deficit reside, como já exposto na seção relativa à responsabilidade (página 38 deste trabalho), à produção de direito processual por norma infralegal (regimento interno).

função ou a razão social do responsável, a conduta por ele praticada, o nexos de causalidade entre a conduta e o achado, e a análise da culpabilidade. Vide Anexo III.

Não obstante a existência dessa norma interna, a Secretaria de apoio do Tribunal houve por bem elaborar “suborientação” sobre o tema, consistente na Portaria Adplan 1, de 25 de janeiro de 2010, cuja transcrição no Anexo 2 também se revela necessária aos fins da presente análise³⁷⁵.

Para efeitos de exposição, convém que a análise doravante desenvolvida, partindo das diretrizes constantes nos Anexos 1 e 2, oriente-se pela ordem dos elementos daquelas “matrizes”. Preliminarmente, observa-se que os três primeiros termos – “achado”, “responsável” e “período de exercício” – apresentam reduzido interesse para a presente análise, pelas razões que se passa a expor.

O primeiro termo (“achado”) remete a terminologia afeita à área auditorial e, representando um rótulo arbitrário da situação encontrada (ou “título da irregularidade”), é de forma livre, impossibilitando comparação com a figura do “*nomen iuris*” e extremado-se, ainda mais radicalmente, da noção de “tipo” ou *fattispecie*. A função do “achado” é meramente referencial, podendo-se, em tese, substituí-la por numeração sequencial ou qualquer outra forma unívoca de identificação. Conforme se verá, os administradores públicos respondem pela conjugação da conduta a si atribuída e do dano a ela associado (ou, alternativamente, ao cometimento de ilegalidade, sem necessidade de comprovação de dano material), mas não pelo “achado”.

O segundo termo (“responsável”) refere-se ao agente a quem se atribui a conduta associada ao dano (ou, em certos casos, à mera conduta em desconformidade com a previsão legal). A redação da portaria analisada encerra ambiguidade quanto à individualização da responsabilidade pelo TCU, ao registrar que “Podem ser responsabilizadas equipes, tais como comissões de licitação, identificando-se individualmente seus componentes” (vide Anexo 2).

Observando-se as deliberações proferidas pelo Tribunal, todavia, nota-se a incoerência de teratológicas responsabilizações coletivas – é dizer, os acórdãos do Tribunal sóem discriminar adequadamente cada agente responsabilizado, abstendo-se de imputar responsabilidade a “equipes”, tal como sugere o normativo interno em testilha. Nesse sentido, cumpre concluir que a infeliz redação da Portaria Adplan (“Podem ser responsabilizadas equipes...”) refere-se apenas ao preenchimento dos registros de índole auditorial (os chamados “papéis de trabalho” ou mesmo a “instrução da unidade técnica”), sem qualquer correspondência jurídico-administrativa com a atividade dos Colegiados da Casa.

É de se notar que, no âmbito do Tribunal de Contas, emprega-se o vocábulo “responsável” indistintamente para aludir àqueles passíveis de responsabilização – falando-se, desde o início do processo, em um “rol de responsáveis” pela prestação ou tomada das contas – e àqueles que, ao cabo do processo de responsabilização, são reputados culpáveis por condutas praticadas.

O terceiro termo (“período de exercício”) constitui mera conferência entre o período de atuação do administrador e o tempo em que se considera ter sido perpetrada

³⁷⁵ Ajustada a formatação e elididos os exemplos ali fornecidos, por despciendos para o presente trabalho.

a conduta lesiva. Como elemento de vinculação da conduta ao agente, apenas assegura ao agente o caráter pessoal da responsabilização havida no âmbito do Tribunal, premunindo-se a apenação (ou mesmo a condenação ao ressarcimento) de seus antecessores ou sucessores no cargo.

Esses três primeiros elementos revelam-se, pois, instrumentais e prévios à análise da responsabilização em sede do Tribunal de Contas, aferida efetivamente em vista dos três elementos imediatamente seguintes: a conduta, o nexo de causalidade e a culpabilidade. Sobre a conduta, lê-se nas “orientações ao preenchimento da matriz de responsabilização” (Anexo II) que:

Na “conduta” deve ser identificada a ação corpórea ou a omissão, culposa (por negligência, imprudência ou imperícia) ou dolosa (intenção de produzir o resultado ou assunção do risco de produzi-lo) praticada pelo responsável.³⁷⁶

Assim, a “matriz” determina o exame do estado anímico do agente – ação ou omissão, culposa ou dolosa –, afeiçoando-se à lógica do direito sancionatório, que privilegia aspectos de volição e representação, usualmente descurados na órbita civil reparatória. Outrossim, infere-se que, ao incluir tais considerações na órbita da conduta, a sistemática de responsabilização do TCU aproxima-se do conceito de dolo natural, inscrito na conduta (e não mais na culpabilidade, rejeitando-se a noção de dolo normativo), a exemplo do observado no Direito Repressivo: “A análise da culpabilidade não investiga a existência de culpa ou dolo, mas pretende avaliar a reprovabilidade da conduta do responsável”³⁷⁷.

Conforme se verá, todavia, as orientações formais do Tribunal intentam situar o dolo (e a culpa) simultaneamente no bojo do nexo de causalidade:

(...) é preciso ver ainda se o responsável agiu com culpa (imprudência, imperícia ou negligência) ou dolo (intenção de provocar o resultado ilícito ou aceitação do risco de que ele ocorresse). Se a resposta for novamente sim, isso significa que há nexo de causalidade entre a sua conduta e o resultado.

Se a implantação do dolo (e da culpa) em sede do nexo de causalidade constitui feito inédito em nosso ordenamento, a ubiquidade daquele fator anímico – localizando-o tanto como quesito da conduta quanto no âmbito do nexo de causalidade – representa bizarra inconsistência a ser superada.

A outro tempo, a portaria em apreço registra, em obscura passagem provavelmente destinada a coibir o abuso do instituto, que “A responsabilização pode não ser decorrente de culpa *in vigilando*” – admitindo, ainda que indiretamente (pela possibilidade de negação), que tal modalidade de responsabilização por conduta de terceiros pudesse ser aceitável no âmbito do Tribunal de Contas.

³⁷⁶ Tribunal de Contas da União. “Matriz de Responsabilização”. Vide Anexo II.

³⁷⁷ Orientações para Auditoria de Conformidade do TCU. Vide o Anexo II, item 17, desta monografia.

Efetivamente, observa-se que no Tribunal de Contas da União ainda se cultiva a tese da responsabilização por “culpa *in vigilando*” e “culpa *in eligendo*”, institutos de responsabilização por culpa presumida e que se encontram defasados mesmo no âmbito do Direito Civil, segundo sabiamente observa Sergio Cavalieri Filho:

Essas espécies de culpa [*in vigilando*, *in eligendo* e *in custodiando*], todavia, **estão em extinção**, porque o Código Civil de 2002, em seu art. 933, estabeleceu responsabilidade objetiva para os pais, patrão, comitente, detentor de animal etc., e não mais responsabilidade com culpa presumida, como era no Código anterior.³⁷⁸ (grifo acrescido)

Exemplificando uso recente desse obsoleto critério, cite-se o Acórdão 2.730/2014-TCU-Plenário, o qual impôs: 1) dever de ressarcimento aos cofres públicos; 2) aplicação de multa; e 3) declaração de inidoneidade para licitar, incidente sobre a pessoa jurídica envolvida – amparada a imputação de responsabilidade na modalidade de culpa *in vigilando*³⁷⁹.

Desse modo, pode-se apontar que a responsabilização (especialmente a sancionatória, resultante em multas, afastamento de cargos públicos etc.) desenvolvida no âmbito do Tribunal de Contas da União, quando estribada em anacrônicas modalidades de culpa que exprimem, em última instância, responsabilidade por atos de terceiros (e, portanto, responsabilidade objetiva), agride frontalmente direitos e garantias fundamentais inscritos na Constituição, tais como o princípio da legalidade (a responsabilidade objetiva não se presume) e a individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição da República).

Ademais, a aplicação dessa modalidade de culpa para a responsabilização (máxime a sancionatória) ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, ao instrumentalizar o indivíduo ante o interesse patrimonial do erário de se ver ressarcido (ou abonado com multas) “seja de quem for”. Como já dito, não mais se tolera “a justificação de sacrifícios da dignidade pessoal em prol da comunidade”³⁸⁰ –, de forma que esse tipo de cominação incompatibiliza-se com a atuação de instituições republicanas operando em contexto neoconstitucional.

Por essa razão, conclui-se antecipadamente que urge defenestrar, da cotidiana atividade responsabilizatória exercida no âmbito do Tribunal de Contas da União, as modalidades de culpa “*in vigilando*”, “*in eligendo*” e “*in custodiando*”, próprias da sistemática do Código Civil de 1916 e que não mais se revelam consentâneas sequer na seara civilista hodierna.

Passando ao tópico seguinte – o nexo de causalidade –, observa-se não haver, nas orientações ora examinadas, posicionamento explícito sobre eventual predileção pela teoria da “causa adequada” ou da “equivalência das causas”. Contudo, a descrição

³⁷⁸ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 55.

³⁷⁹ Como exemplo agravante da obsolescência dos institutos esgrimidos no Tribunal, no referido processo – que tratou de Contrato de Repasse no bojo de programa de urbanização, regularização e integração de assentamentos – debate-se aguerridamente acerca da persecução da suposta “verdade real”, conceito igualmente suplantado na *débacle* da Filosofia da Consciência.

³⁸⁰ SARLET (op. cit., p. 65).

do procedimento para reconhecimento da causalidade revela imediatamente a afinidade com a teoria da equivalência das causas, tal como adotada na seara penalista pátria³⁸¹:

Para facilitar a verificação da existência de culpa e o preenchimento do campo “nexo de causalidade”, pode-se, hipoteticamente, retirar do mundo a conduta do responsável e se perguntar se ainda assim o resultado teria ocorrido e, caso positivo, se teria ocorrido com a mesma gravidade³⁸².

O terceiro e último quesito para responsabilização pelo TCU – a culpabilidade, por meio da qual “se analisa a conduta específica perante um conteúdo deontológico de sentido”³⁸³ – é identificada com a “reprovabilidade da conduta do responsável”³⁸⁴. Seu conceito é enunciado de forma bastante eclética, englobando desde “a existência de situações atenuantes ou agravantes”, “consciência da ilicitude” e “exigibilidade de conduta diversa” – institutos característicos do Direito Penal – até considerações sobre a boa-fé do agente, noção tradicionalmente desenvolvida no âmbito civilista.

Neste ponto, a necessidade de formular um conceito de culpabilidade suficientemente amplo para abranger hipóteses reparatórias e punitivas não é de todo inédita, como se depreende da preciosa lição de Mauro Bussani, ao assim relatar caso de convergência da culpa civil em relação à penal:

Contudo, é precisamente em casos desse gênero que, no prosseguimento da investigação, poderá ser justificada uma consideração pelas técnicas de avaliação da culpa utilizadas em sede penal: trata-se de um procedimento que encontra aval implícito na opinião daqueles que, após uma revisão crítica do modo comum de entender a unidade da noção de culpa entre os dois setores do ordenamento (e salientando como o sistema não oferece “elementos suficientes e convincentes para poder afirmar ... que, excluída a culpa penal, se deva inevitavelmente negar a presença da culpa civil”), observam que “a verificação da culpa penal pode ... fazer entender a subsistência de uma culpa civil, ao menos por via de uma maior severidade e personalização na avaliação.”³⁸⁵

Ainda sobre a noção de culpabilidade no âmbito do TCU, duas particularidades revelam-se dignas de nota: 1) o Tribunal de Contas insere as considerações sobre a punibilidade no âmbito do exame de culpabilidade – provendo, como único exemplo, o caso de falecimento do agente a inviabilizar a aplicação de multa³⁸⁶; e 2) o TCU, em sua orientação, rejeita o exame da culpabilidade de pessoas jurídicas³⁸⁷, em notável

³⁸¹ Sobre o já comentado critério, denominado “procedimento hipotético de eliminação de Thyren”, vide nota de rodapé 292.

³⁸² Orientações para Auditoria de Conformidade do TCU. Vide o Anexo II, item 15, desta monografia.

³⁸³ LOPES (2005: 8).

³⁸⁴ Orientações para Auditoria de Conformidade do TCU. Vide o Anexo II, item 17, desta monografia.

³⁸⁵ BUSSANI, Mauro. As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado. Trad. Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

³⁸⁶ Orientações para Auditoria de Conformidade do TCU. Vide o Anexo II, item 18, desta monografia.

³⁸⁷ Orientações para Auditoria de Conformidade do TCU. Vide o Anexo II, item 22, desta monografia. Como exemplo de aplicação desse entendimento, cite-se o Relatório que acompanha o Acórdão

alinhamento com a doutrina de melhor escol (Zaffaroni, Silva Sanchez, Reale Junior, Luisi, Dotti, Regis Prado etc.³⁸⁸) e em sentido contrário ao posicionamento do Judiciário brasileiro – que, na visão da citada doutrina, incorporou acriticamente a ideia da *strict liability*, incongruente com o desenvolvimento de nossa tradição romano-germânica.

Em análise detida, nota-se que as citadas “situações agravantes ou atenuantes” – presumivelmente relevantes para a dosimetria das penalidades³⁸⁹ – não recebem definição ou enumeração pelo Tribunal (ou por sua Secretaria), mas são tão somente exemplificadas na portaria em epígrafe, com o seguinte excerto: “por exemplo, medidas corretivas ou reparatórias adotadas pelo responsável, existência de afirmações ou documentos falsos”³⁹⁰.

Nota-se que os exemplos se assemelham, de forma bastante rudimentar e aproximada, às figuras do “arrependimento posterior” e da “conexão consequencial” (respectivamente), de limitado relevo no campo reparatório civil, mas de suma importância para a persecução sancionatória. Que esses institutos sejam utilizados para ambas as modalidades de atuação do Tribunal (sancionatória e reparatória) – imbricadas, como se viu, no bojo do mesmo processo – constitui louvável deferência à necessidade de se aquilatar a intencionalidade dos agentes.

O tópico mais detalhadamente tratado nos normativos avaliados consiste na boa-fé, sobre a qual a Portaria Adplan 1/2010 assim discorre:

Considera-se “boa-fé” a convicção, ainda que equivocada, de que se está agindo conforme o direito. O TCU adota predominantemente o conceito de boa-fé subjetiva. Portanto, para se saber se o gestor agiu de boa-fé, deve-se adotar o parâmetro do homem-médio, ou, neste caso, do gestor-médio, ou seja, do gestor diligente, de normal conduta cuidadosa. Feito isso, deve-se proceder a uma comparação entre o gestor do caso concreto e o imaginário gestor-médio. Para tanto, deve-se colocar o gestor-médio no lugar do gestor do caso concreto e se fazer a seguinte pergunta: é

2.009/2013-TCU-1ª Câmara: “6. Não resta dúvida de que a pessoa jurídica não possui, naturalmente, vontade ou consciência. Essa prerrogativa é exclusivamente humana, ligada à capacidade de agir. Assim, 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. 7. Entretanto, o Direito Administrativo possui regime jurídico próprio e distinto do Penal. Uma das peculiaridades é exatamente a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica”. Em idêntico sentido, vide o Relatório integrante do Acórdão 1.006/2005-TCU-1ª Câmara.

³⁸⁸ Para artigos de cada um dos autores citados sobre o tema (i.e. contra a possibilidade de culpabilidade da pessoa jurídica), vide PRADO, Luiz Regis. DOTTI, René Ariel (Coords.) Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

³⁸⁹ Apesar de que não apenas as portarias em análise são silentes quanto ao tema (dosimetria), como não há registro de normativo interno (portaria, resolução ou memorando-circular que seja) que disponha expressamente sobre a dosimetria das sanções, segundo pesquisa nos sistemas eletrônicos do TCU realizada em 14/11/2014. Os únicos parâmetros encontráveis – afora os precedentes em que o Tribunal, na prática diária, tem se baseado para a fixação de multas – são realmente os encartados nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992: “Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao Erário. Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: (...)”. O valor máximo da referida multa, publicado periodicamente em informativo interno, atualmente corresponde a R\$ 46.551,46.

³⁹⁰ Orientações para Auditoria de Conformidade do TCU. Vide o Anexo II, item 17, desta monografia.

razoável admitir que o gestor-médio teria cometido o mesmo erro que o gestor do caso concreto cometeu? Se a resposta for sim, então o gestor do caso concreto agiu de boa-fé. Se a resposta for não, então não se pode afirmar que o gestor do caso concreto tenha agido de boa-fé, pois o erro que cometeu, isto é, a convicção equivocada que teve de que estaria agindo conforme o direito reflete um erro que não se pode aceitar de um gestor, pois o gestor-médio não o teria cometido. Portanto, para se responder a essa pergunta, na matriz de responsabilização, é preciso ressaltar a conduta que o gestor-médio teria adotado, se estivesse na mesma situação do gestor do caso concreto.

À primeira vista, a definição conferida à “boa-fé” pelo TCU, na medida em que a identifica com a “convicção, ainda que equivocada, de que se está agindo conforme o direito”, a distancia de sua ideia civilista para assemelhá-la ao “erro de proibição” da seara repressora (art. 21, segunda parte, do Código Penal). Com o desenvolvimento da explicação acima transcrita, todavia, nota-se logo que a questão é tratada de modo mais afeito ao modelo civil: em sede da Corte de Contas, se investiga a escusabilidade da falsa representação da realidade a partir de uma curiosa “variação subjetiva do *standard*”³⁹¹, segundo a qual se substitui a categoria do “bom pai de família” pelo *standard* valorativo de normalidade, igualmente abstrato (ou, nos dizeres do próprio Tribunal, “imaginário”), a que denomina “gestor-médio”³⁹².

Ademais, a descrição da “boa fé” contida na explanação acima aponta inequivocamente para sua variante objetiva, o que proporciona conveniente ponto de contato entre a culpabilidade civil e punitiva: passa-se a analisar exclusivamente elementos como a culpa e a previsibilidade objetiva, dispensando questionamentos sobre a intencionalidade dos agentes. Evidencia-se o denominador comum entre os extremos do ordenamento – o sentido de culpa –, já que “ainda que a responsabilidade penal e a civil houvessem-se separado, ambas tinham como pressuposto básico a valoração de um ato necessariamente culposo”³⁹³.

Sobre esse tópico, e exemplificando caso em que reflexões *interna corporis* sobre o tema (produção acadêmica publicada internamente) pautaram deliberações cogentes³⁹⁴, traz-se a lume transcrição do Relatório que acompanha o Acórdão 2.241/2014-TCU-Plenário (grifamos):

54. Sobre a incidência da boa-fé objetiva nos processos de contas apreciados neste Tribunal, transcreve-se trecho de artigo do AUFC Luiz Felipe Bezerra Almeida Simões publicado na Revista do TCU do trimestre abril/junho de 2001 (88, pp. 71/4):

³⁹¹ BUSSANI, op. cit., p. 27.

³⁹² A construção de mais esse “cânone de conduta” (o “gestor-médio”) está perfeitamente em linha com a “diversificação de modelos” de que trata BUSSANI (op. cit., p. 73) – isto é, insere-se em um movimento de reconhecimento de “peculiaridades psicofísicas dos agentes” (*idem, ibidem*).

³⁹³ LOPES (2005: 7).

³⁹⁴ Em verdade, trata-se de Relatório (perfilhado, portanto, pelo respectivo Ministro Relator como se de sua lavra fosse) referenciando a citação de determinada obra em outro acórdão (isto é, a partir da menção realizada em outra deliberação). A situação aparenta caso limítrofe entre a recepção (autopoética) dos atritos experimentados pelo subsistema jurídico em função de operações de seu entorno (no caso, do subsistema científico) e a colonização daquele subsistema por este último.

"A noção clássica de boa-fé subjetiva vem cedendo espaço à sua face objetiva, oriunda do direito e da cultura germânica, e que leva em consideração a prática efetiva e as consequências de determinado ato à luz de um modelo de conduta social, adotada por um homem leal, cauteloso e diligente, em lugar de indagar-se simplesmente sobre a intenção daquele que efetivamente o praticou.

Devemos, assim, examinar, num primeiro momento, diante de um caso concreto e nas condições em que o agente atuou, qual o cuidado exigível de uma pessoa prudente e de discernimento. Assim o fazendo, encontraremos o cuidado objetivo necessário, fundado na previsibilidade objetiva. Devemos, a seguir, comparar esse cuidado genérico com a conduta do agente, tentando saber se a conduta imposta pelo dever genérico de cuidado harmoniza-se com o comportamento desse agente. A resposta negativa leva à reprovabilidade da sua conduta, à culpa e, enfim, à não caracterização da boa-fé objetiva.

(...)

Ouso concluir que **analisar a chamada boa-fé subjetiva é, mutatis mutandis, investigar a existência de dolo** e, em consequência, a má-fé. Entretanto, **a não comprovação da má-fé, dando ensejo à configuração da boa-fé subjetiva, não implica, necessariamente, a existência de boa-fé objetiva, vinculada esta à ausência de culpa, e não de dolo**, como ocorre com aquela. Vale frisar que a boa-fé objetiva e a culpa estão, na verdade, associadas a uma compreensão mediana, isto é, do homem médio - prudente e diligente -, e a descaracterização de uma significa a constatação da outra.

A boa-fé, sob esse novo enfoque, deixa de ser simplesmente presumida, vez que a conduta, a partir de então, deverá ser objetivamente analisada. Não se pode perder de perspectiva que o agente exterioriza, em si, o dolo, ao passo que a culpa, em sentido estrito, deve ser atestada, comprovada e fundamentada pelo intérprete, não se admitindo presunção quanto à sua inexistência" (grifos acrescidos) (apud AC-2523-12/12-2).

Outros dois elementos da culpabilidade, segundo as portarias em comento, consistem na "consciência da ilicitude do ato que praticara" e na razoabilidade de se "exigir do gestor conduta diversa daquela que ele adotou, consideradas as circunstâncias que o cercava". Em franca homenagem à sistemática punitiva, ambos os requisitos traduzem-se, sem qualquer esforço, nas eximentes características do Direito Penal³⁹⁵.

À guisa de conclusão desta seção, destaca-se que tanto o nexos causal quanto a culpabilidade adquirem conteúdos únicos e polissêmicos no âmbito do Tribunal de Contas, amalgamando análises de ordens diversas e buscando intersecções viabilizadoras do duplice mandato (reparatório e punitivo) cominado ao Tribunal de Contas, cujas vertentes revelam-se exigentes de lógicas distintas e nem sempre conciliáveis.

³⁹⁵ A terceira eximente – ou “exculpante” – do Direito Penal consiste na inimputabilidade. Todavia, para efeito deste trabalho (e como já ressaltado na nota de rodapé 266), “apart from such notable exceptions as children and the mentally ill, people are by large capable of moderating their behavior in light of the interests of others” (RIPSTEIN, op. cit., pp. 14-15), não cabendo ao TCU questionar a sanidade mental dos administradores públicos brasileiros.

Percebe-se que, a despeito das particularidades da responsabilização por parte do controle externo, os requisitos da “matriz de responsabilização” do Tribunal de Contas apresentam-se em larga medida compatíveis com as exigências juspublicistas, restando avaliar a existência de critérios outros, aplicados na prática – é dizer, construídos “jurisprudencialmente” – no âmbito daquela instituição. Esse é o objeto da subseção seguinte.

Entre os inúmeros esforços realizados no intuito de sistematizar – ou, ao menos, justapor – os elementos estruturais da responsabilidade adotados pelo Tribunal de Contas da União, merece destaque o envidado no bojo do Relatório que norteia o Acórdão 331/2013-TCU-Plenário, tanto por sua amplitude quanto por referenciar (e, assim, exemplificar) expressamente as ocasiões (decisões) em que cada critério foi efetivamente evocado. Embora extenso, dele cumpre transcrever o seguinte trecho:

43. Assiste razão ao recorrente quando afirma que a responsabilização dos agentes jurisdicionados perante esta Corte é de índole subjetiva. Com efeito, na esteira dos Acórdãos AC-0386-40/95-2 e AC-0371-29/99-2, relatados pelo Ministro Adhemar Paladini Ghisi e Benjamin Zymler, respectivamente, esta Corte, por meio do paradigmático AC-0046-09/01-P, relatado pelo Ministro José Antônio B. de Macedo, firmou o entendimento de que a responsabilidade dos administradores de recursos públicos segue a regra geral da responsabilidade civil, pois se trata de responsabilidade subjetiva, a despeito de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber àqueles.

44. A despeito da natureza abstrata desse exercício de avaliação da conduta do agente público e de suas consequências, para fins de responsabilização, é possível identificar na jurisprudência desta Corte parâmetros objetivos que facilitam o seu delineamento, v. g., AC-2343-49/06-P - Ministro-Relator Benjamin Zymler (imprudência, negligência e culpa in elegendis); AC-1157-23/08-P - Ministro-Relator Augusto Sherman Cavalcanti (omissão, imprudência ou negligência no atendimento a cláusulas obrigacionais de convênios e contratos ou em decorrência de inobservância de prescrições legais regedoras da realização de despesas, licitações e contratações); AC-0585-12/09-P - Ministro-Relator Benjamin Zymler (caráter culposo da conduta do responsável, "por negligência, ou seja, culpa por omissão, por deixar de praticar a ação que lhe era devida, à luz do cuidado e da diligência que de todos se espera").

45. Nesses termos, a responsabilização do agente, no caso concreto, deve ser apreciada sob os seguintes aspectos: i) ação comissiva ou omissiva e antijurídica; ii) existência de dano ou infração a norma legal, regulamentar ou contratual (irregularidade); iii) nexo de causalidade entre a ação e a ilicitude verificada; iv) dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente; e v) consequências de natureza civil ou administrativa de seu ato, tomando-se em consideração a boa-fé do responsável, objetivamente analisada e provada no caso concreto, à luz de um modelo de conduta social, adotada por um administrador médio ou homem leal, cauteloso e diligente (razoabilidade da conduta).

Palmitando o excerto acima, preliminarmente se depara à constatação de que o Tribunal se pauta pela responsabilidade subjetiva, sintonizando-se perfeitamente ao entendimento doutrinário de Benjamin Zymler acerca da “natureza do juízo de avaliação a que se submetem os responsáveis pela gestão de recursos públicos”³⁹⁶:

Desde já, frise-se que o TCU, ao examinar os atos dos gestores e demais agentes sujeitos à sua "jurisdição"; leva em conta o aspecto subjetivo de suas condutas. A responsabilidade subjetiva, deve-se ressaltar, contrapõe-se à responsabilidade objetiva. Da responsabilidade objetiva decorre a obrigação de reparar o dano causado, desde que estejam presentes os seguintes requisitos: a) ação (comissiva ou omissiva) e antijurídica do agente; b) existência de dano; c) nexo de causalidade entre ação e o dano verificado.

Ao se tratar, porém da responsabilidade subjetiva, exige-se além dos elementos anteriormente relacionados, a identificação de culpa do agente. Ressalte-se, a propósito, que culpa abrange as modalidades de culpa em senso estrito (negligência, imprudência e imperícia) e o dolo, que é caracterizado pela intenção deliberada de produzir determinado resultado ilícito. Vale frisar que a culpa, em sentido estrito, cinge-se ao critério do homem médio, de quem não se espera providências de cautela extrema e a quem não se permite o descuido excessivo.³⁹⁷

Irreparável tal posicionamento, considerando que uma situação oposta, de responsabilização objetiva: a) contrariaria os princípios basilares do direito punitivo, afrontando os mais básicos direitos jusfundamentais e a própria dignidade da pessoa humana; e b) na órbita reparatória, representaria transferência integral do risco da atividade administrativa à pessoa física do agente público (ou do particular incumbido da guarda, gerência etc. de recursos públicos), condenando-se o indivíduo a suportar prejuízos que aquela atividade, mesmo que perfeitamente regular, viesse a causar.

Entretanto, conforme já examinado, a assertiva de que a responsabilização no âmbito do TCU é de índole subjetiva não é integralmente verídica, eis que o referido Tribunal, quando aferra-se às arcaicas modalidades de “*culpa in vigilando*” e “*culpa in eligendo*”, pretere a subjetividade do agente e assim incorre em grave desvio da lógica por si próprio preconizada, além de lesar direitos constitucionais daqueles que lhe devem contas.

Prosseguindo no exame do excerto, é de causar espécie a afirmação subsequente, no sentido de que “a responsabilidade dos administradores de recursos públicos segue a regra geral da responsabilidade civil, pois se trata de responsabilidade subjetiva, a despeito de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber àqueles”. A relação, apresentada como unívoca e exclusiva, entre responsabilidade subjetiva e “regra geral da responsabilidade civil” – como se não fosse a subjetividade ainda mais ínsita à responsabilização em ramos outro do Direito – e as considerações sobre o ônus da prova (hoje sabidamente cambiante em várias categorias de relações processuais) escapam à compreensão.

³⁹⁶ ZYMLER, Benjamin. Direito Administrativo e Controle. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 336.

³⁹⁷ *Idem, ibidem.*

Felizmente, a exposição até aqui desenvolvida permite a ilação de não haver indícios – fora o indigitado recurso às modalidades de “*culpa in vigilando*” e “*culpa in eligendo*” – de que o Tribunal de Contas se valha de sistemática autenticamente **privada** para responsabilizar agentes **públicos** (servidores e **empregados** públicos, mas também agentes **políticos**, mormente no âmbito municipal), inclusive impingindo-lhes **punições** como multas e inabilitação para o exercício de cargos em comissão. Como visto, mesmo quando aquela entidade pretende empregar termos próprios do regime cível, os costuma dotar de conteúdo eminentemente publicista ou, ao menos, aplicar os institutos nos lindes comuns a ambas esferas jurídicas.

Caso prosperasse o entendimento do Relatório transcrito, ter-se-ia significativa involução relativamente ao lúcido pronunciamento registrado pelo Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União no âmbito da discussão que precedeu do Acórdão 747/1997-TCU-2ª Câmara, qual seja:

A jurisdição administrativa exercida pelo Tribunal de Contas da União não instaura relação jurídica processual, regulada pelo Código de Processo Civil. Não há composição de lide. Não atua o TCU como terceiro desinteressado a declarar o Direito aplicável a pretensões contrapostas.

A relação do E. TCU com seus jurisdicionados não é de prestação jurisdicional, mas administrativa, de submissão ao controle externo. É um relacionamento sui generis, próprio com os contornos definidos pela Constituição Federal e pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União.³⁹⁸

Avançando, já o último parágrafo do excerto colacionado traz requisito de responsabilidade que, ausente das orientações examinadas na subseção anterior, também pertence tradicionalmente ao campo lexical punitivo, embora dela não seja exclusivo³⁹⁹: a antijuridicidade da “ação comissiva ou omissiva”. A possibilidade de justificantes entre os fatores a serem avaliados para responsabilização – embora não arroladas normativamente – harmoniza-se à previsão das exculpantes (“impossibilidade de conhecimento da ilicitude” e “inexigibilidade de conduta diversa”) analisadas acima e privilegia a sistemática própria de imposição de punições.

A par da boa-fé objetiva (já comentada), o último item do extrato apresenta outro elemento ausente da “matriz de responsabilidade”, e quem vem completar o conjunto de requisitos da responsabilização jurídica: as “consequências de natureza civil ou administrativa de seu ato”. É forçoso interpretar o termo “consequências”, no contexto, como sinonímico de dano a bem jurídico tutelado, o que entroniza a lesividade da conduta considerada para fins de apenamento (ou, de forma mais óbvia e imediata, de ressarcimento).

³⁹⁸ Acórdão 747/1997-TCU-2ª Câmara, Ata 39/1997 *apud* Decisão 634/2000-TCU-Plenário. Tal visão corrobora a de que, como o Tribunal é entidade pública que não atua como “terceiro desinteressado”, suas apurações assumem contornos nitidamente inquisitivos.

³⁹⁹ Como visto, o ilícito civil não se confunde com a mera produção de dano. O exercício legítimo de concorrência comercial afasta a antijuridicidade dos prejuízos por si ocasionados às sociedades já estabelecidas, exemplificando o caso de danos lícitos na esfera cível.

Por fim, impende mencionar o intento de elaboração de critério limítrofe para a responsabilização em sede do Tribunal de Contas – tendo sido apresentado nos seguintes termos pelo Ministro Raimundo Carreiro na Sessão Plenária de 1º de agosto 2012:

Como se vê, a pena de inabilitação requer, como pressuposto de validade, que o tribunal, por maioria absoluta de seus membros, considere grave a infração. (...) O citado art. 60 da Lei Orgânica, ao condicionar a aplicação da pena à necessidade de a Corte considerar grave a infração, estabeleceu verdadeira **elementar do ilícito administrativo** a exigir a abertura de contraditório para os envolvidos sobre essa especial circunstância, que agrava a sanção, salvo quando a referida elementar tiver constado da citação feita pelo Tribunal na fase de instrução do processo.⁴⁰⁰

A admissão de uma “verdadeira elementar do ilícito administrativo” – embora frustrada pela decisão do Colegiado na oportunidade acima reportada –, foi reforçada pela argumentação então contraposta, esgrimada nos seguintes termos pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues:

E por fim, Sr. Presidente, cabe lembrar mais uma vez ao colegiado dois pontos: que a parte defende-se dos fatos, e não da **capitulação legal** deles, que incumbe exclusivamente ao Tribunal de Contas, ao Plenário, ao Colegiado do Tribunal de Contas. A capitulação legal é o TCU que dá. Os fatos, deles as partes se defendem.⁴⁰¹

O reconhecimento da existência de “elementares do ilícito administrativo” ou da necessidade de “capitulação legal” dos fatos ensejadores da responsabilização por parte do Tribunal de Contas da União repercutiria de modo evidente: introduzindo definitivamente a noção de *fattispecie* ou *Tatbestand* – isto é, a ideia de *tipo*, conforme formulada por Beling – faria com que o direito administrativo sancionador se acercasse dos característicos mais fulcrais do Direito Penal.

Em tal cenário, ambas as sortes de sanção (administrativas sancionatórias e penais) – que, tirante as “penas corporais”, monopolizadas pelo Direito Penal, compartilham diversas afinidades⁴⁰² – se precederiam por critérios semelhantes⁴⁰³. Não

⁴⁰⁰ Tribunal de Contas da União. Transmissão da Sessão Plenária Ordinária de 1º de agosto de 2012. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/sessoes/Sessoes/transmissoes>. Acessado em 28 de outubro de 2014. Degração própria (de 1’18’’ a 1’19’’).

⁴⁰¹ Tribunal de Contas da União. Transmissão da Sessão Plenária Ordinária de 1º de agosto de 2012. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/sessoes/Sessoes/transmissoes>. Acessado em 28 de outubro de 2014. Degração própria (de 1’19’’00 a 1’19’’30).

⁴⁰² Reprise-se que as sanções cominadas pelo TCU, além de multas, incluem penas restritivas de direitos, como a declaração de inidoneidade para participar de licitação, a inabilitação para exercício de cargo em comissão ou função comissionada e, indiretamente, a própria inelegibilidade, *ex vi* do art. 1º, I, ‘g’, da Lei Complementar 64/1990, com a redação conferida pela Lei Complementar 135/2010 (“Lei da Ficha Limpa”), a saber, em caso de rejeição de contas por irregularidade insanável. Como medida cautelar, isto é, assecuratória da utilidade processual, cite-se a possibilidade de arresto de bens (art. 61 da Lei Orgânica do TCU).

obstante, tal aproximação é sistematicamente evitada pelo TCU, sob o pálio das razões sintetizadas pelo então Presidente do Tribunal, em manifestação realizada na já citada Sessão Plenária de 1º de agosto de 2012:

É importante dizer que, no nosso processo, essa analogia com o direito penal tem de ser feita com muito cuidado. O direito penal descreve os tipos com todo o cuidado, porque a regra é a liberdade. Então, o tipo objetivo, o tipo subjetivo, é estabelecido de forma detalhada, o enquadramento tem que ser feito com muito cuidado, as penas são bem demarcadas por condutas, há uma relação biunívoca entre penas e condutas. No direito administrativo não é assim. No direito administrativo não há, às vezes, nem mesmo menção a condutas que devem levar às penas. [Lei] 8.66[6]: é dito que é possível aplicar multa, advertência, suspensão, declaração de inidoneidade. Não há nenhuma referência a nenhuma conduta que possa levar a uma ou a outra. A razão é muito simples: no direito administrativo há um código positivo de condutas, há uma regra positiva, nós sabemos o que o gestor tem que fazer para atender ao Direito. Essa a razão pela qual há normas em branco, tipos abstratos, abertos etc. (...) ⁴⁰⁴

Neste ponto, cumpre ponderar que a suposta falta de correspondência entre condutas e penas não basta para extremar a responsabilização no Direito Administrativo e no Penal, máxime em casos de conduta omissiva ⁴⁰⁵, residindo a colimada distinção em searas outras. Mais gravemente, ao coonestar a opinião expressa no excerto acima, corrobora-se a percepção de García de Enterría, assim registrada por Othon de Azevedo Lopes:

⁴⁰³ A comparação entre os requisitos processuais, todavia, não cabe neste trabalho, merecendo obra à parte.

⁴⁰⁴ Tribunal de Contas da União. Transmissão da Sessão Plenária Ordinária de 1º de agosto de 2012. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/sessoes/Sessoes/transmissoes>. Acessado em 28 de outubro de 2014. Degração própria (de 1'19'' a 1'22').

⁴⁰⁵ Não há qualquer “correspondência biunívoca entre **condutas** e penas” nos chamados tipos abertos, conforme nos recorda Zaffaroni: “(...) não obstante, há casos em que o tipo não individualiza totalmente a conduta proibida, exigindo que o juiz o faça, para o que deverá recorrer a normas ou regras gerais, que estão fora do tipo penal. Quando a lei reprime o homicídio culposo, está exigindo do juiz que, frente ao caso concreto, determine qual era o dever de cuidado que o autor tinha a seu cargo, e, com base nele, ‘feche’ o tipo, passando depois a averiguar se a conduta concreta é típica deste tipo ‘fechado’ pelo juiz mediante uma norma geral de cuidado, que necessitou ‘trazer’ ao tipo, vinda de outro contexto (às vezes de outras partes do mesmo ordenamento jurídico e, às vezes, de regras éticas, quando não se trata de uma atividade regulamentada (...)). Estes tipos – que, como o do art. 121, § 3º, necessitam recorrer a uma norma de caráter geral – chamam-se tipos abertos, por oposição aos tipos fechados (...), em que a conduta proibida pode ser perfeitamente individualizada sem que haja necessidade de recorrer-se a outros elementos além daqueles fornecidos pela própria lei penal no tipo” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro. 4ª ed. RT, p. 447 *apud* Relatório integrante do Acórdão 619/2004-TCU-Plenário). Tal constatação, por si só, invalida o arazoado trazido pelo pronunciamento transcrito.

García de Enterría fala em um direito pré-beccariano: Sem hipérbole, podemos dizer que o Direito Administrativo Sancionador é um direito repressivo pré-beccariano.⁴⁰⁶.

Embora tal vertente predomine no discurso oficial, a repulsa à utilização de institutos provenientes do Direito Penal (em especial os direitos e garantias individuais) encontra dissonância interna – como se percebe, por exemplo, da leitura do seguinte Parecer do Ministério Público junto ao Tribunal, trasladado em excerto:

6.2.13. Embora não me pareça correto confundir sanção administrativa com pena penal, me parece aqui ser lícito importar conceitos e o faço através do art. 66 do CP: ‘A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.’⁴⁰⁷

O próprio Ministro Benjamin Zymler (que logo acima recomenda cautela ao se comparar a atividade sancionatória do TCU com o funcionamento da persecução penal) admite que:

Mesmo em relação sanções administrativas, impõe-se o respeito a princípios fundamentais que norteiam o Direito Penal. Entre eles, o da não retroatividade da lei penal, consubstanciado no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição, segundo o qual "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Se a norma vigente à época dos fatos não permitia a aplicação de sanção por este Tribunal, não se poderia invocar preceito que somente seria editado posteriormente para justificar essa apenação.⁴⁰⁸

Em suma, da análise acima conclui-se que os critérios para imputação de responsabilidade em efetivo emprego no Tribunal de Contas da União extrapolam – ou, antes, complementam – aqueles constantes nas orientações oficiais transmitidas aos servidores encarregados da instrução dos processos em trâmite naquela entidade. Outrossim, os critérios adicionais ou complementares, encontrados nos precedentes pesquisados, parecem reforçar a tendência de convergência para uma responsabilização de cariz semelhante e compatível com a do direito punitivo – com requisitos análogos, ou por vezes idênticos, aos encontráveis sobretudo na área penal.

⁴⁰⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 891 *apud* LOPES, op. cit., p. 26.

⁴⁰⁷ Parecer proferido no processo TC 003.736/2002-1 e citado no Relatório componente do Acórdão 1.663/2004-TCU-Plenário. Outro exemplo, ainda no campo processual, consiste no instituto da prescrição punitiva: “Entende-se, bem a propósito, que cumpre interpretar extensivamente o art. 1o, § 2o, da Lei 9.873, de 1999, para aplicá-lo não apenas a crimes, mas também a infrações administrativas cujo prazo prescricional esteja disposto em legislação específica” (Relatório integrante do Acórdão 2.605/2014-TCU-2ª Câmara).

⁴⁰⁸ Voto condutor do Acórdão 802/2007-TCU-Plenário.

Curiosamente, esse salutar movimento contradiz afirmações enfáticas – esporádicas porém recorrentes – de autoridades da Casa, no sentido de que a perseguição do Tribunal guiava-se por princípios privatísticos, asserção cujo principal respaldo residiria na ausência de *tipos* hipotéticos perfeitamente definidos.

4. Considerações finais

O aprofundamento da democracia no país, com a gradual consolidação dos direitos e garantias jusfundamentais como norte da atuação estatal, exige das instituições públicas uma radical revisão de sua postura perante os particulares, ao tempo em que descortina amplas possibilidades de reafirmação da cidadania – em movimento dito ‘neoconstitucional’. Desfeita a identificação entre interesse público e interesse do Estado, entroniza-se o reconhecimento à dignidade humana, preceito que ordena o sistema jurídico em torno da impossibilidade de sacrificar o indivíduo e o desenvolvimento de sua personalidade em prol de utilidades (públicas, coletivas ou de outros indivíduos).

Nesse sentido, a legitimidade da incursão estatal no patrimônio jurídico *lato sensu* dos cidadãos (bens e direitos econômicos, direitos políticos etc.) – via de regra operada em um dos ramos tradicionalmente denominado de “Direito Público” (administrativo *stricto sensu*, regulatório, tributário, penal etc.) – cinge-se de requisitos inafastáveis. Tais requisitos afiguram-se ainda mais rígidos, e de mais rigorosa aferição, quando o móvel do poder público é de natureza punitiva.

O Tribunal de Contas da União, entidade pública brasileira prevista em todas as Constituições republicanas, atua na salvaguarda do patrimônio público e da lisura dos atos administrativos, reclamando o ressarcimento de indevidos prejuízos ocasionados contra o erário e também aplicando penalidades a administradores públicos. Inquestionável, dessarte, seu dever de observância aos ditames constitucionais que enlevam a dignidade humana e protegem os indivíduos de achaques estatais arbitrários (ou, equivalentemente, derivados de fundamentação inadequada, processo deficiente, aplicação de critérios incoerentes etc.).

Entre os riscos que poderiam tisonar a atuação do Tribunal de Contas da União, propôs-se este trabalho a aquilatar os critérios de imputação de responsabilidade em voga naquela entidade, cotejando-os com os quesitos esperados no contexto jurídico-político neoconstitucional. Se a responsabilização, enquanto fenômeno social complexo, sofisticou-se com o evoluir das sociedades – partindo do Direito Romano, tornou-se abstrata com a influência helênica, “espiritualizou-se” na Idade média, secularizou-se com o Esclarecimento etc. –, cabe então perscrutar-lhe os atuais contornos, em busca dos elementos e princípios informadores aplicáveis na atualidade.

Para definição da responsabilidade no contexto contemporâneo, torna-se útil recorrer ao pensamento jusrealista e empiricista de Ross: sob esse prisma, a responsabilidade revela-se como “conceito sistemático”, conectando “estados de coisas perfeitamente definidos”⁴⁰⁹. Assim, a responsabilidade estaria ligada a uma “cadeia de juízos”, a qual abarcaria desde a exibibilidade (*accountability*) até a sancionabilidade.

⁴⁰⁹ LOPES (2006: 257).

Haveria, por fim, um vínculo entre responsabilidade e cuidado "reconhecido como dever"⁴¹⁰.

Considerando a tensão entre facticidade e validade das normas do Direito sancionador, um equilíbrio instável representa o máximo a que se pode aspirar, ante a "transcendência fraca" alcançada pelo processo comunicativo.

Nesses termos, o dever de obedecer à norma e a imputação de responsabilidade só são possíveis diante de normas legítimas, que resultaram de um processo público de formação da vontade e do direito ao qual todos tiveram possibilidade de acesso. Sem tais processos, não há dever de obediência à norma e, conseqüentemente, não há culpa no caso de violação⁴¹¹.

De fato, na atual sociedade complexa e pós-metafísica, em que a autonomia reveste-se de feição eminentemente jurídica, o dever assume o caráter de compromisso pragmático (e não ideal). Segundo o pensamento de Jaspers, o dever precisa ser "apropriado pela subjetividade, transforma[ndo]-se em uma decisão de existência, a partir do que se torna parte de seu querer"⁴¹². Para Gadamer, o dever é uma forma de compreensão – um encontro entre projetos de sentidos resultante em uma construção de sentido positiva – e, portanto, "permite ao homem projetar-se para um destino, para uma meta" pactuada⁴¹³.

Enfim, por se tratar de fenômeno eminentemente humano, pode-se considerar que a responsabilidade derivaria da "estrutura ontológica" do indivíduo, chegando Max Scheler a afirmar que a responsabilidade "Es el reconocimiento de la implicación de nosotros mismos, de nuestra persona, en la acción, no sólo o meramente de nuestra voluntad"⁴¹⁴. Assim, cumpre instalar o processo de definição dos critérios de responsabilidade na arena de deliberação intersubjetiva, de modo que "a própria responsabilidade se torna reflexiva. Seguindo Zygmunt Baumann, seria possível dizer que os cidadãos assim assumiriam a responsabilidade pela responsabilização"⁴¹⁵.

De posse desses elementos, e tendo em mente a cisão entre os componentes cíveis e penais da ação aquiliana – operada no âmbito do Direito Comum pelo movimento humanista –, percebe-se a nítida divergência entre os critérios para se promover a responsabilização com fins indenizatórios e os requisitos para imputação com conseqüências punitivas.

Assim, contrasta-se a indiferença da responsabilização ressarcitória em relação aos aspectos subjetivos da conduta humana, como a volição e a representação mental dos agentes (intensidade do dolo, consciência da ilicitude etc.), assentando-se a responsabilização justamente nesses elementos: "As Justice Holmes famously quipped,

⁴¹⁰ *Idem, ibidem.*

⁴¹¹ PÜSCHEL e MACHADO, op. cit., p. XVIII.

⁴¹² LOPES, op. cit., p. 263.

⁴¹³ LOPES, op. cit., p. 264.

⁴¹⁴ MUÑOZ, op. cit., pp. 34/35.

⁴¹⁵ GÜNTHER, op. cit., p. 14.

‘even a dog knows the difference between being stumbled and being kicked’⁴¹⁶. Ao passo que o programa de imputação indenizatório admite hipóteses de responsabilidade objetiva, o direito punitivo moderno é terminantemente refratário a essa possibilidade.

O Tribunal de Contas da União, em que pese às similaridades semânticas e à identidade de prerrogativas entre seus membros (art. 73, § 3º, da Constituição da República), é entidade alheia à estrutura judiciária. Sendo assim, suas decisões, por eliminação, classificam-se entre as atividades estatais administrativas. Em outros termos, pertencem as deliberações do controle externo, a despeito de suas particularidades, ao campo administrativo em sentido largo, onde campeiam a atividade tributária, o poder de polícia administrativo, a função regulatória etc.

Tal fato inspira alerta, considerando-se que a aplicação do Direito Administrativo Sancionador é pontuado por histórico hiato de legitimidade, ao partir da ideia de que a relação entre o poder público e o administrado ocorre verticalmente. Tal visão, que pressupõe a submissão dos cidadãos ao jugo do Estado, é incompatível com o regime democrático moderno, pautado por preceitos neoconstitucionalistas. Nos dizeres de Lopes, “O sancionamento sem conexão com a autonomia, na linguagem hobbesiana, não passa de mero ato hostil do Soberano”⁴¹⁷.

Considerando a natureza xifópaga dos processos em trâmite no Tribunal de Contas da União – não raramente amalgamando as funções ressarcitória e punitiva no âmbito da mesma relação jurídica –, depara-se aquela instituição ao desafio de atender, concomitantemente, aos parâmetros constitucionalmente estipulados para cada um desses programas de imputação (indenizatório e punitivo), assim engendrando verdadeira modalidade anfíbia de responsabilização.

Como resultado da presente pesquisa, conclui-se, a toda evidência, que os critérios para responsabilização jurídica em sede do Tribunal de Contas da União – conforme normativos internos e breve “jurisprudência” selecionada – convergem para sistema análogo ao “espanhol, em que **os princípios penais são aplicados, com reservas e diferenças** no Direito Administrativo Sancionador”⁴¹⁸. Destoa desse alinhamento o uso de modalidades de responsabilização por culpa “*in elegendo*” e “*in vigilando*” – que, por teratológicas em processos punitivos, merecem pronta obliteração pelo Tribunal.

A vertente monografia é pródiga, ainda, em desvelar temas para pesquisas futuras, destacando-se a questão da compatibilidade dos procedimentos adotados no TCU com os direitos jusfundamentais processuais inculpidos (e implícitos) na Constituição, como a ampla defesa e o contraditório, aspectos da citação⁴¹⁹ etc.

⁴¹⁶ MOORE, Michael S. Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals, and Metaphysics. Oxford: Oxford university Press, 2010. p. xii.

⁴¹⁷ LOPES, Othon de Azevedo. Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil. Revista de Direito Administrativo, v. 284. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

⁴¹⁸ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 206.

⁴¹⁹ Ante a decisão pela desnecessidade de nova citação para condenação por fatos não debatidos em processos reabertos, perquire o Ministro Raimundo Carreiro, na já citada Sessão Plenária Ordinária de 1º de agosto de 2012: “Ora, Sr. Presidente, como é que você pode inabilitar um gestor se, nos processos anteriores em que ele foi apenado, não constava esse item da inabilitação, coisa essencial no mandato de citação, que ele tenha de se defender disso?”. (degravação própria, transcorridos 1’11’’ a 1’12’’ do início da sessão).

Exemplificando, tem-se que a ausência de uma “fase de instrução” bem definida opera efeitos ambíguos, ora favoráveis, ora contrários aos direitos dos administrados.

Se, a um turno, tal “flexibilidade” milita contra o administrado ao instilar excepcional a instabilidade ao processo, por um lado esse mesmo fator proporciona, conforme pontua o Ministro Walton Alencar Rodrigues em pronunciamento proferido em sessão plenária ordinária de 1º de agosto de 2012, amplitude de defesa:

Como eu já disse no passado, no Tribunal não só esposa a ampla defesa como dever de absoluta fidedignidade, o Tribunal adota a ampla defesa escancarada, que não existe em nenhum outro Tribunal do Poder Judiciário, porque no Tribunal os gestores juntam elementos de convicção praticamente a qualquer tempo, e se esses elementos traduzem algum teor de veracidade, de comprovação de aplicação correta de recursos públicos, eu nunca vi um caso de que, caso que esses elementos tenham sido desconsiderados. Com essa ampla defesa escancarada, em todas as fases do processo, as considerações apresentadas aos relatores são sempre consideradas, quando têm algum fundamento.⁴²⁰

Sem embargos à falta de preclusão do momento de produção da defesa no Tribunal de Contas, não se pode considerá-la tão “plena” como na esfera judicial, pois ali não abarca todos os meios em Direito admitidos. Ante recentes pleitos dos administrados em produzir provas não-documentais (e.g., testemunhais e periciais), registram-se recentes decisões judiciais reconhecendo tais anseios. Nessa linha, se sobressai o Mandado de Segurança 26.358-DF, ao cabo do qual o Supremo Tribunal Federal anulou acórdão proferido em processo de Tomada de Contas Especial que havia indeferido a produção de prova pericial.

Outro tema igualmente relevante, no caso, consistiria em avaliar a questão do contraditório no âmbito do Tribunal de Contas. Em que pese a garantia expressa à ampla defesa (art. 31 da Lei 8.44/1992), a Lei Orgânica do TCU não menciona o contraditório, que só vem a ser explicitado nos art. 283⁴²¹ e 288, § 3º, de seu Regimento Interno⁴²². Esse princípio constitucional, que prescreve a “paridade de armas” entre as partes, de regra se encontra ausente na atividade inquisitiva da Administração Pública.

Em síntese, registram-se os esforços envidados pelo Tribunal em atualizar seus critérios de imputação de responsabilidade, reconhecendo-se, não obstante, a necessidade premente de aprofundar essa revisão de modo a contemplar crivos mais consentâneos à sistemática punitiva. Acredita-se que, ao cercar a atuação do Tribunal de Contas da União de todos os cuidados prescritos pela Constituição em prol dos

⁴²⁰ Tribunal de Contas da União. Transmissão da Sessão Plenária Ordinária de 1º de agosto de 2012.. Disponível em <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/sessoes/Sessoes/transmissoes>. Acessado em 28 de outubro de 2014. Degração própria (de 1'16'' a 1'17'' do início da sessão).

⁴²¹ Regimento Interno do TCU, art. 283. Nos recursos interpostos pelo Ministério Público, é necessária a instauração do contraditório, mediante concessão de oportunidade para oferecimento de contrarrazões recursais, quando se tratar de recurso tendente a agravar a situação do responsável.

⁴²² Regimento Interno do TCU, art. 288, § 3º: Admitido o pedido de reabertura das contas pelo relator sorteado para o recurso de revisão, este ordenará, por despacho, sua instrução pela unidade técnica competente e a conseguinte instauração de contraditório, se apurados elementos que conduzam ao agravamento da situação do responsável ou à inclusão de novos responsáveis.

administrados, chegar-se-ia finalmente à concepção de um garantismo administrativo capaz de legitimar plenamente a atuação daquela instituição republicana.

Anexo I – Matriz de Responsabilização (Portaria Segecex 26/2009)

MATRIZ DE RESPONSABILIZAÇÃO¹

TC nº _____ Fiscalis nº _____

ÓRGÃO/ENTIDADE: Declarar o nome do(s) principal(is) órgão(s)/entidade(s) auditado(s)

OBJETIVO: Enunciar de forma clara e resumida o objetivo da auditoria

ACHADO	RESPONSÁVEL(IS)	PERÍODO DE EXERCÍCIO	CONDUTA²	NEXO DE CAUSALIDADE³ (entre a conduta e o resultado ilícito)	CULPABILIDADE⁴
Correspondência com a matriz de achados	Pessoa física: nome, cargo e CPF; Pessoa jurídica de direito privado: razão social e CNPJ; Pessoa jurídica de direito público interno: nome.	Período efetivo de exercício no cargo, seja como titular ou substituto.	Ação ou omissão, culposa (por negligência, imprudência ou imperícia) ou dolosa (por ter o responsável querido produzir o resultado ou ter assumido o risco de produzi-lo), praticada pelo responsável.	Evidências de que a conduta do responsável contribuiu significativamente para o resultado ilícito, ou seja, de que foi uma das causas do resultado.	Reprovabilidade da conduta do gestor (não se aplica a pessoas jurídicas)
A1					
A2					
An					

Equipe de Auditoria:
Nome e matrícula

Supervisor:
Nome e matrícula

Instruções de preenchimento:

¹ A Matriz de Responsabilização deve ser preenchida sempre que houver achados que se constituam em irregularidades e somente para esses achados. Aplica-se esta matriz também para os responsáveis solidários, que devem sempre ser arrolados desde o início do processo, inclusive para fins de audiência ou citação. É fundamental que o período de responsabilização seja exato, já que a responsabilização torna-se inadequada se o fato ocorrer durante as férias ou licença do gestor. Observar que podem ser responsabilizadas equipes, tais como comissões de licitação, identificando-se individualmente seus componentes e pessoas jurídicas integrantes ou não da administração pública.

² Ao preencher o campo "conduta", a equipe deve avaliar a necessidade de juntar norma do órgão/entidade que especifique as atribuições dos cargos (Estatuto, Regimento Interno etc). Para cada conduta irregular deve-se preencher uma linha da matriz, sendo suficiente somente uma linha no caso de vários responsáveis com idêntica conduta. Condutas e resultados repetidos de um mesmo gestor (Ex.: várias contratações sem licitação), desde que idênticas, podem ser agrupadas em uma única linha.

³ Para facilitar o preenchimento do campo "nexo de causalidade", a equipe pode, hipoteticamente, retirar do mundo a conduta do responsável e se perguntar se ainda assim o resultado teria ocorrido e, caso positivo, se teria ocorrido com a mesma gravidade. A inexistência denexo de causalidade significa que o gestor não pode ser responsabilizado pelo resultado.

4 Para preenchimento do campo "culpabilidade", devem-se responder as seguintes perguntas:

a) houve boa-fé do gestor?

b) o gestor 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 gestor ter consciência da ilicitude do ato que praticara?

d) era razoável exigir do gestor conduta diversa daquela que ele adotou, consideradas as circunstâncias que o cercavam? Caso afirmativo, qual seria essa conduta?

Quando for o caso, tecer considerações acerca da punibilidade do gestor (morte – o que impede a aplicação de multa – ou ainda a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes, como, por exemplo, medidas corretivas ou reparatórias adotadas pelo gestor, existência de afirmações ou documentos falsos etc). O preenchimento das colunas "nexo de causalidade" e "culpabilidade" balizará a formulação das propostas a serem incluídas no campo "encaminhamento" da Matriz de Achados.

Anexo II – Orientações para elaboração da Matriz de Responsabilização (Portaria Adplan 1/2010)

ORIENTAÇÕES PARA AUDITORIA DE CONFORMIDADE
TABELA “C” - ORIENTAÇÕES PARA A ELABORAÇÃO DA MATRIZ DE RESPONSABILIZAÇÃO⁴²³
MATRIZ DE RESPONSABILIZAÇÃO

TC nº **Fiscalis nº**

ÓRGÃO/ENTIDADE: Declarar o nome do(s) principal(is) órgão(s)/entidade(s) auditado(s)

OBJETIVO: Enunciar de forma clara, resumida e declarativa o objetivo da auditoria.

ACHADO	RESPONSÁVEL	PERÍODO DE EXERCÍCIO	CONDUTA	NEXO DE CAUSALIDADE (entre a conduta e o resultado ilícito)	CULPABILIDADE
Descrever o título da irregularidade (ver item II.1 da seção anterior).	Indicar, além do nome, o cargo e o CPF do responsável pessoa física. (III.1)	Indicar sempre e para todos os responsáveis o período de exercício. (III.2)	Identificar a ação ou a omissão, culposa ou dolosa praticada pelo responsável. (III.3) Nos casos de ação, utilizar verbos no infinitivo, mencionar os documentos que comprovem a conduta adotada e indicar a conduta correta que deveria ter sido tomada. (III.3.1) Nos casos de omissão, indicar o que deveria ter sido feito. (III.3.2)	Evidenciar a relação de causa e efeito entre a conduta do responsável e o resultado ilícito. (CONDUTA)...resultou...(RESULTADO ILÍCITO) (CONDUTA)...propiciou...(RESULTADO ILÍCITO) (CONDUTA)...possibilitou...(RESULTADO ILÍCITO) (III.4)	Avaliar a reprovabilidade da conduta, destacando situações atenuantes ou agravantes. (Orientar-se pelas respostas aos questionamentos propostos no tópico. (III.5))

⁴²³ As referências entre parênteses indicam os itens nos quais estão detalhadas as orientações.

Equipe de Auditoria:

Nome e matrícula

Supervisor:

Nome e matrícula

III.1 Responsável

1. O responsável deve ser identificado, inclusive com a indicação do cargo e do CPF.
2. Podem ser responsabilizadas equipes, tais como comissões de licitação, identificando-se individualmente seus componentes e pessoas jurídicas integrantes ou não da administração pública. Aplica-se a matriz também aos responsáveis solidários, que devem sempre ser arrolados desde o início do processo, inclusive para fins de audiência ou citação.
3. O “encaminhamento” da matriz de achados está diretamente relacionado com os “Responsáveis” da matriz de responsabilização. Dessa forma, deve ser observado se todos os responsáveis mencionados na matriz de achados com propostas de audiência e citação, estão apontados na matriz de responsabilização, bem como se todos os responsáveis apontados na matriz de responsabilização foram mencionados no encaminhamento da matriz de achados.
4. A título de esclarecimento, tecemos alguns comentários a respeito da responsabilização de pessoa jurídica não integrante da administração pública⁴²⁴:
 - “Quando a responsabilização decorrer de responsabilidade solidária, a regra é a responsabilização da pessoa jurídica (Decisão n.º 227/95 – 2ª Câmara, Ata 30) e não a responsabilização da pessoa física do sócio. Responde a pessoa física do sócio, em face da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (TC n.º 004.657/85-1, Decisão de 08/07/86; Decisão n.º 749/2000 – Plenário; Acórdão n.º 189/ 2001- Plenário; Acórdão n.º 45/2001 – Plenário), nos casos em que o sócio agir por fraude, excesso de poder ou usando a pessoa jurídica para se desvencilhar de dívidas.

⁴²⁴ Apostila de Teoria Aplicada e Normas de Processo no TCU (1ª parte) – Odilon Cavallari de Oliveira.

- Quando a responsabilização decorrer da gestão de recursos federais descentralizados (convênios e outros repasses), responde a pessoa física dos dirigentes (Decisão n.º 204/1999 - 2ª Câmara, Ata 25, relator ministro Adylson Motta).”

III.2 Período de exercício

5. É fundamental indicar de forma precisa o período de exercício, já que a responsabilização torna-se inadequada se o fato ocorrer durante as férias ou a licença do gestor. Quando do preenchimento da matriz, deve-se verificar se o período de exercício abrange ou está abrangido no período de ocorrência do achado. Havendo incompatibilidades, deve-se buscar o responsável que efetivamente desempenhava as funções à época da ocorrência do achado.
6. Deve-se evitar utilizar para o período de exercício a indicação “durante todo o período analisado”, pois tal indicação não traz a informação desejada.

III.3 Conduta

7. Para cada conduta irregular deve-se preencher a matriz de responsabilização, sendo suficiente apenas um preenchimento no caso de vários responsáveis com idêntica conduta. Condutas e resultados repetidos de um mesmo gestor (Ex.: várias contratações sem licitação), desde que idênticas, também podem ser agrupados em um único preenchimento.
8. O relato da “conduta” não se destina ao relato do fato ocorrido, ou seja, não se confunde com o campo da matriz de achados “situação encontrada”. Na “conduta” deve ser identificada a ação corpórea ou a omissão, culposa (por negligência, imprudência ou imperícia) ou dolosa (intenção de produzir o resultado ou assunção do risco de produzi-lo) praticada pelo responsável.
9. Ao preencher a “conduta”, a equipe deve avaliar a necessidade de juntar a(s) norma(s) do órgão/entidade que especifique(m) as atribuições dos cargos (Estatuto, Regimento etc.).

III.3.1 Descrevendo a ação dolosa ou culposa

10. Nos casos de ação, devem ser utilizados verbos no infinitivo que expressem o ato efetivamente praticado, devem ser mencionados os

documentos que comprovem que a conduta foi executada, bem como deve ser apontada a conduta correta que deveria ter sido tomada, ou seja, deve-se descrever a ação humana corpórea feita pelo responsável, por exemplo: (...)

III.3.2 Descrevendo a omissão dolosa ou culposa

11. Nos casos de omissão, além da conduta omissa, ou seja, da ação humana corpórea que o responsável deixou de realizar, deve ser citada a ação (humana corpórea) que deveria ter sido realizada, bem como a norma que a impunha, por exemplo:

- não adotar providências com vistas à apuração dos fatos, à identificação dos responsáveis, à quantificação do dano e ao imediato ressarcimento ao Erário, contrariando o disposto no artigo primeiro da IN-TCU 56/2007, quando deveria ter instaurado o devido processo de tomada de contas especial;
- omissão no dever de prestar contas, contrariando o disposto no parágrafo único do art. 70 da CF, quando deveria ter apresentado o processo de prestação de contas no prazo máximo de cento e vinte dias, contados da data do encerramento do exercício financeiro;
- omissão no dever de fiscalizar as obras de implantação de sistema de esgotamento sanitário em seis convênios, quando deveria ter procedido de acordo com a cláusula X^a do termo de convênio, exercendo a prerrogativa da União de controlar e fiscalizar a execução.

12. A responsabilização pode não ser decorrente de culpa in vigilando.

(...)

III.4 Nexo de causalidade

13. O nexo de causalidade é o aspecto da responsabilização mais difícil de ser caracterizado e, portanto, o mais fácil de ser atacado quando da interposição de recursos às deliberações do Tribunal.

14. A demonstração da culpa é essencial, para que se possa demonstrar o nexo de causalidade. A inexistência de nexo de causalidade significa que o gestor não pode ser responsabilizado pelo resultado.

15. Para facilitar a verificação da existência de culpa e o preenchimento do campo “nexo de causalidade”, pode-se, hipoteticamente, retirar do mundo a conduta do responsável e se perguntar se ainda assim o resultado teria ocorrido e, caso positivo, se teria ocorrido com a mesma gravidade. Se a resposta for sim, é preciso ver ainda se o responsável agiu com culpa (imprudência, imperícia ou negligência) ou dolo (intenção de provocar o resultado ilícito ou aceitação do risco de que ele ocorresse). Se a resposta for novamente sim, isso significa que há nexo de causalidade entre a sua conduta e o resultado.
16. O “nexo de causalidade” evidencia a relação de causa e efeito entre a conduta do responsável e o resultado ilícito. Devem ser utilizados verbos como resultou, propiciou, possibilitou.

(...)

III.5 Culpabilidade

17. A análise da culpabilidade não investiga a existência de culpa ou dolo, mas pretende avaliar a reprovabilidade da conduta do responsável. Dessa forma, é importante 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. Assim, a “culpabilidade” deve trazer respostas a todos os seguintes questionamentos:
 - 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?
18. Quando for o caso, devem ser feitas considerações acerca da punibilidade do responsável, a morte, por exemplo, impede a aplicação de

multa.

19. Considera-se “boa-fé” a convicção, ainda que equivocada, de que se está agindo conforme o direito. O TCU adota predominantemente o conceito de boa-fé subjetiva. Portanto, para se saber se o gestor agiu de boa-fé, deve-se adotar o parâmetro do homem-médio, ou, neste caso, do gestor-médio, ou seja, do gestor diligente, de normal conduta cuidadosa. Feito isso, deve-se proceder a uma comparação entre o gestor do caso concreto e o imaginário gestor-médio. Para tanto, deve-se colocar o gestor-médio no lugar do gestor do caso concreto e se fazer a seguinte pergunta: é razoável admitir que o gestor-médio teria cometido o mesmo erro que o gestor do caso concreto cometeu? Se a resposta for sim, então o gestor do caso concreto agiu de boa-fé. Se a resposta for não, então não se pode afirmar que o gestor do caso concreto tenha agido de boa-fé, pois o erro que cometeu, isto é, a convicção equivocada que teve de que estaria agindo conforme o direito reflete um erro que não se pode aceitar de um gestor, pois o gestor-médio não o teria cometido. Portanto, para se responder a essa pergunta, na matriz de responsabilização, é preciso ressaltar a conduta que o gestor-médio teria adotado, se estivesse na mesma situação do gestor do caso concreto.
20. A “culpabilidade” pode ser preenchida pela simples resposta aos questionamentos antes mencionados.
(...)
21. Portanto, considerando que a culpabilidade é pressuposto de aplicação da pena, diante das respostas anteriores, deve ser apresentada uma das seguintes conclusões:

1. Em face do exposto, é de se concluir que a conduta do responsável é culpável, ou seja, reprovável, razão pela qual ele deve ser ouvido em audiência a fim de avaliar se merece ser apenado com a aplicação de multa.
2. Em face do exposto, é de se concluir que a conduta do responsável é culpável, ou seja, reprovável, há ainda a obrigação de reparar o dano. Portanto deve o responsável ser citado a fim de avaliar se merece ser condenado em débito e/ou apenado com a aplicação de multa.

3. Em face do exposto, é de se concluir que a conduta do responsável não é culpável, ou seja, não é reprovável, pois, por ter agido amparado em uma excludente de culpabilidade, não merece ser apenado pelo Tribunal, o que, segundo a jurisprudência da Corte nestes casos, dispensa-o também da obrigação de reparar o dano ao Erário, não cabendo, portanto, ouvi-lo em audiência ou citá-lo.
4. Em face do exposto, é de se concluir que a conduta do responsável não é culpável, ou seja, não é reprovável, pois, por ter agido amparado em uma excludente de culpabilidade, não merece ser apenado pelo Tribunal, mas, segundo a jurisprudência da Corte nestes casos, não o dispensa da obrigação de reparar o dano ao Erário e portanto deve este ser citado a fim de avaliar se merece ser condenado em débito.

22. Para pessoas jurídicas não é aplicável a análise da reprovabilidade da conduta (culpabilidade).

Referências bibliográficas

AGUIAR, Afonso Gomes. AGUIAR, Márcio Paiva de. O Tribunal de Contas na Ordem Constitucional. 2ª ed. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2008.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Ministério Público – Posição Constitucional. Conceito. Trabalho apresentado no I Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, em dezembro de 1971.

ALEXY, Robert. Los Derechos Fundamentales nel Estado Constitucional Democrático. (pp. 31-47) *In* Miguel Carbonell (org.). Neoconstitucionalismo(s). 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

----- . Derechos Fundamentales, Ponderación y Racionalidad. *In*: CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García. (orgs.) El Canon Neoconstitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2010. (p. 107-116).

ARIZA, Santiago Sastre. La Ciencia Jurídica ante el Neoconstitucionalismo. (pp. 239-258) *In* Miguel Carbonell (org.). Neoconstitucionalismo(s). 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. O Novo Direito Constitucional Brasileiro. Contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 1ª reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013a.

----- . A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo. A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013b.

BUSSANI, Mauro. As peculiaridades da noção de culpa: um estudo de direito comparado. Trad. Helena Saldanha. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CARBONELL, Miguel. El Neoconstitucionalismo: Significado y Niveles de Análisis. (pp. 153-164) *In*: CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García. El Canon Neoconstitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (Neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. (pp. 75-98). *In* Miguel Carbonell (org.). Neoconstitucionalismo(s). 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

COSTA, Luiz Bernardo Dias. Tribunal de Contas. Evolução e Principais Atribuições no Estado Democrático de Direito, pp. 65-74. ISBN 85-770-014-1. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DELMONDES, Edna. A Interação do Tribunal de Contas com o Parlamento. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DOTTI, René Ariel. Prefácio à 2ª Edição. *In* PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (coords.). Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, José Janguê Bezerra. Ministério Público do Trabalho – Ação Civil Pública, Ação Anulatória, Ação de Cumprimento. Recife: Consulex, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. Pasado y Futuro del Estado de Derecho. (pp. 13-29.) *In* Miguel Carbonell (org.). Neoconstitucionalismo(s). 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FERRAZ, Sérgio. Tribunais de Contas: meditando e remeditando. (pp. 241-250) In: FREITAS, Ney José de (coord.). Tribunais de Contas. Aspectos Polêmicos. Estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta – Evolução de Fundamentos e de Paradigmas da Responsabilidade Civil na Contemporaneidade. Revista da Faculdade de Direito da UFG, v. 31, n. 1. pp. 33-59. ISSN: 0101-7187. Goiânia: Universidade de Goiás, 2007.

LOPES, Othon de Azevedo. Dignidade da pessoa humana e responsabilidade civil. Revista de Direito Administrativo, v. 284. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

----- Responsabilidade Jurídica. Horizontes, Teoria e Linguagem. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

MASCARENHAS, Michel. Tribunais de Contas e Poder Judiciário. O sistema jurisdicional brasileiro adotado no Brasil e o controle judicial sobre atos dos tribunais de contas. São Paulo: Conceito Editorial, 2001.

MILESKI, Helio Saul. Tribunal de Contas: evolução, natureza, funções e perspectivas futuras. (pp. 89-116) In: FREITAS, Ney José de (coord.). Tribunais de Contas. Aspectos Polêmicos. Estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Na Medida da Pessoa Humana. Estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NUSSBAUM, Martha C. Foreword. (p. xiii) In YOUNG, Iris Marion. Responsibility for Justice. Oxford: Oxford University Press, 2011. (p. ix-xxv).

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 206.

PRADO, Luiz Regis. DOTTI, René Ariel (Coords.) Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – Em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

POZZOLO, Susanna. La Concepción Neoconstitucionalista de la Constitución. (pp. 165-184) In CARBONELL, Miguel e JARAMILLO, Leonardo García. (orgs.) El Canon Neoconstitucional. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

PEGORARO, Lucio. La circulación, la recepción y la hibridación de los modelos de justicia constitucional. Anuario iberoamericano de justicia constitucional: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, n. 6, p. 393-416, 2002. ISSN 1138-4824.

SARLET, Ingo. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9ª ed. rev. e atual. 2ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEGADO, Francisco Fernández. La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

ZYMLER, Benjamin. Processo Administrativo no Tribunal de Contas da União. In Tribunal de Contas da União. Prêmio Serzedello Corrêa 1996 - Monografias Vencedoras. Brasília: Instituto Serzedello Corrêa, Serviço de Editoração e Publicações, 1997.

----- . Direito Administrativo e Controle. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 336.