



Universidade de Brasília

Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade

Departamento de Administração



Tribunal de Contas do Distrito Federal

nin Núcleo de Estudos e Pesquisas
em Inovação e Estratégia

JOSÉ EUCLIDES ANDRADE VIANA

**RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS
(MINISTROS/SECRETÁRIOS DE ESTADO) NO ÂMBITO DOS
TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA ABORDAGEM JURÍDICA
SOBRE A DOSIMETRIA DAS SANÇÕES**

Brasília – DF

2017

JOSÉ EUCLIDES ANDRADE VIANA

**RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES POLÍTICOS
(MINISTROS/SECRETÁRIOS DE ESTADO) NO ÂMBITO DOS
TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA ABORDAGEM JURÍDICA
SOBRE A DOSIMETRIA DAS SANÇÕES**

Trabalho de Conclusão de curso apresentado ao Departamento de Administração
como requisito parcial à obtenção do título de especialista em Controle Externo.

Professor Orientador: Me. Odilon Cavallari de Oliveira

Brasília – DF

2017

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	04
1.1	Contextualização do assunto.....	04
1.2	Formulação do problema.....	05
1.3	Objetivo geral.....	06
1.4	Objetivo específicos.....	06
1.5	Justificativa.....	06
2	REFERENCIAL TEÓRICO.....	07
2.1	Competências dos tribunais de contas.....	07
2.2	Conceito de agente político.....	09
2.3	Responsabilidade e sua abordagem jurídica.....	11
2.3.1	Responsabilidade na esfera civil.....	11
2.3.1.1	Tipos de responsabilidade civil (objetiva e subjetiva).....	13
2.3.2	Responsabilidade na esfera penal.....	14
2.3.3	Responsabilidade na esfera administrativa.....	15
2.3.4	Independência e comunicabilidade das esferas de responsabilidades.....	18
2.4	Responsabilidade dos agentes públicos perante os tribunais de contas.....	19
2.4.1	Avaliação da culpa e da conduta.....	23
2.4.2	Circunstâncias que podem justificar a não aplicação das sanções e o débito solidário aos agentes políticos.....	28
2.4.3	Recentes posicionamentos do tribunal de contas do distrito federal que afastam a responsabilidade solidária de ressarcimento do dano ao erário do agente político que agiu sem dolo.....	30
2.4.4	Responsabilidade subsidiária.....	33

3	MÉTODOS E TÉCNICAS DE PESQUISA.....	35
3.1	Tipo e descrição geral da pesquisa.....	35
3.2	Caracterização da organização, setor ou área.....	35
4	CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES.....	36
5	REFERÊNCIAS.....	39

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa tem como tema a responsabilização, sob o ponto de vista jurídico, dos agentes políticos, especificamente Ministros/Secretários de Estado, nas hipóteses em que praticam atos de gestão ou, por conduta omissiva, deixam de praticá-los quando lhes era esperado praticar, e a consequente dosimetria das sanções no âmbito das ações de fiscalização dos Tribunais de Contas.

1.1 Contextualização

As competências dos Tribunais de Contas, previstas na Constituição Federal de 1988, consistem no controle externo da administração dos recursos públicos, em auxílio ao Poder Legislativo, zelando pela legalidade, legitimidade, efetividade, eficácia, eficiência e economicidade na gestão desses recursos. Ou seja, os Tribunais de Contas empenham-se na manutenção e preservação do patrimônio público, ao procurarem assegurar a efetiva e regular aplicação do dinheiro público em benefício da sociedade.

Independentemente da categoria de agente público, inserindo-se aí os agentes políticos, em especial os Ministros/Secretários de Estado, os Tribunais de Contas exercem sobre eles sua fiscalização, podendo impor-lhes medidas, previstas em lei, de coerção e sanção.

Nos processos de responsabilização dos agentes políticos nas Cortes de Contas e a consequente aplicação de sanções, a dosimetria da pena tem como balizadores elementos subjetivos tais como o nível de gravidade dos ilícitos apurados, a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento com casos análogos. Ao aplicar certas sanções os Tribunais de

Contas não realizam dosimetria objetiva, comum à aplicação de normas do Direito Penal. Não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido.

A dosimetria na aplicação de sanções por parte das Cortes de Contas é procedimento tomado de certa subjetividade ajustada a patamares compatíveis com a participação de cada um dos envolvidos (grau de culpabilidade), aplicando-se os princípios constitucionais da motivação (fundamentação), razoabilidade e proporcionalidade.

A pesquisa proposta busca identificar parâmetros mínimos para a responsabilização desses agentes políticos (Ministros/Secretários de Estado) em processos afetos aos Tribunais de Contas.

1.2 Formulação do problema

- Qual o conceito e os parâmetros jurídicos da responsabilização no âmbito dos Tribunais de Contas?
- Qual o conceito de agente político?
- Quais atos de Ministros/Secretários de Estado estão sujeitos à responsabilização perante os Tribunais de Contas?
- Os Ministros/Secretários de Estado devem ser responsabilizados por irregularidades cometidas por seus subordinados? Qual a dosimetria dessa responsabilização?
- O agente político pode, em certas circunstâncias, não ser responsabilizado pelas irregularidades por ele cometidas?

1.3 Objetivo Geral

O estudo proposto busca verificar e analisar os parâmetros mínimos para a responsabilização dos Ministros/Secretários de Estado em processos afetos aos Tribunais de Contas.

1.4 Objetivos Específicos

Verificar e analisar os normativos disponíveis associados à responsabilização, sob o ponto de vista jurídico, do agente político (Ministro/Secretário de Estado) e a consequente dosimetria das sanções no âmbito das ações de fiscalização dos Tribunais de Contas.

Levantar na doutrina e nas jurisprudências do Judiciário, do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Distrito Federal, quais os parâmetros mínimos para a responsabilização desses dirigentes.

1.5 Justificativa

O Tribunal de Contas do Distrito Federal tem como missão a manutenção e preservação do patrimônio público, assegurando a efetiva e regular aplicação do dinheiro público em benefício da sociedade. A pesquisa proposta busca contribuir para a melhoria do exercício da jurisdição e das decisões desta Corte de Contas, estabelecendo parâmetros mínimos de responsabilização e dosimetria das sanções aos agentes políticos (Secretários de Estado).

Como consequência indireta, a pesquisa proposta contribuirá para o aperfeiçoamento e controle da gestão dos recursos públicos do DF, aprimorando os serviços prestados pelo TCDF à sociedade, intensificando o intercâmbio com órgãos de fiscalização, controle e outras instituições.

REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 COMPETÊNCIAS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

O Tribunal de Contas da União, os Tribunais de Contas Estaduais, do Distrito Federal e Municipais são órgãos públicos e especializados, instituídos para orientar o Poder Legislativo no exercício do controle externo, sem, todavia, subordinar-se a ele. Possuem total independência, cumprindo-lhes, primordialmente, praticar atos administrativos de fiscalização. Tem como incumbência precípua executar, em conjunto com o Poder Legislativo, a fiscalização financeira e orçamentária da aplicação dos recursos da Administração Pública, conforme previsto na Constituição Federal do Brasil (CF/88), reproduzidos, por simetria, nas Constituições dos demais entes federados.

Em nossa Constituição Federal em vigor temos uma seção específica (artigos 70 a 75) para o tema de fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Estado, disciplinando a atuação das Cortes de Contas. O art. 70 da Constituição Federal estabelece que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Dispõe o *caput* do artigo 71 a Lei Maior que o Tribunal de Contas da União tem a função de auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo da Administração Pública, a qual consiste na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, conforme o disposto no *caput* do artigo 70, do mencionado diploma legal.

Os Tribunais de Contas auxiliam o Poder Legislativo no exercício do controle externo da atividade administrativa dos três Poderes, inclusive do próprio Poder Legislativo. Não havendo, entretanto, subordinação, nem tampouco posição

inferior em suposta escala hierárquica, inexistindo superioridade de um em relação ao outro.

Analisando o conjunto dos dispositivos constitucionais referentes ao Tribunal de Contas abstrai-se que é um órgão autônomo, uma vez que, em artigo algum utiliza a expressão 'órgão auxiliar'. A função do Tribunal de Contas é de atuar em auxílio ao legislativo, sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, sem vínculo com a estrutura de qualquer dos três poderes.

A Constituição de 1988 ampliou de maneira considerável o controle exercido pelos Tribunais de Contas ao transcender os limites da legalidade formal com a inclusão do controle operacional. O Tribunal de Contas se faz presente com grande importância na sociedade brasileira. Sua competência alcança não só a análise da mera legalidade formal, como ocorria antes, mas também verifica os atos dos administradores, gestores e órgãos, em consonância com os princípios constitucionais, em especial a moralidade administrativa, eficiência, legitimidade e economicidade.

Em relação às competências dos Tribunais de Contas, o texto da Constituição Federal assim delimita:

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;

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

§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.

§ 2º - Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal decidirá a respeito.

§ 3º - As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 4º - O Tribunal encaminhará ao Congresso Nacional, trimestral e anualmente, relatório de suas atividades. (BRASIL, 1988)

A Administração pública deve sempre atuar visando à satisfação do interesse público, atuação essa que deve ser acompanhada através de vários mecanismos, constitucionalmente previstos, colocados à disposição dos administrados, para possibilitar a verificação da regularidade da atuação da Administração e dos agentes públicos, de modo a impedir a prática de atos irregulares, ilegítimos, lesivos ao indivíduo ou à própria coletividade, ou que possibilitem a reparação dos danos decorrentes da prática destes atos.

2.2 CONCEITO DE AGENTE POLÍTICO

Em nosso ordenamento jurídico são usadas diversas terminologias para denominar os responsáveis pela Administração Pública. Em nossa pesquisa tomaremos como conceitos o entendimento de Medauar (2016, p. 321/322):

a) agentes públicos – abrange todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho com os entes estatais, de qualquer poder. A partir da Constituição

de 1988, tende-se a utilizar a expressão “servidores públicos” com essa amplitude.

b) agentes políticos – designa, em primeiro lugar, os eleitos por sufrágio universal, detentores de mandato: Presidente da República, Governadores, Senadores, Deputados, Prefeitos, Vereadores. Em segundo lugar, são assim considerados por grande parte da doutrina, os auxiliares imediatos dos chefes do Executivo: Ministros de Estado, Secretários de Estado, Secretários Municipais; no tocante aos eleitos, há normas básicas nas Constituições e Leis Orgânicas referentes aos seus direitos e deveres. Reina controvérsia quanto à inserção, neste segmento, dos membros da Magistratura e do Ministério Público.

c) servidores públicos – na Constituição Federal de 1988, designa todas as pessoas físicas que trabalham nos entes estatais, de qualquer poder, inclusive os detentores de cargos; é o mesmo sentido da locução “agentes públicos”. Antes da Constituição Federal de 1988, a doutrina atribuía tal nome àqueles que trabalhavam nos entes estatais, sem ocupar cargos, por exemplo, os contratados.

d) funcionários públicos – expressão que, nos estatutos anteriores à Constituição Federal de 1988, denomina as pessoas legalmente investidas em cargos públicos, por exemplo: art. 3º do Estatuto dos Funcionários Civis do Estado de São Paulo – Lei 10.261/68, com alterações posteriores. Para os seus efeitos, o Código Penal atribui sentido amplo a essa expressão (art. 327, caput e §1º.);

e) empregados públicos – por analogia aos termos usados nos vínculos de trabalho do setor privado (empregado-empregador), a locução designa aqueles contratados pela Consolidação das Leis do Trabalho, figurando o poder público como empregador.

Conforme se depreende, o agente público é todo aquele que presta qualquer tipo de serviço ao Estado, funções públicas, no sentido mais amplo possível dessa expressão, significando qualquer atividade pública.

Nesse esteio convêm assinalar que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8429/92) conceitua agente público como *“todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”*.

Agente público trata-se, pois, de um gênero do qual são espécies o agente político, o servidor público e o empregado público.

2.3 RESPONSABILIDADE E SUA ABORDAGEM JURÍDICA

Historicamente no Direito a responsabilidade decorre do cometimento de um ato ilícito, que é, em essência, um procedimento em desacordo com o ordenamento jurídico, ofensivo às leis e aos princípios jurídicos estabelecidos em uma sociedade, que existem justamente para permitir a boa ordem social. Segundo Bastos (2002, p. 549), “responsabilidade é a sanção imposta pelo direito ao autor de um ato lesivo à ordem jurídica”.

Medauar (2016, p. 363) conceitua o ato ilícito como a violação de um dever jurídico. Assim, no escopo das condutas do agente público, a responsabilidade designa o dever de assumir consequências jurídicas pela violação de outro dever jurídico. O descumprimento de deveres e a inobservância de proibições acarretam consequências para o agente público.

De acordo com o bem atingido pela conduta antijurídica, as normas violadas, a natureza das ações e a condição do agente público, a responsabilidade poderá ser de natureza penal, civil, administrativa disciplinar e administrativa perante o controle externo.

2.3.1 Responsabilidade na esfera civil

Segundo Stoco (2004, p.118), o conceito de Responsabilidade está associado ao dever de assumir consequências jurídicas em razão da violação de outro dever jurídico (caracterização do ilícito). Historicamente, a obrigação de reparar danos decorre da ofensa ao dever geral de não lesar ninguém. A responsabilidade civil visa recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. Se essa ofensa gera dano a alguém surge um novo dever jurídico, que é o de reparar o prejuízo.

Para compreendermos o espectro jurídico relacionado à responsabilidade civil do agente público, necessário percorrer algumas legislações específicas sobre o tema.

Partindo do texto da Lei Maior, pode-se perceber que a Constituição Federal de 1988, exclusivamente em relação à eventual responsabilidade do

servidor por prejuízos causados a terceiros, adotou para os agentes públicos, em contraponto à responsabilidade objetiva do Estado, a teoria da responsabilidade subjetiva, senão vejamos:

“Art. 37 (...)

(...)

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Não obstante o artigo 37, § 6º tratar da responsabilidade do servidor em relação a danos causados a terceiros, é corolário lógico que, em relação aos danos causados pelo servidor ao próprio ente estatal, prevalece a mesma linha de raciocínio.

Outrossim, o art. 122 da Lei 8.112/90, Estatuto dos Servidores Públicos Federais, é de clareza singular quando estabelece: “A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros.”

Nesse sentido, os artigos 927, 186/188 do Código Civil vigente preveem que:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente.

Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo. (BRASIL, 2002)

No âmbito dos Tribunais de Contas, como veremos mais adiante, tem-se como regra geral a obrigação dos gestores públicos de demonstrar a correta aplicação dos recursos públicos, ao passo que a responsabilidade de recompor o erário surge após o descumprimento daquela obrigação ou dever jurídico originário.

Segundo Arêdes (2012, p.27) são três os elementos necessários para a responsabilidade civil: dano, conduta, e nexos de causalidade. O nexo de causalidade representa a ligação entre a conduta lesiva e o dano sofrido pela vítima. O nexo de causalidade é a necessária relação de causa e efeito que deve existir entre a ação e o dano, para que se configure a responsabilidade civil. Assim, não há responsabilidade civil se de uma ação precedente não derivou o dano.

2.3.1.1 Tipos de responsabilidade civil (objetiva e subjetiva):

A doutrina entende que existem dois tipos diversos de responsabilidade civil: a responsabilidade objetiva e a responsabilidade subjetiva, que são diferenciados conforme exijam, ou não, a culpa, na conduta, como requisito da responsabilidade.

Na doutrina da responsabilidade objetiva a culpa é deixada de lado. O que importa é a relação de causalidade entre o mal sofrido e o fato que gerou o dano. É a responsabilidade advinda da prática de um ilícito ou de uma violação ao direito de outra pessoa, mas que, para ser provada e questionada, independe da aferição de culpa ou dolo. É exatamente o contrário da Responsabilidade Subjetiva.

Conforme já citado anteriormente, o Código Civil em vigor, em seu artigo 927, parágrafo único, expõe a responsabilidade objetiva na medida que impõe que *“Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”*.

Já na doutrina da responsabilidade subjetiva, para que alguém seja responsabilizado é preciso que esteja caracterizado que atuou com culpa, em seu sentido amplo (culpa estrito senso ou dolo).

É nessa seara da responsabilidade subjetiva que se inserem os responsáveis pela Administração Pública. Quando o agente público, por ação ou omissão, dolosa ou culposa, causa dano à Administração, deverá repará-lo, sendo responsabilizado civilmente. A apuração da responsabilidade civil poderá ter início e término no âmbito administrativo ou ter início nesse âmbito e ser objeto, depois, de ação perante o Judiciário.

Nas palavras de Medauar (2016, p.365) “para que o servidor possa ser responsabilizado e obrigado a pagar o prejuízo, é necessário comprovar seu dolo (teve intenção de lesar ou assumiu esse risco) ou sua culpa (imprudência, negligência ou imperícia). Para isso, a Administração é obrigada a tomar as medidas legais pertinentes, não podendo, *a priori*, inocentar o servidor (...)”

Clara é a jurisprudência do TCU nesse sentido: “A imputação da penalidade de multa, assim como do débito, exige apenas a verificação da ocorrência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades.” (Acórdão 3.874/2014 – 2ª Câmara):

Ademais, Medauar (2016, p. 365) salienta que:

“Também incide em responsabilização civil todo aquele que, exercendo, mesmo transitoriamente ou sem remuneração, mandato, cargo, emprego ou função em qualquer órgão, ente ou poder estatal, praticar ato de improbidade administrativa. Tais atos estão descritos na Lei 8.429, de 02.06.1992, artigos 9º a 11; a comprovação das condutas acarreta consequências administrativas, civis e penais. Sob o aspecto civil, poderá ser decretado, pelo juiz civil, o sequestro de bens, e também o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas no exterior; a sentença que julgar procedente a ação civil de reparação de dano, ou decretar a perda dos bens havidos ilegalmente, determinará o pagamento do dano ou a reversão de bens em favor da Administração prejudicada (artigos 16, § 1º, 17 e 18)”.

2.3.2 Responsabilidade na esfera penal

Nos ensinamentos de Medauar, (2016. p. 364),

“O servidor responde penalmente quando o ato ilícito caracteriza-se pela prática de crime ou contravenção. A responsabilidade penal diz respeito às consequências da prática pelo servidor público de condutas tipificadas no ordenamento como crimes relacionados ao exercício de cargo, função ou emprego público, daí o nome de crimes funcionais.”

Para fins criminais, o conceito de servidor público está estabelecido pelo artigo 327 do Código Penal:

“Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em **comissão ou de**

função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.”

O Código Penal tipifica as condutas criminosas associadas aos agentes públicos nos artigos 312 a 326, constantes no Título XI, “Dos crimes contra a Administração Pública”, Capítulo I, “Dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral”; e nos artigos 359-A a 359-H, presentes no Capítulo IV, “Dos crimes contra as finanças públicas”, acrescentado pela Lei nº 10.028/00.

Ademais, há leis federais que preveem outras condutas de servidores qualificadas como crime. Por exemplo, a Lei nº 4.898/65 arrola condutas qualificadas como abuso de autoridade; a Lei nº 8.666/93 menciona condutas de agentes em matéria de licitação e contratos que são classificadas como infrações penais.

A responsabilidade criminal do servidor é apurada pelo Poder Judiciário. A apuração da responsabilidade criminal se efetua mediante propositura pelo Ministério Público, de ação penal.

Em muitas ocasiões, o conhecimento de fatos ou atos tipificados como crimes funcionais ou de responsabilidade advém de sindicância, processo administrativo ou relatório de Comissão Parlamentar de Inquérito, devendo ser remetidos ao Ministério Público.

A sentença da ação penal, transitada em julgado, poderá repercutir na esfera de responsabilidade administrativa e civil do servidor, como por exemplo, nos casos em que houver absolvição na esfera penal por ausência de materialidade ou negativa de autoria.

Nas hipóteses acima referidas, a decisão proferida na esfera penal vincula as demais esferas, não havendo que se falar em responsabilização nos âmbitos civil e administrativo.

2.3.3 Responsabilidade na esfera administrativa

Segundo Medauar (2016, p. 365) “a responsabilidade administrativa expressa as consequências acarretadas ao servidor pelo descumprimento dos

deveres e inobservância das proibições, de caráter funcional, estabelecidas nos estatutos ou em outras leis”.

Essa responsabilidade é apurada no âmbito da própria Administração e apenada com sanções de natureza administrativa, denominadas sanções disciplinares, impostas pela autoridade administrativa. Se a conduta do servidor enquadrar-se também em tipos penais e causar dano à administração, gera responsabilização criminal e civil.

A infração administrativa praticada pelo servidor será apurada pela própria Administração Pública, que deverá instaurar procedimento adequado a esse fim, assegurando ao servidor o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, nos termos do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Os principais meios de apuração previstos nas leis estatutárias são a sindicância e o processo administrativo disciplinar.

As infrações administrativas são apenadas com sanções da mesma natureza, denominadas sanções disciplinares, impostas por autoridade administrativa. Na esfera federal, o artigo 127 da Lei nº 8.112/90 prevê as seguintes espécies de sanções disciplinares: advertência; suspensão; demissão; cassação de aposentadoria ou disponibilidade; destituição de cargo em comissão; destituição de função comissionada.

Deve-se ressaltar que, na aplicação das penalidades disciplinares, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes funcionais (artigo 128 da Lei nº 8.112/90)

Nos artigos 129 e seguintes da Lei nº 8.112/90, estabelecem-se as hipóteses de aplicação de cada uma das penalidades disciplinares previstas no artigo 127 do mesmo diploma legal.

Porém, conforme observa Di Pietro (2011, p.612):

“(…) não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar, em falta de cumprimento dos deveres, falta de exaçoção no cumprimento do dever, insubordinação grave,

procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções”.

A ausência de tipicidade da infração disciplinar confere à Administração Pública certa discricionariedade para enquadrar a falta funcional dentre os ilícitos previstos na lei, o que não significa a possibilidade de decisão arbitrária, uma vez que deverão ser observados limites legais e o princípio da motivação, segundo o qual os atos administrativos deverão ser justificados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos que lhes sustentam.

Nesse sentido, o artigo 50 da Lei nº 9.784/99 dispõe que: *“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: [...].”*

Acerca deste tema, destaca-se também o disposto no artigo 128, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90: *“Art. 128. [...] Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.”*

Conforme as palavras de Di Pietro (2011, p.613):

“(...) é precisamente essa margem de apreciação (ou discricionariedade limitada pelos critérios previstos em lei) que exige a precisa motivação da penalidade imposta, para demonstrar a adequação entre a infração e a pena escolhida e impedir o arbítrio da Administração. Normalmente essa motivação consta do relatório da comissão ou servidor que realizou o procedimento; outras vezes, consta de pareceres proferidos por órgãos jurídicos preopinantes aos quais se remete a autoridade julgadora; se esta não acatar as manifestações anteriores, deverá expressamente motivar a sua decisão”.

A margem de discricionariedade conferida à Administração para realizar o enquadramento de determinadas condutas dentre os ilícitos previstos em lei não autoriza as autoridades competentes a decidirem de forma arbitrária, pois o exercício da discricionariedade deve respeitar os limites previstos em lei.

Em verdade, a aplicação das sanções disciplinares deve ser fundamentada, com a indicação das razões fáticas e jurídicas que sustentam a decisão, devendo ser observada a natureza e gravidade da infração e os danos que dela provierem para o serviço público.

2.3.4 Independência e comunicabilidade das esferas de responsabilidades:

As esferas de responsabilidades (administrativa, cível e penal) são, em regra, independentes, de tal sorte que as penas aplicadas em cada uma das esferas serão cumulativas, ressalvadas as exceções em que a decisão proferida no juízo penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada na área cível e na administrativa.

De acordo com Di Pietro (2011, p.615):

“(...) quando o funcionário for condenado na esfera criminal, o juízo cível e a autoridade administrativa não podem decidir de forma contrária, uma vez que, nessa hipótese, houve decisão definitiva quanto ao fato e à autoria, aplicando-se o artigo 935 do Código Civil de 2002.”

O artigo 935 do Código Civil dispõe: *“Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”*

Ainda segundo Di Pietro (2011, p.615), “(...) quando a sentença for pela absolvição, há que se distinguir os seus vários fundamentos, indicados no artigo 386 do Código de Processo Penal (com a redação alterada pela Lei nº 11.690/08)”.

Os incisos I a VII do art. 386 do Código de Processo Penal estabelecem:

“Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII - não existir prova suficiente para a condenação.”

As absolvições fundadas nos incisos I, IV e VI do artigo 386 do Código de Processo Penal influenciam as decisões a serem proferidas nas esferas civis e administrativas.

No tocante aos incisos I e IV do artigo 386 do Código de Processo Penal, a repercussão nas demais esferas ocorre em razão da regra imposta pelo artigo 935 do Código Civil.

Nos casos supracitados, a absolvição na esfera penal por ausência de materialidade ou negativa de autoria vincula as demais esferas, de modo que inexistente qualquer responsabilidade na área civil ou administrativa. Isto é, nos âmbitos civil e administrativo não caberá qualquer discussão sobre a autoria e a materialidade do fato tido como infração.

Por sua vez, no caso do inciso VI do artigo 386 do Código de Processo Penal, o reflexo nas esferas civil e administrativa se dá com fundamento no artigo 65 do Código de Processo Penal, que dispõe:

“Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhece ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

Ressalta-se que a absolvição fundamentada na hipótese do inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal não repercute nas demais esferas de responsabilidade, pois o mesmo fato que não constitui crime pode corresponder a uma infração disciplinar ou a um ilícito civil.

Igualmente, nas hipóteses dos incisos II, V e VII, em que absolvição se dá por falta de provas, não haverá repercussão nas outras esferas de responsabilidade, uma vez que as provas que não são suficientes para demonstrar a prática de um crime podem ser suficientes para comprovar ilícitos civis ou administrativos.

2.4 RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS PERANTE OS TRIBUNAIS DE CONTAS

Além dessas esferas de responsabilidade (civil, administrativa e penal) os agentes públicos estão sujeitos à responsabilidade perante o Controle Externo da

Administração Pública quando administram recursos públicos. Em verdade, não só os agentes públicos, conforme dispõe o texto constitucional, mas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a Administração Pública responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, estão sujeitos à responsabilização perante os Tribunais de Contas.

Nesse sentido temos o ACÓRDÃO Nº 3287/2014 – TCU – Plenário, TC 018.701/2004-9, cujo Relatório/Voto destacamos o seguinte excerto:

(...)

23.No ordenamento jurídico brasileiro vigora o princípio da independência das instâncias, em razão do qual podem ocorrer condenações simultâneas nas diferentes esferas jurídicas – cível, criminal e administrativa. Dessa forma, o fato de tramitarem processos em esferas distintas não viola o princípio que veda o bis in idem, como se constata pelo teor dos artigos 935 do Código Civil, 66 do Código de Processo Penal, 126 da Lei 8.112/90 e 12 da Lei 8.429/1992.

24.Esta Corte de Contas possui entendimento pacífico no sentido de que a tramitação de ações em outras esferas, com vistas à apuração de condutas antijurídicas, não configura dupla apenação (Acórdãos 40/2007-Plenário, 2.477/07-1ª Câmara e 1.234/08-2ª Câmara). Nesse sentido é excerto do voto condutor do Acórdão 654/1996-TCU-2ª Câmara, o qual afasta a possibilidade de bis in idem, ainda que haja ação de ressarcimento de dano, interposta em sede judicial, concomitante a decisão deste Tribunal:

‘O risco de um ressarcimento em duplicidade por parte do responsável está de todo afastado, em razão da orientação já sumulada nesta Corte no sentido de que os valores eventualmente já satisfeitos deverão ser considerados para efeito de abatimento na execução (Enunciado da Súmula-TCU nº 128).’

25.Ademais, também não há litispendência, pois esta apenas se verifica quando há reprodução de ação anteriormente ajuizada, ocorrendo a denominada tríplice identidade, isto é, mesmas partes, pedido e causa de pedir. Nos processos perante o TCU não há que se falar em partes, nem mesmo há exercício de direito de ação em face do Estado-Juiz, razão pela qual impende concluir que a litispendência apenas pode ocorrer quando ambos os processos estão em curso perante o Poder Judiciário.

Para além da responsabilidade civil, a responsabilidade administrativa perante o Controle Externo não se restringe a tutelar a Administração Pública sob o ponto de vista patrimonial, ou seja, o seu escopo não se limita à recomposição do dano causado ao erário, mas também emergem elementos de direito penal. Os Tribunais de Contas avaliam a gestão dos responsáveis por bens e valores públicos, podendo condenar em débito e aplicar àqueles que praticaram irregularidades sanções de natureza pecuniária e restritivas de direitos que encontram paralelo na esfera penal.

Com efeito, observa-se na atuação dos Tribunais de Contas aspectos tanto da responsabilidade civil, com o intuito de recompor o patrimônio público, como da responsabilidade penal, onde o ilícito é o fundamento para a punição do agente.

Exemplificamos da seguinte forma: um Secretário de Estado direcionou determinada licitação para empresa de parentes seus, homologada com preços muito superiores aos de mercado, há um dano ao Erário que precisa ser reparado. Esse é o aspecto da responsabilidade civil.

Esse mesmo fato, por representar conduta altamente censurável, pode ensejar, no mesmo processo, a aplicação de uma pena, com a finalidade de punir o infrator e intimidar a prática desse tipo de irregularidade.

Conforme demonstrado, podemos afirmar que a responsabilização nos Tribunais de Contas permeia o Direito Civil, quando se trata de reparar um prejuízo causado ao Erário. Assim como tangencia os princípios do Direito Penal, nas hipóteses de aplicação de pena.

A responsabilidade dos agentes públicos é de natureza **subjéitiva**, conforme pacificado na jurisprudência do TCU:

ACÓRDÃO Nº 1094/2014 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC-012.829/2003-0

(...)

25. É importante assinalar que a responsabilidade administrativa perante o controle externo se configura quando ocorre uma conduta antijurídica por parte de um agente público ou privado. Ao contrário da responsabilidade civil, na responsabilização perante os tribunais de contas não é necessário que o ato ilícito tenha causado um dano ou prejuízo ao erário, basta estar configurada a prática de ato irregular. Assim, para efeito da responsabilização perante o TCU, não é necessário comprovar que a pessoa física do responsável tenha logrado qualquer proveito como consequência das irregularidades cometidas ou tenha causado um dano aos cofres públicos. Basta, para tanto, que tenha contribuído de forma decisiva para consumação da irregularidade, que pode consistir em ato contrário à lei ou aos princípios que regem a Administração Pública.

25.1. A teoria da responsabilidade subjéitiva, unanimemente adotada pelo Tribunal de Contas da União, requer apenas a comprovação da culpa em sentido amplo (latu sensu) na conduta do agente para efeito da imposição de sanções ou do dever de indenizar (restituir ao erário). Uma das consequências dessa diferença na natureza dos processos é que para a responsabilização do agente público nos processos no âmbito deste Tribunal não se requer que a conduta seja dolosa. No que toca ao dever de reparar o dano causado ao erário, quando for o caso, este decorre também da conduta culposa stricto sensu, que traduz um descuido no agir, um descumprimento de um dever, seja pela negligência, seja pela imprudência ou pela imperícia.

25.2. A esse respeito, cabe trazer a lume as judiciosas ponderações constantes no Voto condutor da Decisão 207/2002-Plenário:

‘O dever de indenizar também nasce do dano causado por culpa do agente. São irrelevantes o dolo ou a prova de que tenha obtido benefício para si ou para seus familiares. A presença de dolo e de eventual locupletamento são circunstâncias que, quando presentes, conferem maior gravidade ao ato ilícito e devem ser avaliadas por ocasião da imposição da multa.

A ausência de dolo e de locupletamento por parte do responsável não o exime do dever de recompor o dano a que deu causa por meio de atuação imprudente e desautorizada.’

25.3. O posicionamento desta Corte sobre a matéria também pode ser verificado no excerto do voto do Ministro Raimundo Carreiro, condutor do Acórdão 3.186/2008-2ª Câmara, verbis:

‘(...) não procede a alegação de inexistência de dolo, a fim de desconstituir a responsabilidade dos recorrentes, uma vez que trata de responsabilidade objetiva do gestor, fundamentada na incidência de hipóteses legais objetivas. Nessa linha, cito excerto do Voto proferido pelo Exmo. Ministro Benjamin Zymler, no Acórdão-1905/2004-Segunda Câmara, in verbis:

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

25.4. Por fim, conclui-se que, para a análise da responsabilidade do agente público no âmbito dos processos nesta Corte, não se faz necessária prova de locupletamento ou de má-fé (dolo). Não há norma nesse sentido. Basta que seja ao agente atribuída culpa. Essa foi a posição adotada pelo Ministro Raimundo Carreiro no processo que resultou no Acórdão 3.870/2011-2ª Câmara. Raciocínio semelhante registra-se nos votos que orientaram os Acórdãos 88/2007 e 1.157/2008, ambos do Plenário, por exemplo.

Quando se analisam as Leis Orgânicas do TCU e dos demais Tribunais de Contas observa-se a possibilidade, no plano da responsabilização dos agentes públicos, da imputação débito ao responsável por ato que gerou prejuízo ao erário, de aplicação de multa ao agente proporcional ao prejuízo causado, e ainda, da aplicação de multa por ato praticado com grave infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, operacional e patrimonial, mesmo que não tenha causado dano ao erário. Outrossim, poderá declarar a inabilitação do gestor para exercício de cargo em comissão ou função de confiança.

O processo de responsabilização dos agentes públicos junto aos Tribunais de Contas tem como fundamento, ao analisar os atos a eles submetidos, o elemento subjetivo da conduta do responsável. Os Tribunais de Contas têm como

paradigma de suas decisões o referencial do “administrador médio”, frente às condições concretas que circundavam a realidade vivenciada pelo agente (razoabilidade da conduta).

Nos Tribunais de Contas, ao se examinar a compatibilidade de determinado ato com as normas jurídicas que o regulam, e uma vez caracterizada a existência de irregularidade, para caracterizar a responsabilidade subjetiva do agente público devem estar presentes os seguintes elementos: a) ação (comissiva ou omissiva) e antijurídica; b) existência de dano ou infração a norma legal, regulamentar ou contratual; c) nexos de causalidade entre a ação e a ilicitude verificada; e d) dolo ou culpa do agente.

Ressaltamos aqui a necessidade de se verificar o nexo de causalidade nos processos de responsabilização dos agentes públicos junto aos Tribunais de Contas. Nesse sentido o Acórdão 362/2015–Plenário- TCU: *“Faz-se necessário que o agente público participe da cadeia causal apta a gerar o dano, para que possa efetivamente ser responsabilizado.”*

2.4.1 Avaliação da culpa e da conduta:

Nos casos submetidos ao Controle Externo em que se verifica o dano ao erário ou ato contrário à lei, a avaliação da conduta do agente público, se dolosa ou culposa, uma vez apontado o nexo de causalidade, tem direta relação com a dosimetria das punições pecuniárias (multas) a serem impostas. A conduta de quem age por dolo é mais censurável do que aquela decorrente de culpa, de falta de cuidado ou atenção.

Entretanto, para a doutrina e a jurisprudência largamente majoritárias, no aspecto da recomposição solidária do dano ao erário em processos nos Tribunais de Contas, não é relevante se a conduta do agente público foi dolosa ou culposa. Basta que o agente público participe da cadeia causal apta a gerar o dano.

No que toca ao dever de reparar o dano causado ao erário, quando for o caso, este decorre também da conduta culposa *stricto sensu*, que traduz um

descuido no agir, um descumprimento de um dever, seja pela negligência, seja pela imprudência ou pela imperícia.

Diversos são os julgados nesse sentido:

Decisão 207/2002-Plenário/ TCU:

(...)

“O dever de indenizar também nasce do dano causado por culpa do agente. São irrelevantes o dolo ou a prova de que tenha obtido benefício para si ou para seus familiares. A presença de dolo e de eventual locupletamento são circunstâncias que, quando presentes, conferem maior gravidade ao ato ilícito e devem ser avaliadas por ocasião da imposição da multa.

A ausência de dolo e de locupletamento por parte do responsável não o exime do dever de recompor o dano a que deu causa por meio de atuação imprudente e desautorizada.”

Acórdão-1905/2004-Segunda Câmara/TCU:

(...)

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

ACÓRDÃO Nº 8944/2015 – TCU – 2ª Câmara

(...)

“6.12-É pacífico na jurisprudência de Controle Externo que a responsabilidade do agente que gerencia recursos públicos não requer o dolo em causar dano ao Erário. A responsabilidade nos processos dos tribunais de contas se origina de conduta comissiva ou omissiva do agente, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos do Estado ou ainda aos que, sem deter essa condição, causarem prejuízo aos cofres públicos. Basta a demonstração da culpa em sentido estrito para que seja possível a imputação de responsabilidade ao gestor. “

Acórdão3.874/2014– TCU- 2ªCâmara:

(...)

“A imputação da penalidade de multa, assim como do débito, exige apenas a verificação da ocorrência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades.”

Nesse sentido Osório (1998, p.135) menciona que:

“o dolo, em direito administrativo, é a intenção do agente que recai sobre o suporte fático da norma legal proibitiva. O agente quer realizar determinada conduta objetivamente proibida pela ordem jurídica. Eis o dolo. Trata-se de

analisar a intenção do agente especialmente diante dos elementos fáticos – mas também normativos – regulados pelas leis incidentes à espécie”.

Conforme já mencionado anteriormente, para a análise da responsabilidade do agente público no âmbito dos processos dos Tribunais de Contas, no aspecto da reparação do débito ao erário, não se faz necessária prova de locupletamento ou de má-fé (dolo). Não há norma nesse sentido. Basta que seja ao agente atribuída culpa.

Para fins de ressarcimento, pouco importa se a irregularidade foi praticada com dolo ou culpa. Não há diferença alguma, exatamente como ocorre no Direito Civil: o responsável deverá recompor o dano que causou à Fazenda Pública, independentemente de ter agido com a deliberada intenção de lesar o patrimônio público ou com falta de cuidado.

Em relação à manifestação da culpa, a doutrina e a jurisprudência mencionam as seguintes formas pelas quais a culpa se manifesta, que são relevantes para a responsabilização perante os Tribunais de Contas: negligência, imprudência, imperícia, culpa “in vigilando” e “in elegendo”. Ressalte-se que em todos os casos, desde que não elidida por causas excludentes (caso fortuito, força maior e culpa exclusiva de terceiro).

Bastante esclarecedor sobre o tema o excerto do acórdão abaixo transcrito

ACÓRDÃO Nº 1094/2014 – TCU – Plenário

Processo nº TC-012.829/2003-0

(...)

44. Todas as alegações visam, de um modo geral, descaracterizar a responsabilidade do Sr. Adeilson Teixeira Bezerra, como mandatário máximo da CBTU em Alagoas, por todos os atos impugnados neste processo, tanto nas citações em questão quanto nas audiências, que serão examinadas mais adiante. Sem entrar no mérito individual de cada irregularidade, alegou que todas elas seriam de responsabilidade de funcionários subalternos da CBTU/AL, tais como gerentes, gestores e fiscais de contratos, membros da CPL e pareceristas técnicos e jurídicos.

44.1. Em primeiro lugar, cabe mencionar que a questão da responsabilização do agente público perante o controle externo já foi amplamente discutida no item 25 precedente e baseia-se na teoria da responsabilidade subjetiva, adotada pelo Tribunal de Contas da União, que requer apenas a comprovação da culpa em sentido amplo (latu sensu) na conduta do agente para efeito da imposição de sanções ou do dever de indenizar (restituir ao erário). O citado § 6º do art. 37, da CF, por seu turno, se refere à responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito

público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros.

44.2. A responsabilização dos agentes jurisdicionados perante esta Corte é de índole subjetiva. Com efeito, na esteira dos Acórdãos 386/1995 e 371/1999, ambos da 2ª Câmara, relatados pelo Ministro Adhemar Paladini Ghisi e Benjamin Zymler, respectivamente, esta Corte, por meio do paradigmático Acórdão 46/2001-Plenário, relatado pelo Ministro José Antônio Barreto 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.

44.3. 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. É o caso, por exemplo, do Acórdão 2.343/2006-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que trata de imprudência, negligência e culpa in eligendo, verbis:

‘3. Age com imprudência e negligência, a permitir a conclusão pela existência de nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido pelo erário, o gestor público que aprova projetos inadequados, cuja execução é cometida a uma entidade contratada com dispensa de licitação indevida.

4. A ausência de cautela e zelo profissional requeridos de agentes administrativos contribui significativamente para a ocorrência de dano ao erário, como no caso dos autos, que deverá ser ressarcido, ainda reconhecida a boa-fé do responsável, porquanto a preservação do erário jamais pode ficar à mercê do conhecimento sobre a intenção do agente causador do dano, de modo que a culpa, por negligência ou imprudência, é suficiente para ensejar o dever de reparar.

5. O titular de um órgão deve escolher seus auxiliares diretos com esmero, sob pena de responder por culpa in eligendo, mormente se não adotar as providências cabíveis no sentido de sanar as graves irregularidades, no caso, que demonstram a ausência de controle no órgão administrativo sob sua condução.’

44.4. Também é exemplar o Acórdão 1.157/2008-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, tratando de 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, verbis:

‘1. Responde pelo dano o gestor que contribui culposamente para que ele se concretize, mediante omissão, imprudência ou negligência no cumprimento a cláusulas obrigacionais de convênio celebrado com a União, de contrato celebrado com terceiro para viabilização do objeto convenial, ou, ainda, decorrente de inobservância de prescrições legais regedoras da realização de despesas, licitações e contratações, ainda que o dano decorra de inexecução contratual pelo terceiro contratado, pois mediante condutas omissivas, imprudentes ou negligentes, assume para si o risco da malversação de verbas públicas.’

44.5. Nesses termos, a responsabilização do agente 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) nexos 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).

44.6. No que tange aos atos impugnados neste processo, deve-se consignar que não são atos da esfera de competência alheia, como quer fazer crer o responsável, mas sim atos praticados por empregados da CBTU, sob a responsabilidade dele, que lhes confiou essas tarefas, o que caracteriza, na melhor hipótese, a culpa in eligendo e a culpa in vigilando. Ao contrário do que afirma o responsável, como gestor principal da CBTU/AL, que autorizou e homologou as licitações, contratações e despesas, ele tinha total condições e o dever de verificar com rigor a regularidade dos processos e determinar o saneamento das irregularidades. Além de ser responsável por autorizar a despesa e se certificar da sua regularidade, deve também um gestor zeloso e probo se certificar que, no processo, foi verificada a compatibilidade dos preços com os de mercado.

44.7. O gestor alega que não lhe cabe responsabilidade pelos pagamentos, pois eles foram autorizados com base em notas fiscais e medições atestadas pelo fiscal do contrato. Em princípio, é devido exigir de um administrador médio (homem mediano) que tivesse ciência se o serviço foi realizado ou o produto foi entregue. É aceitável que pode ser difícil para o administrador se certificar da falta esporádica de alguns itens ou quantitativos, mas não parece ser este o caso presente. A quantidade absurda de entulho a ser retirado da via férrea, frente à falta de equipamentos e de faixa horária para a execução do serviço, ou a grande discrepância entre as quantidades de brita e dormentes adquiridos em relação às quantidades utilizadas, deveriam, no mínimo, chamar a atenção do gestor.

44.8. Não se sustenta a alegação de que não haveria relação de causalidade entre a homologação e adjudicação dos procedimentos licitatórios e o suposto dano. A homologação de um certame licitatório, ao contrário do que quer fazer crer o responsável, constitui-se em ato administrativo de alta relevância. É nesse momento que a autoridade competente deve verificar a legalidade dos atos praticados e avaliar a conveniência da contratação. Não é um ato de simples assentimento com o parecer jurídico e os atos da comissão, mas um ato que deve ser precedido de criterioso exame, pela autoridade competente, dos atos praticados no processo, devendo anulá-lo caso verifique algum vício de ilegalidade ou determinar o seu saneamento.

44.9. A autoridade, quando homologa a licitação, compartilha e assente com os atos de sua execução, passando a responder pelos fatos dela decorrentes e exercendo, ao mesmo tempo, a supervisão e controle, conforme se extrai do Acórdão 1.685/2007-2ª Câmara, o qual dispõe:

‘O agente público responsável pela homologação do procedimento licitatório confirma a validade de todos os atos praticados no curso da licitação, proclama sua conveniência e exaure a competência discricionária sobre o tema. Assim, ao anuir aos pareceres, este também se responsabiliza, visto que a ele cabe arguir qualquer falha na condução do procedimento.’

44.10. A jurisprudência desta Corte é constituída de inúmeros julgados pela responsabilização da autoridade que homologa certame licitatório contendo irregularidades, podendo-se exemplificar com os Acórdãos 1.409/2004-1ª Câmara, 509/2005-Plenário e 8.677/2011-2ª Câmara.

44.11. Compete, neste caso, contextualizar o excerto do Acórdão 89/1999-Plenário, citado pelo responsável em defesa de sua tese, onde se menciona que ‘é justo que o ordenador de despesa presuma que a CPL agiu com a adequada prudência ao julgar as propostas’. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a Comissão de Licitação é também responsável por irregularidades no processo licitatório, o que não torna automaticamente imune o ordenador da despesa, podendo lhe ser atribuída responsabilidade quando caracterizada culpa grosseira, má-fé ou conivência com membros da comissão.

44.12. O fato de o administrador seguir parecer jurídico também não o torna imune à censura desta Corte. Normalmente, pareceres técnicos e jurídicos não vinculam os gestores, os quais têm obrigação de analisar a correção do

conteúdo destes documentos. Assim, a existência de parecer não exime o gestor de responsabilidade, a qual é aferida levando em consideração a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos relacionados com a gestão de recursos públicos no âmbito da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da administração pública federal, exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio deste Tribunal, ex vi do art. 70, caput, e 71, inciso II, da Constituição Federal.

44.13. Ainda acerca da responsabilidade da autoridade que agiu com base em parecer jurídico, cabe citar excerto do Voto proferido pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues e que resultou no Acórdão 1.337/2011-Plenário:

‘O fato de terem agido sob orientação de pareceres jurídicos não os torna imunes à responsabilização por contratações contrárias à lei. É pacífica a jurisprudência a respeito. Cito excerto do voto proferido pelo Ministro Benjamin Zymler, no processo 006.260/1999- 3, Acórdão 19/2002 – Plenário:

‘Também não aproveita ao recorrente o fato de haver parecer jurídico e técnico favorável à contratação. Tais pareceres não são vinculantes ao gestor, o que não significa ausência de responsabilidade daqueles que os firmam. Tem o administrador obrigação de examinar a correção dos pareceres, até mesmo para corrigir eventuais disfunções na administração (...).’

44.14. Também não deve prosperar a alegação de que foram nomeados para cargos de gerente e outros de confiança, empregados com qualificação de razoável para ruim, devido a não realização de concursos (subitem 43.13), aparentemente com o objetivo de fugir à culpa in eligendo. Exatamente por conhecer esta deficiência, caberia ao gestor zeloso exercer um controle mais acurado sobre a atuação desses funcionários, sob pena de incorrer na culpa in vigilando.

Conforme se observa, existe farta jurisprudência no mesmo sentido: o agente público, em especial o agente político, em ocorrendo falhas de seus subordinados que impliquem em dano ao erário ou infração à norma legal, incorre em culpa *in vigilando* (decorrente da falha ou missão do dever de fiscalizar, no exercício do controle interno, inerente às atribuições e prerrogativas do administrador público) e em culpa *in eligendo* (que resulta da responsabilidade do gestor público em relação à escolha dos seus subordinados)

2.4.2 Circunstâncias que podem justificar a não aplicação das sanções e o débito solidário aos agentes políticos:

Segundo já mencionado anteriormente, os Tribunais de Contas, em processos de responsabilização de agentes políticos (Ministros/Secretários de Estado), têm como parâmetro a razoabilidade da conduta do agente público médio,

cauteloso e diligente. Nesse sentido da análise da razoabilidade da conduta temos o seguinte posicionamento:

“Não se pode, tampouco, pretender que todas as informações de subalternos sejam checadas por seus superiores, sob o risco de inviabilizar-se a administração. Aliás, se assim o fosse, não seriam necessários os servidores subalternos. Bastariam os chefes ...” (Acórdão 65/1997- TCU-Plenário)

Nesse sentido, determinados contextos devem ser levados em consideração, no bojo dos processos de responsabilização de Ministros/Secretários de Estado, pelos Tribunais de Contas.

Os agentes políticos se encontram no topo da cadeia hierárquica da administração pública, e muitas vezes tomam decisões baseadas em posicionamentos harmonizados em vários graus de hierarquia inferiores.

Podem ocorrer casos que envolvem temas jurídicos complexos, em que o agente político tomou determinada decisão, posteriormente considerada ilegal pelo Tribunal de Contas, fundamentada em pareceres técnico-jurídicos, mesmo que não vinculantes, onde se defende tese aceitável e está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência.

Nesse contexto, com escopo no princípio da razoabilidade, da boa fé, da ausência de potencial conhecimento da ilicitude, ou mesmo da inexigibilidade de conduta diversa do administrador médio, diligente e cauteloso, poder-se-ia elidir a aplicação de penalidades ao agente político.

Nesse sentido o TCU já relevou, em algumas situações, a responsabilidade de agentes políticos, que são dirigentes máximos:

– Isenção de responsabilidade por sobrepreço, quando a pesquisa de preços no mercado foi realizada de acordo com critérios técnicos aceitáveis e por setor ou pessoa habilitada para tanto (Acórdão 3.516/2007-1ª Câmara)

- Autoridade que homologa a licitação: – Isenção de responsabilidade nos casos em que a irregularidade posteriormente descoberta não era perceptível ao homem médio (Acórdão 2.740/2008-2ª Câmara)

- Gestor que age amparado em parecer jurídico: – Condenação do gestor quando não se tratar de matéria complexa (Acórdão 1.349/2008-P)

ACÓRDÃO 3287/2014 - PLENÁRIO

(...)

“35. Indubitavelmente, como já destaquei, houve problemas de gestão na condução dos convênios. Todavia, não era de se esperar que aqueles gestores, ocupantes de cargos hierárquicos superiores, tivessem reais condições de acompanhar, *pari passu*, o trâmite de cada um das centenas de convênios que transitaram nas unidades estaduais do ministério, de forma a detectar incorreções nos procedimentos adotados por seus subalternos e providenciar sua imediata solução. Tal missão, em meu julgamento, seria humanamente impossível e, ademais, tecnicamente desaconselhável, por representar a centralização das decisões, em sentido contrário à política adotada no âmbito do ministério.

36. Nesse sentido foi, inclusive, o entendimento de Vossa Excelência quando da prolação do Acórdão 588/2005 – Plenário, referenciado pelos recorrentes. Naquela assentada, Vossa Excelência, ao propor a exclusão da multa imposta ao Sr. Sady Carnot, deixou assente que:

6. (...) Além disso, ao Diretor Executivo do Fundo Nacional de Saúde é submetida para homologação uma quantidade elevadíssima de operações de execução orçamentária. Observe-se, também, que o referido gestor, consoante disciplinada pelo Decreto 3.964, de 10/10/2001, posicionava-se no topo de uma cadeia com 5 níveis hierárquicos e que o processamento dessas transferências se iniciava com a análise de técnico situado na outra extremidade dessa cadeia hierárquica (grifei).

37. Ainda que tal supervisão fosse factível, não deve ser olvidada a elevada rotatividade dos ocupantes dos cargos de Secretário Executivo do MS e de Diretor do Fundo Nacional de Saúde no período abordado (peça 11, p. 22-26).

38. Chama atenção o fato de alguns dos recorrentes terem ocupado os cargos por períodos não superiores a um ano. Em meu entendimento, restaria inviável, considerando todas as atribuições inerentes à função, que os responsáveis, em tão pouco tempo de exercício, tomassem ciência das irregularidades ocorridas na ponta da cadeia hierárquica e adotassem as pertinentes medidas com vistas à sua correção.

39. Em face do exposto, alinho-me às considerações tecidas pelo Relator a quo, Exmo. Ministro Raimundo Carreiro, reproduzidas, resumidamente, no item 10 deste parecer, no sentido de ser indevida a responsabilização dos ora recorrentes pelas irregularidades perpetradas por seus subordinados.

40. Assim, com as devidas vênias, dirijo da Serur, posicionando-me pelo conhecimento dos pedidos de reexame interpostos pelos responsáveis, para, no mérito, dar-lhes provimento parcial, afastando, em decorrência a multa a eles imputada.”

2.4.3 Recentes posicionamentos do tribunal de contas do distrito federal que afastam a responsabilidade solidária de ressarcimento do dano ao erário do agente político que agiu sem dolo:

O TCDF vem tomando algumas decisões, que ainda não se pode dizer uniformes e nem tão pouco indicativas de uma jurisprudência consistente, no sentido de deixar de responsabilizar o agente político, Secretário de Estado, ao débito

solidário. Vejamos alguns excertos do Relatório/Voto associado à **Decisão Nº 4637/2014, prolatada no Processo 8587/2007:**

No caso em tela, tratam os autos de tomada de contas especial instaurada por determinação daquela Corte, a qual tem por objeto a prestação de contas dos recursos repassados ao Instituto Candango de Solidariedade – ICS, através de contrato de gestão com a Secretaria de Estado de Educação do DF, relativo ao Programa Renda Minha. Tal programa surgiu da fusão dos programas “Bolsa Escola do DF” e “Sucesso no Aprender”, cujo objetivo era o reforço escolar e ações de saúde para alunos da rede de ensino público, no ano de 2003.

Os pareceres da Unidade Técnica e do Ministério Público, uniformemente, sugeriam a **citação dos gestores da SEDF à época (Secretária de Educação à época e Executora do Contrato), bem como dos diretores e dos integrantes do Conselho de Administração do ICS**, para fins de apresentação de alegações de defesa **ou** comprovação, mediante documentação hábil, da efetiva e regular aplicação, pela entidade, dos recursos públicos repassados à conta do Contrato de Gestão nº 19/2003, sob pena de imputação solidária do débito, ou recolherem o valor do prejuízo de R\$ 14.427.895,29, atualizado pelo Sindec/TCDF, em 10.10.2013. Esse foi o entendimento do Relatório/Voto aprovado em plenário:

(...)

“Examinando o feito, entendo assistir parcial razão aos pareceres, conforme demonstrarei nos parágrafos subsequentes.

Verifico, inicialmente, que a documentação apresentada pelo Instituto Candango de Solidariedade - ICS (fls. 101/113, 115, 123v, 454 e 596-Anexo) não comprova a regular aplicação dos recursos públicos. Ressalto, ainda, que o ICS deixou de apresentar o relatório de execução físico-financeira do objeto do convênio, documentação imprescindível e legalmente exigida pela Lei nº 2.415/1999 e Decreto nº 16.098/1994, vigente à época dos fatos.

Também, é possível constatar que tanto a Secretária de Estado de Educação, signatária do ajuste e ordenadora da despesa, como a executora do contrato, que atestou os serviços, foram omissas quanto à fiscalização do Contrato de Gestão nº 19/2003.

O atesto de notas, desacompanhado de relatórios, planilhas e outros documentos que pudessem comprovar o efetivo cumprimento do contratado, demonstram a omissão no dever de zelar pela boa e regular aplicação dos recursos públicos.

Conforme a legislação de regência, no caso de omissão do dever de prestar contas, os responsáveis solidários devem ser citados para apresentação de defesa. Entretanto, entendo ser necessário classificar esses responsáveis em duas categorias: 1ª os responsáveis diretos (no caso, os administradores do ICS), cujo fundamento da responsabilidade deflui

diretamente da omissão do dever de prestar contas, previsto no art. 70 da Constituição Federal; 2ª os responsáveis indiretos (no caso, administradores do órgão signatário do ajuste), cuja responsabilização decorre da omissão/negligência no dever de fiscalizar a execução do contrato, previsto no art. 9º da Lei nº 2.415/1999.

Esta Corte já fez referências a essa distinção entre categorias de responsáveis solidários em diversas ocasiões (Decisões nºs 6528/2007, 312/2007, 1395/2007, 1435/2007, 1065/2009). Especialmente, na Decisão nº 836/2009, o Tribunal, de forma expressa, determinou à unidade técnica que “ao examinar as defesas apresentadas, proceda à definição da responsabilidade individual ou solidária de cada envolvido, nos termos do art. 13, inciso I, da Lei Complementar nº 01/94.”

Embora todos sejam responsáveis, os fundamentos das responsabilidades, conforme visto, são distintos. Dessa forma, acredito ser este o momento adequado para se definir a responsabilidade de cada envolvido.

Nessa linha de raciocínio, entendo que, nesta fase processual, os denominados responsáveis diretos devem ser chamados para apresentar defesa em face da possibilidade de recair sobre eles a obrigação de prestar contas. Isso porque foram eles que aplicaram os recursos oriundos do ajuste, mas deixaram de comprovar a regular aplicação dos recursos repassados a custa do contrato de gestão. Devem, assim, nos termos do art. 13, inciso II, da LC nº 1/1994 e do art. 172 do RI/TCDF, serem citados para apresentarem defesa ou recolherem o débito, sob pena de: i) no momento oportuno, com fulcro no art. 17, III, 'a', c/c art. 20 da LC nº 1/94, terem suas contas julgadas irregulares em razão da omissão do dever de prestar contas; ii) serem condenados, solidariamente, ao pagamento da dívida atualizada monetariamente; iii) serem multados, individualmente, na forma do art. 56 da mesma lei, proporcionalmente ao valor do débito; iv) por fim, considerando a gravidade das infrações cometidas e a relevância econômica dos valores envolvidos, serem alertados acerca da possibilidade de aplicação da sanção prevista no art. 60 da mesma lei, em sua máxima graduação.

Aos intitulados responsáveis indiretos, por sua omissão e negligência no dever de fiscalização da execução do contrato, entendo que devem ser chamados para apresentar razões de justificativa em face da possibilidade de aplicação de multa individual, na forma do art. 57, II, da LC nº 1/94 c/c art. 182, I, do RI/TCDF, bem como da sanção prevista no art. 60 da mesma lei, sem embargo de o fato repercutir no juízo de regularidade das contas anuais próprias de cada gestor ou administrador.

Partindo dessas premissas, concordo com as conclusões quanto ao chamamento em audiência dos senhores Ronan Batista de Souza, Presidente, e Antônio Alves da Silva, Diretor de Finanças do ICS. Isso porque foram eles os responsáveis diretos pelas irregularidades e ausência da regular prestação de contas dos recursos recebidos da SEDF a título de repasse feito ao ICS para a execução do Projeto “Educação Infantil – CRECHE”, objeto do Contrato de Gestão nº 21/2013, bem como pelo descumprimento da Cláusula Oitava do referido ajuste. Os fundamentos para tal citação encontram-se no descumprimento do art. 70 da CRFB, art. 77 da LODF e art. 18 do Decreto nº 16.098/1994.

(...)

Nessa seara, acolho as conclusões dos pareceres na parte em que defendem estarem caracterizados, nos autos, os indícios de omissão e negligência no dever de fiscalização da execução do contrato por parte das senhoras Maristela de Melo Neves, Secretária de Estado da Educação do DF e signatária do contrato de gestão, e Lilian Carneiro Lima, executora do contrato de gestão. Contudo, em divergência parcial, considero presente a responsabilidade indireta, entendendo que as referidas senhoras devem ser chamados para apresentar razões de justificativa em face da possibilidade de aplicação de multa individual, na forma do art. 57, II, da LC nº 1/94 c/c art. 182, I, do RI/TCDF, bem como da sanção prevista no art. 60 da mesma

lei, sem embargo de o fato poder repercutir no juízo de regularidade das presentes contas.

Robustecem esse entendimento, além daqueles mencionadas acerca da responsabilidade indireta, os seguintes argumentos:

- a) todo o valor do contrato foi repassado ao contratado ICS, não havendo indícios de que as gestores tenham manuseado quaisquer recursos;
- b) não ficou provado nos autos a má fé das gestores (dolo), mas apenas a culpa por negligência;
- c) não existem indicativos nos autos de que as gestoras agiram macomunadas com os representantes do ICS, de forma, afastando a existência de liame subjetivo entre eles, sobretudo porque a conduta daquelas não foi dolosa;
- d) a imputação do débito às gestoras parece afrontar a proporcionalidade e a dosimetria da pena, uma vez que dá tratamento igual a pessoas que estão em situações diferentes (as agentes públicas, em nenhum momento, aplicaram os recursos pagos ao ICS);
- e) se for aplicado o art. 275, *caput*, do Código Civil, todos os responsáveis seriam passíveis de cobrança pelo valor total do débito, o que poderia levar, no caso concreto, a um resultado desproporcional: satisfaz-se o interesse público com a reparação do dano, mas permite-se que quem efetivamente deu causa ao dano eventualmente não seja alcançado na execução do título de cobrança desta Corte;
- f) a aplicação da pena de multa e o julgamento pela irregularidade das contas parecem suficientes para reprimir as condutas culposas das responsáveis indiretas, em homenagem aos princípios da individualização das penas e da razoabilidade.”

Conforme se depreende, o entendimento do TCDF foi de afastar o agente político (Secretária de Estado de Educação) da responsabilidade solidária de ressarcimento do dano ao erário, entretanto, não a dispensou da possibilidade de ser multada, de ter as contas anuais rejeitadas e de ser inabilitada para exercício de cargo público.

2.4.4 Responsabilidade subsidiária:

Na pesquisa realizada também nos deparamos com uma linha doutrinária que foge do entendimento majoritário, na medida em que leva em consideração para imputação do débito solidário ao agente público, cujo ato teve comprovado o nexo de causalidade com o dano ao erário observado, somente conduta dolosa.

No caso de condutas culposas, em que não há o liame subjetivo do conluio, da locupletação, da participação deliberada entre o agente público e os que se beneficiaram do dano ao erário, a responsabilidade seria subsidiária, e não solidária.

O agente público que agiu de forma culposa teria o benefício da ordem no ressarcimento ao erário, excetuando-se os casos em que já existe previsão legal expressa para a solidariedade, como nos casos do artigo 25, § 2º da Lei 8.666/93 e no artigo 16, § 2º da Lei 8.443/92.

Esse é o entendimento de Alves (2012, acesso em 06/04/2017):

“Vale esclarecer, todavia, que não basta para a imposição da solidariedade a existência de mais de um agente contribuindo para o dano. É imprescindível verificar, também, a ocorrência do liame subjetivo entre os responsáveis pelo dano. Ou seja, somente há solidariedade entre o servidor e terceiros, ou entre dois ou mais servidores envolvidos em fato danoso, quando entre eles houver conluio ou adesão pelo servidor à prática do ilícito, tal como acontece no campo penal.

É de se registrar, por oportuno, que para a verificação do liame subjetivo, não é necessária a ocorrência de ajuste prévio. Basta que o servidor, dolosamente, tenha aderido de forma comissiva ou omissiva à conduta ilegal do terceiro.

Por esse enfoque, não havendo entre os co-autores o liame subjetivo, isto é, a deliberada intenção conjunta de causar determinado dano, cada qual deve responder na medida de sua participação no referido evento danoso, razão pela qual entendemos ser desproporcional a imposição de solidariedade.

Assim sendo, sempre que houver dano aos cofres públicos em razão de conluio entre servidor e pessoas estranhas à administração, ou mesmo entre servidores, ou simplesmente adesão ao ilícito por parte do servidor, haverá de ser reconhecida a solidariedade entre aqueles que cometeram o ilícito, respondendo cada um por toda a dívida, sem qualquer benefício de ordem.

É vital destacar ainda que, independente dos requisitos acima discriminados, poderá haver o reconhecimento da solidariedade em casos em que já há previsão legal para tanto.”

3 MÉTODOS E TÉCNICAS DE PESQUISA

A pesquisa foi realizada a partir da doutrina e das jurisprudências do Tribunal de Contas da União, Tribunal de Contas do Distrito Federal e dos Tribunais Superiores, relativos à definição jurídica da responsabilização dos agentes políticos, da dosimetria das penas e dos parâmetros aplicáveis no âmbito das Cortes de Contas.

A pesquisa perpassa pela conceituação de agente político; pelo conceito jurídico de responsabilidade; requisitos para a responsabilização perante os Tribunais de Contas; individualização da conduta; análise de circunstâncias que podem justificar a não aplicação das sanções e o débito solidário aos agentes políticos.

3.1 Tipo e descrição geral da pesquisa:

A pesquisa efetivada é descritiva, o que não significa apenas a descrição de um fenômeno conhecido e já estudado, mas também oferece a visão do autor sobre esse fenômeno. A pesquisa é bibliográfica e dogmática, pois está baseada em legislação, doutrina e jurisprudência.

3.2 Caracterização da organização, setor ou área:

Instalado em 15 de setembro de 1960, na gestão do então presidente Juscelino Kubitschek, **o Tribunal de Contas do Distrito Federal** é o órgão que trabalha para a preservação do patrimônio do DF, ao assegurar que a aplicação do dinheiro público seja efetiva, regular e esteja dentro da Lei.

O TCDF aprecia as contas anuais dos governadores, emitindo parecer para o julgamento na Câmara Legislativa; julga as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos; confere a legalidade dos

atos de admissão de pessoal (concursos públicos e outras contratações) e a concessão de aposentadorias, reformas e pensões dos servidores do GDF; avalia a execução das metas estabelecidas no plano plurianual, nas diretrizes orçamentárias e no orçamento anual.

O Tribunal também recebe denúncias de irregularidades ou ilegalidades; faz inspeções e investigações em todas as unidades administrativas dos Poderes Executivo e Legislativo e fiscaliza a aplicação de recursos repassados ou recebidos pelo Distrito Federal.

O Tribunal de Contas do Distrito Federal tem a missão de exercer o controle externo da administração dos recursos públicos do Distrito Federal, em auxílio à Câmara Legislativa, zelando pela legalidade, legitimidade, efetividade, eficácia, eficiência e economicidade na gestão desses recursos. Ou seja, o TCDF empenha-se na manutenção e preservação do patrimônio público, ao procurar assegurar a efetiva e regular aplicação do dinheiro público em benefício da sociedade brasileira.

4 CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

Concluindo o estudo proposto, observamos algumas questões relevantes sobre o tema de responsabilização de agentes políticos (Ministros/Secretários de Estado) nos Tribunais de Contas.

O processo de responsabilização dos agentes políticos, assim como de qualquer outro agente público, junto aos Tribunais de Contas, quando praticam atos de gestão, tem como fundamento o elemento subjetivo da conduta do responsável. Os Tribunais de Contas têm como paradigma de suas decisões o referencial do “administrador médio”, frente às condições concretas que circundavam a realidade vivenciada pelo agente (razoabilidade da conduta).

Em regra nos Tribunais de Contas, ao se examinar a compatibilidade de determinado ato com as normas jurídicas que o regulam, e uma vez caracterizada a existência de irregularidade, para caracterizar a responsabilidade subjetiva do agente público devem estar presentes os seguintes elementos: a) ação (comissiva ou omissiva) e antijurídica; b) existência de dano ou infração a norma legal,

regulamentar ou contratual; c) nexos de causalidade entre a ação e a ilicitude verificada; e d) dolo ou culpa do agente.

Nos processos submetidos às Cortes de Contas, por força de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, compete ao gestor o ônus de comprovar a boa e regular aplicação dos recursos por ele geridos. Apesar da inversão do ônus da prova, os Tribunais pátrios têm reconhecido que a aplicação da pena seja feita levando-se em consideração as circunstâncias do caso concreto.

Nas fiscalizações realizadas pelos Tribunais de Contas pode haver o reconhecimento de débito, a fixação de multa e ainda a declaração de inabilitação do agente público responsabilizado por ato ilegal e/ou danoso ao erário.

O débito é o dano quantificado, possuindo caráter ressarcitório, isto é, visa compensar o erário de um prejuízo ocorrido, ao passo que a multa tem caráter punitivo e pedagógico, ou seja, visa inibir a repetição da irregularidade eventualmente cometida. Trata-se de institutos perfeitamente cumuláveis, isto é, as Cortes de Contas podem, a um só tempo, imputar débito e aplicar multa.

Temos ainda a possibilidade de os Tribunais de Contas aplicarem pena de restrição de direitos, quando considerar grave a infração cometida e declarar o responsável inabilitado por um período que variará de cinco a oito anos, para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública.

No aspecto do ressarcimento solidário do débito por parte do agente político que participou da cadeia de atos vinculada ao nexo causal do dano ao erário, via de regra a responsabilidade deve ser solidária, independente se presente o dolo, desde que, no mínimo, a culpa *stricto sensu* esteja presente na conduta.

A doutrina e a jurisprudência majoritária apontam que a responsabilidade nos processos dos tribunais de contas se origina de conduta comissiva ou omissiva do agente, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos do Estado ou ainda aos que, sem deter essa condição, causarem prejuízo aos cofres públicos.

Basta a demonstração da culpa em sentido estrito para que seja possível a imputação de responsabilidade ao gestor.

Nos Tribunais de Contas a dosimetria da pena tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento com casos análogos. As Cortes de Contas não operam com a dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal, e não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecidos. O processo de contas não conta com todos os elementos de prova de um processo judicial, não trazendo elementos objetivos para o julgador aferir a situação econômica e financeira dos responsáveis.

As Cortes de Contas, no exercício de suas atividades discricionárias ou vinculadas, também devem se pautar pelo princípio da razoabilidade, em uma atuação racional, por meio de práticas de condutas coerentes, prudentes e equilibradas, sem se afastar dos parâmetros legais. Significa que as decisões dos Tribunais de Contas devem encontrar amparo em justificativas racionais.

Ao se avaliar a conduta de um agente político submetido ao crivo do Tribunal de Contas, apesar da regra geral de que a presença do dolo não é essencial, pois basta a demonstração da culpa em sentido estrito para o ressarcimento ao erário, podem ocorrer circunstâncias razoáveis que afastem a imputação solidária do débito ao agente político. Circunstâncias que induziriam à conduta do agente público “médio”.

Muitas vezes os agentes políticos (Ministros/Secretários de Estado) não detêm expertise administrativa ou jurídica e dependem de posicionamentos de seus subordinados para balizarem suas decisões. Daí a importância das boas escolhas e da fiscalização constante de sua equipe de trabalho, sob o risco de se caracterizar a culpa *in eligendo* e *in vigilando*.

Mas podem ocorrer exceções, como em casos complexos, cujos pareceres de subalternos que balizaram a decisão do agente político, posteriormente considerada ilegal e danosa pelo Controle Externo, estejam ancorados em teses aceitáveis e estejam alicerçados em lições de doutrina ou de

jurisprudência. Nesses casos poder-se-ia sopesar a responsabilidade solidária do agente político pelo ressarcimento do dano ao erário. É preciso analisar caso a caso.

Noutro lado, a dosimetria das penas de multa (pecuniária) e inabilitação (restrição de direitos), além do princípio da razoabilidade, deve seguir os princípios da proporcionalidade e da individualização da pena. Na dosimetria da multa, o Tribunal de Contas utiliza como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos, sua materialidade e o grau de culpabilidade dos responsáveis.

Recomenda-se fortemente que o agente político, dirigente máximo do órgão, deve se acautelar e investir no controle interno, acompanhar as auditorias do Controle Externo na sua unidade e criar mecanismos de validação das diversas etapas dos procedimentos administrativos submetidos à sua chancela final.

5 REFERÊNCIAS

ALVES, Adler Anaximandro de Cruz e. **Graus de responsabilização dos servidores públicos em razão de danos e prejuízos causados ao erário.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 22 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37635&seo=1>>. Acesso em: 06 abril 2017.

ARÊDES, Sirlene. **Responsabilização do Agente Público: individualização da sanção por ato de improbidade administrativa.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional.** 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br>. Acesso em: 17 jan 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DISTRITO FEDERAL. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Distrito Federal nº 1, de 9 de maio de 1994.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Distrito Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Arquivo.ashx?id_norma_consolidado=51831>. Acesso em: 12 dez. de 2016.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 20 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Lei Orgânica do Distrito Federal nº 1, de 9 de maio de 1994**. Organiza os Poderes do Distrito Federal, estabelece suas competências, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.tc.df.gov.br/SINJ/Norma/66634/Lei_Org_nica__08_06_1993.pdf>. Acesso em: 25 de jan.2017.

_____. Tribunal de Contas do Distrito Federal. **Decisão Normativa nº 3/11, adotada no Processo nº 22.360/07**. Relator: Conselheiro Antônio Renato Alves Rainha. Sessão Ordinária nº 4.479, de 13/12/11. DODF de 30/12/11.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3874/2014**. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 29 de julho de 2014. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25203.874%252F2014%2520%25E2%2580%2593%25202%25C2%25AA%2520C%25C3%25A2mara/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/5>. Acesso em 25 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3287/2014**. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 26 de novembro de 2014. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/3287%252F2014/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em 25 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 362/2015**. Relator: Min. Marcos Bemquerer. Brasília, 04 de março de 2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/362%252F2015/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em 13 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1094/2014**. Relator: Min. José Múcio Monteiro. Brasília, 30 de abril de 2014. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/1094%252F2014/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em 25 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3516/2007**. Relator: Min. Aroldo Cedraz. Brasília, 13 de novembro de 2007. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/3516%252F2007/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em 25 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2740/2008**. Relator: Min. Ubiratan Aguiar. Brasília, 05 de agosto de 2008. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/2740%252F2008/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3>. Acesso em 25 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1349/2008**. Relator: Min. Augusto Nardes. Brasília, 16 de julho de 2008. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1349%2520ANOACORDAO%253A2008/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em 26 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3287/2014**. Relator: Min. Benjamin Zymler. Brasília, 26 de novembro de 2014. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3287%2520ANOACORDAO%253A2014/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em 26 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 65/1997**. Relator: Min. Adhemar Paladini Ghisi. Brasília, 16 de abril de 1997. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A65%2520ANOACORDAO%253A1997/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em 27 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1905/2004**. Relator: Min. Adylson Motta. Brasília, 01 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1905%2520ANOACORDAO%253A2004/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em 20 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 8944/2015**. Relator: Min. Raimundo Carreiro. Brasília, 13 de outubro de 2015. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A8944%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1>. Acesso em 19 mar. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão 207/2002**. Relator: Min. Guilherme Palmeira. Brasília, 14 de maio de 2002. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMAC>

ORDAO%253A207%2520ANOACORDAO%253A2002/DTRELEVANCIA%2520desc
%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2. Acesso em 18 mar. 2017.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. **Decisão 4637/2014**.
Relator: Cons. Paulo Tadeu Vale da Silva. Brasília, 16 de setembro de 2014.
Disponível em: [https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaETCDF&f=form
Principal](https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaETCDF&f=formPrincipal). Acesso em 28 mar. 2017.