

Reparação e sanção no  
controle de atos e contratos  
administrativos: as diferentes  
formas de responsabilização pelo  
Tribunal de Contas\*

*Restitution and punishment in the  
control of administrative acts and  
contracts: the different forms of  
liability by the Court of Accounts*

*Gabriel Heller\*\**

*Paulo Afonso Cavichioli Carmona\*\*\**

---

\* Artigo recebido em 7 de janeiro de 2019 e aprovado em 7 de maio de 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v279.2020.81368>.

\*\* Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil. E-mail: [hellergabriel@hotmail.com](mailto:hellergabriel@hotmail.com). Mestre em direito (Centro Universitário de Brasília, Brasília/DF). Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF). Advogado.

\*\*\* Centro Universitário de Brasília, Brasília, DF, Brasil. E-mail: [paulo.carmona@ceub.edu.br](mailto:paulo.carmona@ceub.edu.br). Pós-doutor (Università del Salento, Lecce, Itália). Doutor em direito urbanístico (PUC/SP). Professor titular do mestrado e doutorado em direito do Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público e Política Urbana do Uniceub. Professor de direito administrativo e urbanístico dos cursos de pós-graduação da FESMPDFT. Juiz de direito (TJDFT).

## RESUMO

O presente artigo diferencia as duas formas de responsabilização pelo Tribunal de Contas no controle dos atos e contratos administrativos: a condenação ao ressarcimento ao erário e a aplicação de sanções. A partir de pesquisa bibliográfica e documental, incluindo legislação e jurisprudência, atribui-se à primeira uma natureza financeiro-civil, da qual decorre um regime jurídico próprio com influxos do direito civil. Já no caso da aplicação de penalidades, defende-se que as sanções a cargo do controle externo têm natureza jurídica financeiro-administrativa e constituem um ramo autônomo do direito punitivo que compartilha, com o direito penal e o direito administrativo sancionador, uma origem constitucional comum, orientada para a proteção e a promoção dos direitos fundamentais.

## PALAVRAS-CHAVE

Tribunal de Contas — controle externo — responsabilização — imputação de débito — sanções

## ABSTRACT

This paper aims to differentiate the two forms of liability by the Court of Accounts in the control of administrative acts and contracts: the order of restitution and the application of punishments. Based on bibliographical and documentary sources, including statutes and judicial rulings, we attribute a financial-civil nature to the former, resulting in a peculiar regulation of its own, influenced by civil law. Regarding the application of penalties, we argue that the external control sanctions have a financial-administrative legal nature and constitute an autonomous branch of punitive law that shares, with criminal law and sanctioning administrative law, a common constitutional origin, oriented for the protection and promotion of fundamental rights.

## KEYWORDS

Court of Accounts — external control — accountability — order of restitution — sanctions

## Introdução

Desconsiderados os valores gastos em despesas com pessoal e com a dívida pública, é relativamente seguro afirmar que a maior fatia do orçamento das diversas unidades da Federação é destinada a gastos com contratos oriundos de processos seletivos, sejam licitações propriamente ditas, sejam hipóteses de afastamento — dispensa e inexigibilidade. Na medida em que o Tribunal de Contas se afigura como órgão constitucionalmente vocacionado ao controle externo da administração pública sob os aspectos contábil, financeiro, orçamentário, patrimonial e operacional, tendo por parâmetros a legalidade, a legitimidade e a economicidade (arts. 70 e 71 da Constituição Federal), revela-se natural que seu trabalho tenha por objeto corriqueiro licitações e contratos.

Densificando as disposições constitucionais, o legislador positivou, na Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações), que à Corte de Contas compete o controle das despesas decorrentes de contratos e demais instrumentos regidos nessa lei, e ampliou a legitimidade de representação perante o órgão, conferindo a qualquer pessoa física ou jurídica essa prerrogativa (art. 113, *caput* e §1º). Embora não parem dúvidas acerca da competência da instituição para imputar débito e aplicar as sanções previstas em lei (art. 71, II, VIII, e §3º, CF), questão mais tormentosa se apresenta no que concerne às possibilidades e aos limites dessas formas de responsabilização de agentes públicos e privados pelo Tribunal de Contas.

Nessa toada, o primeiro obstáculo consiste na adequada categorização das diferentes hipóteses de responsabilização legitimadas pela Carta da República e pela legislação infraconstitucional. Visando superar essa dificuldade, propõe-se uma divisão do gênero responsabilização em duas espécies: a responsabilização-reparação e a responsabilização-sanção. Não se ignora que tanto a imputação de débito quanto a aplicação de penalidades podem ser entendidas, em termos de teoria geral do direito, como “sanção” – consequência estabelecida pelo ordenamento jurídico como reação a uma determinada conduta praticada por um indivíduo;<sup>1</sup> porém, para os fins deste artigo, o uso do termo sanção restringe-se a seu sentido de penalidade.

---

<sup>1</sup> Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado da edição austríaca de 1960. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 37 e 45.

Esse esclarecimento tem importância por considerar-se que boa parte das confusões verificadas na doutrina e na jurisprudência dedicadas ao tema tem origem na abordagem indiscriminada desses distintos modos de responsabilização como “sanção”. Igualmente, o caráter afitivo compartilhado pela imputação de débito, pela aplicação de penalidades e, ainda, pela adoção de “medidas cautelares”<sup>2</sup> conduz a uma série de incongruências na teoria e na prática do Tribunal de Contas.

Trata-se, pois, de formas de *accountability* em finanças públicas, autorizadas expressamente pelo direito positivo pátrio e atribuídas ao órgão de controle externo. Sendo o Tribunal de Contas uma importação do direito continental europeu quando da transição do Império para a República,<sup>3</sup> traçar-se-ão, quando pertinentes, alguns paralelos com Cortes de Contas do Velho Continente, em particular as de França e Espanha.<sup>4</sup>

A primeira parte deste trabalho é dedicada à caracterização da imputação de débito pela Corte de Contas, demonstrando-se sua natureza financeiro-civil, que a aproxima do regime jurídico próprio da responsabilidade civil. Nessa senda, defende-se a aplicabilidade das hipóteses de solidariedade previstas no Código Civil aos casos em que for evidenciada a responsabilidade financeiro-civil do agente; do mesmo modo, advoga-se a dispensa do dolo para configuração do dever de reparar o dano ao erário.

Na segunda e última parte do artigo, apresentam-se as sanções de controle externo como categoria peculiar do direito punitivo, ainda carente de debate aprofundado na doutrina e na jurisprudência.<sup>5</sup> Aborda-se a aproximação entre

---

<sup>2</sup> Para uma crítica à utilização indiscriminada do termo “medidas cautelares” para os provimentos provisórios no âmbito dos Tribunais de Contas, defendendo a adoção, nestes, das categorias próprias do Processo Civil, cf. SCAPIN, Romano. *A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas: das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 166-186.

<sup>3</sup> Cf. BARBOSA, Ruy. Tribunal de Contas. In: BRASIL. Ministério da Fazenda. *Relatório do ministro da Fazenda do ano de 1890*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891. p. 450 e 453.

<sup>4</sup> Na França, primeiro país a estabelecer um Tribunal de Contas (Cour des Comptes), o órgão constitui um dos legados de Napoleão, constando menção a sua lei de criação (Loi du 16 septembre 1807) entre os grandes feitos institucionais do imperador francês, no Hôtel des Invalides, onde jazem seus restos mortais. Acerca da validade e utilidade da comparação jurídica entre os Tribunais de Contas de Brasil e Espanha, cf. HELLER, Gabriel. *Jurisdição e fiscalização do Tribunal de Contas: estudo comparado do controle externo no Brasil e na Espanha*. In: COIMBRA, Wilber Carlos dos Santos (Org.). *Os avanços dos Tribunais de Contas nos 30 anos da Constituição Federal de 1988*. Porto Velho: TCE-RO, 2018.

<sup>5</sup> Dividindo o direito punitivo em direito penal e direito administrativo sancionador, mas afastando deste último as “medidas de responsabilidade na gestão”, cf. OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, passim, e, especificamente, p. 114-116 e 117-120.

as esferas controladora, administrativa e penal no que tange ao sancionamento de agentes faltosos, destacando-se a mitigação da exigência de tipicidade nas duas primeiras. Por derradeiro, discute-se a possibilidade de apenação do agente público por culpa, em face das alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei nº 13.655/2018.

## 1. Da natureza jurídica financeiro-civil da imputação de débito

A competência do Tribunal de Contas para imputar débito está prevista expressamente no §3º do art. 71 da CF, o qual confere a essa decisão eficácia de título executivo. Ao consagrar a possibilidade de a Corte constituir em débito aquele cuja conduta resulte em prejuízo ao erário, a Carta de 1988 instituiu, na “jurisdição de contas”, um meio para efetivação da responsabilidade civil.

Inaugurando o Título IX – “Da Responsabilidade Civil” e seu Capítulo I – “Da Obrigação de Indenizar”, o art. 927 do Código Civil (CC) estabelece que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo; o texto remete expressamente ao art. 186 do mesmo diploma legal, o qual conceitua o ato ilícito como a violação de direito causadora de dano a um terceiro, advinda de “ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”. Vê-se, assim, que o dever de ressarcir os cofres públicos, oriundo de um prejuízo causado à administração, nada mais é que uma obrigação de indenizar.

Por essa razão, sublinha-se que a função da indenização é exclusivamente reparadora dos danos provocados, e não punitiva da conduta. Não à toa, o art. 944 do CC estipula que, em regra, a indenização será medida pela extensão do dano,<sup>6</sup> ao passo que, na sanção — seja penal, seja administrativa —, o grau de culpa do indivíduo interfere decisivamente.<sup>7</sup>

Nada obstante, a ocorrência de prejuízo ao Tesouro não basta, por si só, para atrair a competência julgadora do Tribunal de Contas,<sup>8</sup> sob pena de transformá-lo em sucedâneo das Varas de Fazenda Pública do Poder Judiciário.

---

<sup>6</sup> O parágrafo único do art. 944 autoriza o juiz a reduzir a indenização, caso haja excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano.

<sup>7</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 54.

<sup>8</sup> Para uma análise comparatista acerca do caráter jurisdicional do julgamento de contas pelo órgão de controle externo, cf. Gabriel Heller, *Jurisdição e fiscalização do Tribunal de Contas*, op. cit., p. 23-29.

Com efeito, reconhecer a possibilidade de o órgão de controle externo imputar débito diante de qualquer dano ao erário configuraria indevida extensão de suas atribuições, as quais decorrem, invariavelmente, de sua específica e inconfundível função de controle externo da administração pública.<sup>9</sup>

### 1.1 Do julgamento de contas como condição para a responsabilização-reparação

A simples dicção do referido §3º do art. 71 da CF — “imputação de débito ou multa” — está a indicar a distinção essencial existente entre a capacidade julgadora do Tribunal, no que se refere à recomposição do erário, e sua capacidade de apenação, ainda que ambos os casos importem em dívidas de valor. Porém, como aduzido, a verificação de dano ao erário não constitui condição suficiente para despertar a atuação da Corte de Contas.

A teor dos arts. 70 e 71 da CF, a jurisdição de contas presta-se ao controle externo da administração, e não à proteção do erário pura e indistintamente. Desse modo, a competência de julgar as contas de quem vier a gerar prejuízo ao Tesouro (art. 71, II, *in fine*) só exsurge diante do exercício de função administrativa (em sentido lato) pelo agente público. Isso significa que, se um particular que não possui qualquer vínculo de sujeição especial com a administração pública vier a lesá-la, os caminhos para a reparação serão um processo administrativo ou um processo judicial, mas não um processo de controle externo (ou processo de contas).<sup>10</sup>

De outra monta, tendo o dano sido perpetrado por agente no exercício da função administrativa, de maneira individual ou com a participação de agentes privados, configura-se caso evidente de competência de julgamento de contas pelo órgão de controle externo. Isso porque constituem o objeto do controle externo as práticas da administração pública, destacadamente aquelas que geram dispêndios, como a execução contratual. Entre os casos

<sup>9</sup> HELLER, Gabriel; SOUSA, Guilherme Carvalho e. Função de controle externo e função administrativa: separação e colaboração na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 71-96, maio/ago. 2019. Convém assinalar que a Lei nº 13.655/2018, a qual alterou a LINDB, diferenciou, pioneiramente no âmbito legislativo, as funções — que chamou “esferas” — “administrativa, controladora e judicial” (art. 20, *caput*, da LINDB).

<sup>10</sup> Destacando a excepcionalidade da responsabilização civil de particular no âmbito do Tribunal de Contas sem que haja um agente público no polo passivo, cf. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tomada de contas especial: desenvolvimento do processo na Administração Pública e nos Tribunais de Contas*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 117-118.

típicos que ensejam o julgamento de contas com imputação de débito, podem ser citados o sobrepreço e a realização de pagamentos sem comprovação de entrega de bem ou sem realização de serviço previsto no contrato.

Nessas circunstâncias exsurge a competência da Corte para julgar contas, nos termos do art. 71, II, *in fine*, da Constituição Federal. Veja-se que o constituinte separou a competência genérica de julgar contas em duas espécies: o julgamento ordinário de administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, operado em sede de prestação ou tomada de contas, e o julgamento extraordinário, ensejado por perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

No exercício desta atribuição, a maioria das Cortes de Contas brasileiras, seguindo o paradigma do Tribunal de Contas da União (TCU), adota o procedimento da tomada de contas especial (TCE).<sup>11</sup> A TCE pressupõe a existência de indícios de ocorrência de dano aos cofres públicos,<sup>12</sup> podendo ser instaurada de três formas distintas: 1) pela administração pública, *ex officio*, com remessa do produto de seu processo administrativo ao Tribunal de Contas, para julgamento; 2) pela administração pública, por determinação do órgão de controle externo ou recomendação do órgão de controle interno; 3) pela própria Corte de Contas, em conversão de um processo de fiscalização prévio.<sup>13</sup> Em qualquer caso, havendo ou não a chamada “fase interna” da TCE, que se dá na esfera administrativa, a competência para julgamento é da esfera controladora, isto é, do Tribunal de Contas.<sup>14</sup>

Como estatui o art. 8º da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU — LOTCU), a TCE tem por fim apurar os fatos, quantificar o dano e identificar seus responsáveis, possibilitando que, ao final, haja uma decisão sobre essas

---

<sup>11</sup> CESTARI, Renata Constante et al. Tomada de contas especial: um importante mecanismo de controle no âmbito dos Tribunais de Contas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 111, p. 596, jan./dez. 2016.

<sup>12</sup> Inclui-se entre esses indícios a omissão no dever de prestar contas.

<sup>13</sup> FERRAZ, Luciano de Araújo. Tomada de contas especial, responsabilidade civil e processo administrativo disciplinar. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, a. 3, n. 26, p. 2, abr. 2003. Há, ainda, entes federados em que a TCE pode ser instaurada diretamente pelo órgão de controle interno.

<sup>14</sup> O TCU, por meio de Instrução Normativa, dispensou os órgãos jurisdicionados de lhe encaminhar as tomadas de contas especiais cujo débito apurado seja inferior ao chamado “valor de alçada”, ressalvada a hipótese de determinação expressa de envio. Atualmente, esse valor, no âmbito do TCU, é de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), conforme art. 6º, I, da IN nº 71/2012. O Tribunal de Contas do Distrito Federal editou norma semelhante (Resolução nº 102/1998), com base no §2º do art. 9º de sua Lei Orgânica (Lei Complementar Distrital nº 1/1994).

contas, a qual, imputando débito ou aplicando multa, terá eficácia de título executivo. Ao contrário de seu homólogo espanhol, que tem plena competência jurisdicional no tocante à “responsabilização contábil”,<sup>15</sup> o Tribunal de Contas no Brasil não recebeu autorização para executar seus julgados, cabendo-lhe, assim, tão somente constituir o débito e condenar o responsável.

A TCE assemelha-se, em seus fins, à ação de reparação de danos da seara judicial. Análise comparatista demonstra a pertinência do paralelo: na Europa Continental em geral, o julgamento pela Corte de Contas faz parte do chamado “contencioso administrativo”.<sup>16</sup> À guisa de exemplo, em França, o artigo L315-2 do *Code des juridictions financières* estabelece a competência do Conselho de Estado para julgar o recurso de cassação contra as decisões da Cour des Comptes; em Espanha, o art. 52.2 da Ley 7/1988 (Lei de Funcionamento do Tribunal de Contas) prevê que a *Sala* (Turma) do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo é competente para julgar os recursos de cassação e de revisão interpostos contra sentenças da Corte de Contas.

De todo modo, na forma do aludido art. 8º da LOTCU, a TCE não se restringe aos casos de ocorrência de dano, devendo ser igualmente instaurada nas hipóteses de omissão no dever de prestar contas, de não comprovação da aplicação de recursos repassados pelo ente ou de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos (“prestação irregular de contas”).<sup>17</sup>

A responsabilidade constitui um dever jurídico sucessivo, decorrente da violação de um dever jurídico originário.<sup>18</sup> No âmbito da “jurisdição de contas”, os deveres jurídicos originários, cujo descumprimento enseja a responsabilização, são a aplicação lícita dos recursos públicos, nas finalidades

---

<sup>15</sup> GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. *Tratado de derecho administrativo*. Volumen III: La justicia administrativa. 2. ed. Madri: Tecnos, 2006. p. 353 e 358. Extrai-se esse entendimento da interpretação do art. 117.3 da Constituição Espanhola de 1978 c/c art. 46.1 da Ley Orgánica 2/1982, del Tribunal de Cuentas, e art. 85 da Ley 7/1988, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas. Cf. Gabriel Heller, *Jurisdição e fiscalização do Tribunal de Contas: estudo comparado do controle externo no Brasil e na Espanha*, op. cit., p. 29.

<sup>16</sup> O reconhecimento de que, no Brasil, adotou-se o sistema de jurisdição una, rejeitando-se a ideia de um contencioso administrativo à moda continental europeia, está na origem da disputa doutrinária e jurisprudencial acerca da natureza jurídica do julgamento de contas pelo órgão de controle externo e dos limites de sua revisão pelo Poder Judiciário. A esse respeito, com opiniões divergentes entre si, cf. CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 41-43, e CRETELLA JÚNIOR, José. *Natureza das decisões do Tribunal de Contas*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 24, n. 94, p. 185-189, abr./jun. 1987.

<sup>17</sup> Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *Tomada de contas especial*, op. cit., p. 43-44.

<sup>18</sup> Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, op. cit., p. 24.



específicas definidas legalmente, a correta e fidedigna prestação de contas e, de maneira mais ampla, o dever geral de não causar dano a outrem (*neminem laedere*).

Percebe-se, assim, um plexo de obrigações financeiro-constitucionais — submetido ao controle da Corte de Contas — que recebe o influxo do regime jurídico civilista, na medida em que tem por objeto o patrimônio de uma pessoa jurídica. Por conseguinte, reconhece-se ao julgamento do processo de contas uma natureza financeiro-civil, da qual se extrai a possibilidade de imputação de débito pelo órgão de controle externo.<sup>19</sup>

Tratando-se de hipótese de responsabilidade civil, que independe da ocorrência de uma falta funcional ensejadora de processo administrativo,<sup>20</sup> impõe-se repisar a aplicabilidade de institutos do direito civil no julgamento de contas, com os temperamentos exigidos por sua origem financeiro-constitucional.<sup>21</sup>

## 1.2 Da aplicabilidade da solidariedade civil na responsabilização-reparação

Da letra da lei decorre o conceito de solidariedade passiva, situação em que, na mesma obrigação, concorre mais de um devedor, cada um responsável pela dívida toda (art. 264 do CC).<sup>22</sup> A solidariedade obrigacional é marcada, portanto, pela pluralidade subjetiva e pela unidade objetiva.<sup>23</sup> O dispositivo legal subsequente esclarece que a solidariedade resulta da lei ou da vontade das partes, não podendo ser presumida.

---

<sup>19</sup> Como já referido, as hipóteses de aplicação de punições em decorrência do julgamento de contas serão abordadas no segundo capítulo deste artigo.

<sup>20</sup> Luciano de Araújo Ferraz, Tomada de contas especial, responsabilidade civil e processo administrativo disciplinar, op. cit.

<sup>21</sup> Entre as peculiaridades dos procedimentos de ressarcimento ao erário, destaca-se a imprescritibilidade da pretensão de reparação, a qual foi relativizada pelo STF no julgamento do RE nº 852.475 (ainda sem acórdão publicado), para restringir a imprescritibilidade aos casos de ato ímprobo doloso. Pende de maior análise e debate a questão da imprescritibilidade de ações de ressarcimento ao erário fundadas em decisão do Tribunal de Contas, tema que também teve sua repercussão geral reconhecida no RE nº 636.886.

<sup>22</sup> Por inaplicabilidade prática na esfera do controle de contas, deixa-se de discorrer sobre a solidariedade ativa.

<sup>23</sup> Nobre Junior, Edilson Pereira. Solidariedade e responsabilidade civil. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 528.

Exigindo-se norma expressa — legal ou convencional — para aplicação do instituto civil, cumpre, para os propósitos deste artigo, verificar quais as hipóteses de solidariedade incidentes sobre a jurisdição de contas.

No cume do ordenamento jurídico, a Constituição Federal, identifica-se previsão de solidariedade nos casos em que, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, deixem os responsáveis pelo controle interno de dar ciência à Corte de Contas (§1º do art. 74). Institui-se assim, em harmonia com o dever do controle interno de apoiar o controle externo (art. 74, IV, da CF), uma obrigação de reportar-lhe todas as irregularidades de que venha a tomar conhecimento.

Malgrado o dever de comunicação se aplique a “qualquer irregularidade ou ilegalidade”, a solidariedade propriamente dita só pode incidir nos casos em que houver a imputação de débito. Isso porque, tratando-se de instituto de direito civil, não se confunde com a coautoria do direito punitivo. Obviamente, o agente do controle interno poderá sofrer sanções nas esferas administrativa, controladora e judicial por sua omissão ilícita nos casos em que não houver débito, mas serão relativamente autônomas no tocante à irregularidade originária. Solidariedade significa corresponsabilidade por uma obrigação, não por uma pena. Na aplicação de sanções — não importa em que esfera —, incide o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF).

Na LOTCU, prevê-se a solidariedade da autoridade administrativa que, competente para tanto, deixar de adotar providências com vista à instauração da tomada de contas especial nos casos previstos em lei. Não é demais frisar que a locução “*sob pena* de responsabilidade solidária”, presente tanto na CF quanto na LOTCU, não converte a solidariedade em sanção, em instituto de direito punitivo. Trata-se apenas de expressão da língua portuguesa que explicita uma consequência para um comportamento indesejado,<sup>24</sup> tanto assim que o Código Civil e a legislação civil extravagante são pródigos na utilização da expressão.<sup>25</sup>

De seu turno, a Lei de Licitações também traz algumas previsões específicas de incidência do instituto. São solidários, com base nesse diploma:

---

<sup>24</sup> Em sentido contrário, entendendo que a locução confere caráter punitivo à solidariedade, cf. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, *Tomada de contas especial*, op. cit., p. 267.

<sup>25</sup> Citem-se, exemplificativamente, os art. 308 e 446 do Código Civil e o art. 53 da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Falências). Igualmente reconhecendo a ausência de caráter penal advinda da expressão “*sob pena de*”, o voto do ministro Moreira Alves no HC 77.527/MG, cf. STF. Habeas Corpus. HC 77.527/MG. Tribunal Pleno. relator min. Marco Aurélio. Relator para Acórdão min. Moreira Alves. Julgado em 23/9/1998. Publicado no DJ em 16/4/2004.

1) o agente público e o fornecedor ou prestador de serviço, por dano decorrente de superfaturamento em casos de dispensa e inexigibilidade de licitação (§2º do art. 25); 2) as empresas consorciadas (art. 33, V); e 3) os membros das comissões de licitação pelos atos por estas praticados, ressalvada, neste caso, posição individual divergente devidamente fundamentada e registrada em ata (§3º do art. 51).

Nada obstante, a mais corriqueira fonte de solidariedade fundamenta-se na coparticipação na perpetração de um dano, prevista no art. 942 do CC, ao estatuir que, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação; o parágrafo único desse artigo enfatiza a aplicabilidade do instituto ao dispor que os coautores são solidariamente responsáveis com os autores. Essa é, em verdade, a previsão genérica de solidariedade na responsabilidade civil, que se aplica indistintamente quando houver prejuízo indenizável.

Faz-se importante destacar a dispensa do acordo prévio ou da unicidade das faltas cometidas para que incidam os dispositivos aludidos, porquanto o intuito do legislador foi propiciar o pagamento da reparação com maior rapidez e eficácia.<sup>26</sup> Não há, por conseguinte, a necessidade de a obrigação basear-se numa mesma causa ou fundamento jurídico.<sup>27</sup>

Sublinhe-se que o reconhecimento da solidariedade pela Corte de Contas constitui um dever, não uma faculdade. Isso porque a escolha do devedor de quem o débito será cobrado cabe ao credor — no caso, ao ente, por meio de sua Procuradoria-Geral ou congêneres —, e não ao julgador.

Para concluir a abordagem proposta acerca da responsabilidade financeiro-civil, resta tratar do elemento subjetivo exigido para a imputação de débito.

### 1.3 Da dispensa do dolo para a efetivação da responsabilização-reparação

É cediço que a responsabilidade objetiva, isto é, independente de culpa *lato sensu*, é exceção no ordenamento jurídico brasileiro,<sup>28</sup> a exigir, em regra,

---

<sup>26</sup> Edilson Pereira Nobre Junior, *Solidariedade e responsabilidade civil*, op. cit., p. 532-533. No mesmo sentido, cf. Lyra Junior, Eduardo M. G. de. Notas sobre a solidariedade passiva no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, v. 4, n. 13, p. 38-40, jan./mar. 2003.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>28</sup> Fábio Medina Osório, *Direito administrativo sancionador*, op. cit., p. 372-373 e 377-378; ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 207.

norma expressa (parágrafo único do art. 927 do CC).<sup>29</sup> Não se dá de forma diversa nos casos de dano ao erário apurado pelo Tribunal de Contas, em que inviável a imputação de débito se não verificada a presença de dolo ou de alguma das modalidades de culpa em sentido estrito (negligência, imprudência ou imperícia).

Nessa senda, o fato de se dispensar a unicidade das condutas e o acordo prévio entre os corresponsáveis não autoriza que o órgão de controle, ao julgar contas, atribua débito solidário simplesmente em função da posição hierárquica de determinado agente. A responsabilização reparatória demanda a demonstração de uma ação ou omissão específica da parte do agente, qualificada pelo elemento subjetivo.

Questão controversa diz respeito à possibilidade de se condenar a ressarcimento de dano ao erário nos casos de licitação ou contrato viciados em que constatada a coadjuvação do contratado para a nulidade dos atos. Dispõe o parágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações que “[a] nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados”, ressalvada a hipótese de ser a ilegalidade imputável ao contratado.

Isso significa que, no caso de má-fé do fornecedor ou prestador de serviço, nenhum pagamento seria devido, e, tendo sido feito, deverá ser recuperado.<sup>30</sup> Poder-se-ia objetar que a tese defendida importaria em enriquecimento sem causa da administração, contudo a matéria requer análise mais cuidadosa.

De início, é a própria lei que permite ao erário esse “enriquecimento”, tornando-o, *a priori*, lícito. Ainda assim, seria plausível uma alegação de inconstitucionalidade dessa previsão legal, entre outros fundamentos, por violação ao direito de propriedade; a esta contestação pode-se redarguir com dois argumentos: 1) o contratado, ao praticar atos ilícitos que induzam à nulidade dos procedimentos, assume o risco de não receber contraprestação pelo que realizou; 2) indenizar um fornecedor de má-fé acaba por premiá-lo, porque, na pior das hipóteses, descoberto o vício, não sofrerá qualquer prejuízo, deixando tão somente de auferir lucros.

---

<sup>29</sup> Dispensa-se previsão normativa específica “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (parágrafo único do art. 927).

<sup>30</sup> Em sentido convergente, mas aparentemente ampliando em demasia as hipóteses cabíveis de ressarcimento ao erário, cf. MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. Dano ao erário em hipóteses de licitação ou contrato viciado. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 254, p. 29 e 32, maio/ago. 2010.

Mais relevante, para os propósitos deste trabalho, do que abordar casos específicos como o referido, é analisar se as mudanças operadas na LINDB pela Lei nº 13.655/2018 alteraram a possibilidade de responsabilização por dano ao erário em que presente apenas alguma das modalidades de culpa *stricto sensu*.

O art. 28 da LINDB estabelece que “[o] agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Uma leitura apressada desse dispositivo poderia levar à ideia de que o Tribunal de Contas ou mesmo o Poder Judiciário não poderia imputar débito ao agente em caso de negligência ensejadora de dano ao erário, por exemplo, mas apenas diante de dolo ou de erro grosseiro. Todavia, não parece ser essa a inteligência da lei.

Como se repete amiúde, não se interpreta o direito “em tiras”,<sup>31</sup> isto é, nenhum texto legal deve ser aplicado isoladamente, de forma destacada do conjunto do ordenamento jurídico, que constitui verdadeiro sistema. O mesmo se passa com o enunciado normativo sob exame, que merece interpretação sistemática.

A responsabilização-reparação veiculada pelo Tribunal de Contas possui, pelas razões já expostas, natureza financeiro-civil, aplicando-se-lhe, em regra, o regime jurídico civilista, com os temperamentos demandados pelo direito público, inclusive quanto ao âmbito de competência da Corte, como mencionado. Trata-se de responsabilidade subjetiva, decorrente do princípio geral do *neminem laedere* ou do dever de prestação de contas, tendo como pressuposto a conduta culposa em sentido lato (dolo ou culpa em senso estrito).

Logo, a assunção de que a LINDB teria excluído a responsabilização-reparação do agente público por culpa constituiria admissão de um privilégio que ofenderia a ideia de proteção do erário trazida no bojo da Constituição (art. 34, VII, *d*, §5º do art. 37 e art. 71, II e VIII) e contrariaria o §6º do art. 37, o qual prevê o direito de regresso do Estado em face do agente responsável por dano nos casos de dolo ou culpa;<sup>32</sup> mais importante, violaria patentemente a isonomia.

---

<sup>31</sup> GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 86-87.

<sup>32</sup> Para uma crítica do art. 28 da LINDB, apontando, em especial, a inconstitucionalidade por violação ao §6º do art. 37, cf. OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Alterações à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e controle. In: PINTO, Élica Graziane et al. *Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 80-86.

Assim se afirma porquanto, ao relativizar a imputação de débito decorrente de negligência, imperícia ou imprudência, estar-se-ia alçando o agente público a uma categoria especial de cidadão, daqueles que não respondem por dano ao erário perpetrado culposamente; criar-se-ia, com isso, um privilégio inaceitável justamente para aqueles que têm um dever especial de bem cuidar do patrimônio público. Evidentemente não foi essa a intenção da Lei nº 13.655/2018 — e nem poderia ser —, eis que deturparia ainda a normativa civil, a qual, diferentemente da penal, equipara, em regra, a culpa ao dolo para fins de reparação, não fazendo distinção sequer entre os graus de culpa.<sup>33</sup>

Ante o exposto, entende-se juridicamente hígida a responsabilização-reparação, isto é, a imputação de débito a agente público com fundamento em dano ao erário causado culposamente. Reserva-se o art. 28 da LINDB, por conseguinte, à responsabilização-sanção, objeto da segunda e última parte deste trabalho.

## 2. Da natureza jurídica financeiro-administrativa das sanções de controle externo

Nem todo desvio normativo gera dano financeiro direto e quantificável à administração pública, nem as competências do Tribunal de Contas são restritas ao aspecto estritamente financeiro. A Constituição Federal estipulou que a Corte de Contas, em auxílio finalístico ao Poder Legislativo e no exercício de atribuições próprias e indelegáveis, seria incumbida da fiscalização da administração pública sob os aspectos contábil, patrimonial, orçamentário, operacional e financeiro (arts. 70 e 71 da CF).

Por um lado, o texto constitucional amplia enormemente o objeto do controle sob encargo do Tribunal, abrangendo “tudo que envolva ou possa eventualmente envolver qualquer montante de receita ou de despesa pública, de qualquer natureza ou espécie, a qualquer título”,<sup>34</sup> por outro lado, limita-o, restando claro que “Corte de Contas não é Conselho de Estado”,<sup>35</sup> no sentido de que não tem competência sobre toda e qualquer matéria atinente

---

<sup>33</sup> Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, op. cit., p. 62.

<sup>34</sup> GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 197.

<sup>35</sup> SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 181.

à administração pública, tampouco constitui sucedâneo do Poder Judiciário, isto é, não lhe compete assegurar a proteção de direitos subjetivos ou interesses pessoais de quem quer que seja.<sup>36</sup>

Vislumbram-se, assim, dois objetivos básicos subjacentes à atuação da Corte de Contas: proteção do erário e promoção da boa administração pública.<sup>37</sup> O erário e a boa administração afiguram-se, portanto, como os bens jurídicos tutelados pelo órgão de controle externo; para o resguardo desses bens jurídicos, além de atribuições fiscalizatórias e mandamentais, foi conferido ao Tribunal um poder sancionatório, previsto no art. 71, VIII, da CF.

De acordo com o texto constitucional, incumbe à Corte “aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei”, inclusive “multa proporcional ao dano causado ao erário”. Enquanto sanções que são, por certo se enquadram no denominado “direito punitivo”;<sup>38</sup> contudo, seja por sua configuração própria, seja pela especificidade do órgão aplicador, seja ainda pelo elemento teleológico que a caracteriza, a responsabilização-sanção no âmbito do Tribunal de Contas tem natureza jurídica ímpar, financeiro-administrativa.

## 2.1 Da aproximação das esferas controladora, administrativa e penal na responsabilização-sanção

Assim como a responsabilidade por ressarcimento na esfera controladora se aproxima da responsabilidade civil, a sanção na esfera controladora se aproxima da sanção no direito penal e no direito administrativo sancionador, estes constituindo espécies do gênero direito punitivo. Tal aproximação implica o reconhecimento de que as espécies não se confundem, mas possuem

---

<sup>36</sup> Luciano de Araújo Ferraz, Tomada de contas especial, responsabilidade civil e processo administrativo disciplinar, op. cit. Versão digital.

<sup>37</sup> Em sentido semelhante, Willeman aponta três objetivos específicos para instituições de controle como o Tribunal de Contas: responsabilização de agentes por desvios e comportamentos inadequados, exigência de prestação de contas dos gestores públicos e acompanhamento da implementação de políticas públicas, para assegurar que os planos e programas governamentais alcancem seus desígnios. Cf. WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 64.

<sup>38</sup> Ao rejeitar a existência de um *ius puniendi* estatal unitário, Fábio Medina Osório fala em “um tipo distinto de unidade, baseada no reconhecimento das diferenças e do núcleo básico de fundamentação das regras e princípios com conteúdos comuns ao Direito Punitivo”; cf. Fábio Medina Osório, *Direito administrativo sancionador*, op. cit., p. 140.

conteúdos comuns e princípios gerais aplicáveis a todas as searas, ainda que eventualmente suas consequências efetivas difiram conforme o caso concreto.

O que há de unidade nos ramos do direito punitivo é sua “comum origem constitucional”, de que decorrem comandos de ação e omissão a limitar a discricionariedade dos decisores na aplicação de penalidades, tendo em vista o dever determinante de promoção e proteção de direitos fundamentais.<sup>39</sup> Logo, os órgãos administrativos e controladores são impedidos de considerar ilícitas condutas que a lei não vede e de aplicar sanções não previstas em lei (art. 5º, XXXIX, da CF), assim como não podem cobrar dos herdeiros as multas punitivas aplicadas a agente que venha a falecer (art. 5º, XLV, da CF). No tocante a esta última proibição, deve-se frisar que o fato de a multa ser considerada “dívida de valor” para fins de execução em nada altera sua natureza punitiva — não ressarcitória ou contratual; da mesma forma, sua incidência sobre o patrimônio do sujeito não viabiliza a superação do comando constitucional garantidor de direitos fundamentais e aplicável ao *ius puniendi* estatal como um todo.<sup>40</sup>

Na medida em que não se observa controvérsia acerca do âmbito de incidência do direito penal e da exclusividade do Poder Judiciário para aplicar as sanções próprias desse ramo, cumpre, de pronto, diferenciar as sanções de controle externo das sanções administrativas.

A doutrina que se dedica ao tema não é uníssona no que tange ao conceito de sanção administrativa. Há aqueles que a definem como a sanção decorrente de infração apurada por meio de procedimento administrativo, perante autoridade administrativa, figurando a administração como parte interessada em uma relação jurídica, não tendo força própria de ato jurisdicional,<sup>41</sup> em contrapartida, tem-se os que rejeitam a vinculação do conceito ao órgão aplicador e ao exercício de função administrativa, exigindo, para sua configuração, que os efeitos aflictivos sejam impostos pela administração

---

<sup>39</sup> Fábio Medina Osório, *Direito administrativo sancionador*, op. cit., p. 156 e 219.

<sup>40</sup> No mesmo sentido, cf. oliveira, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 51. Em divergência, cf. AGUIAR, Mauro da Motta. A possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas da União, e a permanência de sua validade, no caso de gestores ou responsáveis que venham a falecer. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006. p. 449-455; BORGES, Maria Cecília. Da aplicação das sanções de multa e ressarcimento ao Erário pelos Tribunais de Contas e de sua transmissibilidade aos sucessores do gestor público falecido. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 11, n. 1, p. 20-23, jan./jun. 2013.

<sup>41</sup> Regis Fernandes de Oliveira, *Infrações e sanções administrativas*, op. cit., p. 34.



pública “materialmente considerada”, pelo Poder Judiciário ou mesmo por corporações de direito público, a pessoas físicas e jurídicas sujeitas ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, “com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo”.<sup>42</sup>

Por qualquer dos conceitos que se adote, as sanções de controle externo não se confundem com as sanções administrativas. Como toda sanção, aquelas aplicadas pelo Tribunal de Contas consistem em um efeito aflitivo imposto a um sujeito como decorrência de um ato ilícito com uma finalidade genérica de prevenção geral e especial, isto é, com o desiderato de, por meio da punição-repressão, evitar que os demais indivíduos e o próprio infrator repitam o comportamento antijurídico. Contudo, o regime jurídico dos Tribunais de Contas, embora abarque, em boa monta, o direito administrativo, a este não é idêntico,<sup>43</sup> mesmo porque o órgão de controle externo não exerce atividades típicas da função administrativa (serviço público, fomento, intervenção e polícia administrativa).<sup>44</sup>

Nessa senda, o poder sancionador do controle externo vincula-se ao que autorizada doutrina denomina “Direito das Responsabilidades”, o qual “pode contemplar riscos e suas variáveis, bem assim graduar obrigações públicas”;<sup>45</sup> como aludido anteriormente, faz parte da *accountability em finanças públicas*. Também a diferenciar a atuação da Corte, o elemento teleológico específico da aplicação de penalidades pelo Tribunal de Contas, na forma estabelecida pelo constituinte, reside na garantia da atuação da administração pública conforme o direito e na garantia de eficácia das decisões da Corte.<sup>46</sup>

Com vista a caracterizar com mais profundidade e acurácia sua competência punitiva, mister se faz examinar a extensão de incidência do princípio da tipicidade na responsabilização-sanção a cargo do Tribunal de Contas.

---

<sup>42</sup> Fábio Medina Osório, *Direito administrativo sancionador*, op. cit., p. 106-107.

<sup>43</sup> Em sentido similar, Fábio Medina Osório, *Direito administrativo sancionador*, op. cit., p. 118 e 120.

<sup>44</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 247.

<sup>45</sup> Fábio Medina Osório, *Direito administrativo sancionador*, op. cit., p. 119.

<sup>46</sup> PELEGRINI, Marcia. *A competência sancionatória do Tribunal de Contas: contornos constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 69-70.

## 2.2 Da mitigação do princípio da tipicidade na responsabilização-sanção

A Constituição Federal submete duplamente a administração pública ao princípio da legalidade: de forma direta, em seu art. 37, a significar que os agentes públicos só atuarão conforme ordenação ou permissão da lei; de forma indireta, no art. 5º, II, ao estatuir que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, denotando que a administração não pode impor ações, omissões ou punições aos indivíduos, salvo mediante previsão legal. O princípio da tipicidade, por sua vez, constitui um grau superior de limitação ao administrador, aplicável ao direito punitivo como um todo, que condiciona o exercício do *ius puniendi* estatal à explicitação em lei do comportamento cujo descumprimento enseja a punição.

A dogmática penal adota o conceito de “tipicidade conglobante”, demandando, para que a conduta seja considerada típica, sua antinormatividade (contrariedade à norma) e sua tipicidade material, isto é, sua ofensividade a bens juridicamente protegidos escolhidos pelo legislador.<sup>47</sup> Com as devidas adaptações e relativizações, acolhe-se essa noção no âmbito do direito administrativo sancionador e das sanções de controle externo, uma vez que importa em concretização do princípio da segurança jurídica, que reclama a certeza e previsibilidade do direito e se mostra tanto mais relevante quanto maior o risco de limitação de direitos fundamentais.<sup>48</sup>

O princípio da tipicidade configura, em suma, uma garantia aos membros da sociedade de que não sofrerão efeitos aflictivos em sua esfera jurídica por condutas que não são explicitamente consideradas ilícitas, bem como uma possibilidade de antecipação das consequências de seus atos. Admite-se, mesmo no direito penal, a existência das chamadas “normas penais em branco”, aquelas que requerem complementação para que se possa compreender seu âmbito de aplicação,<sup>49</sup> e dos “tipos abertos”, os quais, pela impossibilidade de se prever e descrever todas as condutas possíveis, necessitam de complementação pelo intérprete.<sup>50</sup> Se assim é no direito penal, com mais

---

<sup>47</sup> GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral* (arts. 1º a 120 do CP). 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 159.

<sup>48</sup> Em convergência, cf. Marcia Pelegrini, *A competência sancionatória do Tribunal de Contas*, op. cit., p. 76.

<sup>49</sup> Rogério Greco, *Curso de direito penal*, op. cit., p. 20-21.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 168.

razão será nos demais ramos do direito punitivo, que, em regra, envolvem uma menor restrição ao responsável e têm um âmbito de proteção mais reduzido.

A Constituição de 1988 relegou ao legislador a tarefa de estabelecer quais condutas seriam tidas por ilícitas na esfera de controle do Tribunal de Contas e as respectivas punições. Entretanto, ao fazê-lo, o constituinte não concedeu total liberdade ao Poder Legislativo: como se extrai do inciso VIII do art. 71, as sanções de controle externo estão vinculadas à ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas e devem incluir multa proporcional ao dano causado ao erário — obviamente, nos casos em que houver imputação de débito.

Ao cumprir o mandamento constitucional e normatizar as infrações e sanções de controle externo, o legislador fê-lo em caráter evidentemente abrangente. No domínio federal, as infrações que ensejam a responsabilidade financeiro-administrativa são, em resumo: 1) dano causado ao erário (art. 57 da LOTCU);<sup>51</sup> 2) contas julgadas irregulares sem imputação de débito (art. 58, I, da LOTCU); 3) grave infração a norma legal ou regulamentar (art. 58, II, da LOTCU); 4) ato ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário (art. 58, III, da LOTCU); 5) descumprimento de determinação do Tribunal (art. 58, VII, e §1º, da LOTCU); 6) não atendimento a diligência (art. 58, IV, da LOTCU); 7) obstrução ao livre exercício de inspeções e auditorias (art. 58, V, da LOTCU); 8) sonegação de processo, documento ou informação (art. 58, VI, da LOTCU); e 9) “infrações administrativas contra as leis de finanças públicas”: 9.1) deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei; 9.2) propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei; 9.3) deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei; e 9.4) deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo (art. 5º, I a IV, da Lei nº 10.028/2000).<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> Note-se que o dano ao erário dá azo, a um só tempo, à responsabilização-reparação (responsabilidade financeiro-civil) e à responsabilização-sanção (responsabilidade financeiro-administrativa). Neste caso, a multa que se segue ao julgamento pela irregularidade de contas deve ser proporcional ao débito imputado.

<sup>52</sup> LEBRÃO, Roberto M.; GOMES, Emerson C. da S.; MOURÃO, Licurgo. Fiscalização financeira e orçamentária. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de (Coord.-geral). *Lições de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 144. As infrações previstas na LOTCU são, em geral,

A simples leitura desse rol de condutas permite ver que o Parlamento instituiu, em regra, tipos abertos — tão abertos que se encontra na doutrina quem entenda pela existência de “ilícitos atípicos”, os quais, ainda que não violem a Constituição, “enfraquecem garantias relacionadas à legalidade e à tipicidade”.<sup>53</sup> Aqui, prefere-se reconhecer a abertura máxima dos ilícitos, sem considerá-los “atípicos”.

De todo modo, mais do que a abertura dos tipos e sua regulamentação por atos infralegais do Tribunal de Contas, são as espécies de ilícitos que enfrentam oposição doutrinária, a ponto de se lhes atribuir a pecha de inconstitucionais. O cerne da alegação está na vinculação constitucional a “ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas”, a qual impediria a criação, pelo legislador, de infrações que não se identifiquem com esses dois casos, como nas hipóteses de descumprimento de determinação do Tribunal e de obstrução às fiscalizações.<sup>54</sup>

Trata-se, contudo, de argumento frágil, fundado em uma interpretação do direito “em tiras”, inclusive já enfrentado e superado pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>55</sup> É que a função de controle externo da administração pública, exercida pelo Tribunal de Contas em regime de cooperação ou colaboração com o Poder Legislativo, tem objeto amplíssimo e, conquanto enfoque fundamentalmente a análise dos dispêndios e o julgamento de contas, não se restringe a estes; pelo contrário, não se pode falar em decisão sobre despesas ou sobre contas sem que se examinem os atos e procedimentos relacionados com os aspectos sobre os quais recaem as competências da Corte, quais sejam, contábil, financeiro, orçamentário, patrimonial e operacional, e aos parâmetros de exame — legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70 da CF).

Por essa razão, revela-se absolutamente válida a punição de agentes públicos por ações e omissões que atentem, *e.g.*, contra o disposto na Lei nº 4.320/1964 e na Lei de Licitações, que estabelecem os passos que conduzem a uma aplicação adequada e segura dos recursos públicos.

Pelo exposto, constata-se que a Constituição requer que as condutas tipificadas pelo legislador se relacionem, direta ou indiretamente, com vícios

---

repetidas nas leis orgânicas dos demais Tribunais de Contas do país; os tipos previstos na Lei nº 10.028/2000, por sua vez, são aplicáveis a todos os entes, por força do §2º do art. 5º desse diploma.

<sup>53</sup> Fábio Medina Osório, *Direito administrativo sancionador*, op. cit., p. 120.

<sup>54</sup> Nesse sentido, cf. Marcia Pelegrini, *A competência sancionatória do Tribunal de Contas*, op. cit., p. 126-128.

<sup>55</sup> STF. Recurso Extraordinário. RE 190.985/SC. Tribunal Pleno. Relator min. Néri da Silveira. Julgado em 14/2/1996. Publicado no DJ em 24/8/2001.

na realização de despesas ou com a irregularidade de contas. Sendo as respectivas leis orgânicas os diplomas que estatuem os atos e fatos que dão azo ao julgamento pela irregularidade de contas, tem-se que só haverá inconstitucionalidade dos tipos infracionais quando estes não guardem correlação e nexo de pressuposição com as situações ensejadoras de rejeição das contas ou de declaração de ilegalidade do dispêndio.

À guisa de exemplo, tome-se o caso de descumprimento de determinações do órgão de controle: tais comandos só têm lugar diante de violação a normas vinculadas ao seu âmbito de competência (art. 71, IX, da CF); assim, o não atendimento de determinações da Corte implica, ainda que indiretamente, ilegalidade em algum ponto dos procedimentos de despesa ou de prestação de contas. De forma similar, a irregularidade das contas pode dar-se tanto pelo não atendimento a determinações do Tribunal como pela omissão no dever de prestar contas; ora, a obstrução à fiscalização e a sonegação de documentos e informações são formas flagrantes de se violar o dever de prestar contas, não havendo como se concluir pela inconstitucionalidade dos tipos previstos pelo legislador por ofensa ao inciso VIII do art. 71 da CF.

A aceitação, nas esferas sancionatórias administrativa e controladora, de uma mitigação da exigência de tipicidade reclama que se enfatize a incompetência dos órgãos administrativos e controladores para a criação de tipos infracionais ou de sanções, que devem ser sempre previstos em lei. Ainda, cumpre destacar o dever do aplicador do *ius puniendi* de, diante da relativização do “princípio da máxima taxatividade legal”, observar o “princípio da máxima taxatividade interpretativa”, que veda a utilização de analogia *in malam partem*.<sup>56</sup>

Analizada a incidência dos princípios da legalidade e da tipicidade no exercício de competências sancionatórias pelo Tribunal de Contas, resta ainda examinar o elemento subjetivo da infração financeiro-administrativa, a fim de se debater a viabilidade da responsabilização-sanção baseada em culpa *stricto sensu*.

---

<sup>56</sup> ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 207-208.

### 2.3 Da culpa grave como elemento subjetivo da infração sancionável

Até o advento da Lei nº 13.655/2018, jazia pacificado na doutrina e na jurisprudência pátrias que, para a aplicação de sanções financeiro-administrativas, bastava a evidenciação de uma conduta típica culposa por parte do agente público. Exceção a esse entendimento foi delineada pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento de Mandado de Segurança no qual se contestara multa imputada pelo Tribunal de Contas da União a advogado em função da contribuição de seu parecer jurídico para ilegalidade perpetrada em processo administrativo.<sup>57</sup>

Contudo, ao incluir o art. 28 na LINDB, o legislador ofertou ao ordenamento jurídico brasileiro mais uma fonte de insegurança jurídica. Dispondo que “[o] agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”, o enunciado parece sugerir que a *mens legis* seria afastar a responsabilização por atos praticados com negligência, imprudência ou imperícia.

No entanto, análise mais detida induz a conclusão não tão extremada, principalmente levando em conta o veto apostado pelo presidente da República ao §1º do dispositivo, o qual definia “erro grosseiro” de maneira excessivamente ampla e estendia sobremaneira a discricionariedade do gestor, tornando-o virtualmente imune à responsabilização e ampliando a insegurança jurídica.<sup>58</sup> Como reconheceram os próprios defensores do projeto de lei, nos dias que antecederam a promulgação do diploma legal, o “erro grosseiro” previsto na norma abrange a negligência, a imprudência e a imperícia graves.<sup>59</sup> “Culpa grave” deve ser compreendida, pois, como inescusável violação ao dever de cuidado por parte do agente público.<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> STF. Mandado de Segurança. MS 24.073/DF. Tribunal Pleno. Relator min. Carlos Velloso. Julgado em 6/11/2002. Publicado no DJ em 31/10/2003.

<sup>58</sup> O §1º vetado tinha a seguinte redação: “Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais”. O enunciado era, a toda evidência, um salvo-conduto ao agente público para perpetrar ilegalidades e um atentado à função estabilizadora do direito.

<sup>59</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017*. Disponível em: <[www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf](http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018.

<sup>60</sup> A doutrina civilista fala em “grosseira falta de cautela”, em culpa que se avizinha do “dolo eventual do Direito Penal”. Cf. Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, op. cit., p. 62.

Na prática, o caráter “grosseiro” do erro será, inexoravelmente, objeto de análise em cada caso concreto, cabendo ao julgador, após o regular contraditório, fundamentar sua decisão em um ou em outro sentido. Nesse diapasão, entende-se que a responsabilização-sanção a cargo do Tribunal de Contas só é possível quando presente, no mínimo, o elemento subjetivo culpa, qualificado por um grau elevado de reprovabilidade.

Em verdade, sob o ponto de vista do controle externo, pouco ou nada mudou com o advento da nova legislação. Afinal, no âmbito das Cortes de Contas, não pairavam dúvidas acerca do descabimento de apenação nos casos de culpa leve e do dever do julgador de “ponderar a adequação da medida implementada pelo gestor às condições de contorno preexistentes”,<sup>61</sup> como agora reforça o §1º do art. 22 da LINDB.

Se, no direito penal, resta incontestado a excepcionalidade do crime culposos (parágrafo único do art. 18 do Código Penal), na responsabilização-sanção de natureza financeiro-administrativa a infração culposa continua juridicamente hígida e, portanto, possível. Nada mais lógico, na medida em que o agente público, que se presume preparado para as tarefas que voluntariamente assume e consciente de seus deveres legais, tem uma obrigação especial de agir conforme o direito e de bem gerir a coisa pública.

## Conclusão

O Tribunal de Contas constitui órgão de extração constitucional a quem incumbe, em cooperação com o Poder Legislativo, exercer o controle externo da administração pública. As finalidades que caracterizam essa função autônoma e inconfundível são a proteção do erário e a promoção da boa administração.

Com vista a desempenhar seu mister, a *accountability* em finanças públicas, que constitui sua essência, sua razão de ser, a Corte de Contas recebeu da Constituição Federal uma gama de atribuições fiscalizatórias, bem como duas especificamente hábeis a gerar efeitos afliesivos sobre pessoas físicas e jurídicas: a competência para condenar em débito aqueles que causarem dano ao erário e a competência para aplicar as sanções legalmente previstas por atos ilícitos relacionados com seu âmbito de atuação.

---

<sup>61</sup> Benjamin Zymler, *Direito administrativo e controle*, op. cit., p. 208-209.

O presente artigo dedicou-se a identificar as diferenças entre os regimes jurídicos subjacentes ao exercício dessas duas incumbências. Quanto à imputação de débito, concluiu-se tratar-se de responsabilização de cunho reparatório, com intuito de ressarcimento por dano gerado a patrimônio alheio, motivo pelo qual se lhe atribui natureza jurídica financeiro-civil.

Assim, defendeu-se a aplicabilidade do instituto da solidariedade passiva civil, com o incremento das causas de solidariedade previstas nas normas de direito público. Igualmente, depreendeu-se a suficiência da culpa como elemento subjetivo ensejador da responsabilidade, entendendo-se inaplicável à responsabilização-reparação o art. 28 da LINDB, introduzido pela Lei nº 13.655/2018.

No que tange à responsabilização-sanção, demonstrou-se sua natureza financeiro-administrativa, apta a conferir-lhe espaço e finalidades autônomos, ao lado do direito penal e do direito administrativo sancionador, como espécie do gênero direito punitivo. Conquanto não se verifique uma unidade plena no direito punitivo, admite-se uma origem fundamental comum na Constituição Federal, que confere aos seus ramos componentes uma identidade, ao menos no que diz respeito aos propósitos básicos da aplicação de sanções e aos limites impostos aos órgãos competentes nessa seara, de modo a se protegerem e promoverem os direitos fundamentais.

Em decorrência da afinidade e da especificidade identificadas, advogou-se a necessidade de relativização da exigência de tipicidade no campo das infrações financeiro-administrativas, bem como a constitucionalidade dos tipos infracionais aplicáveis pelo Tribunal de Contas. Por derradeiro, concluiu-se pela possibilidade de responsabilização, no âmbito do controle externo, com base em culpa grave, opinando-se que as alterações empreendidas pela Lei nº 13.655/2018, a despeito do risco de insegurança jurídica que geraram, não trarão, se interpretadas sistematicamente e com o zelo devido, prejuízos à eficácia da competência sancionatória do órgão de controle externo.

## Referências

AGUIAR, Mauro da Motta. A possibilidade de aplicação de multas pelo Tribunal de Contas da União, e a permanência de sua validade, no caso de gestores ou responsáveis que venham a falecer. In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Sociedade democrática, direito público e controle externo*. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.



BARBOSA, Ruy. Tribunal de Contas. In: BRASIL. Ministério da Fazenda. *Relatório do ministro da Fazenda do ano de 1890*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1891.

BORGES, Maria Cecília. Da aplicação das sanções de multa e ressarcimento ao Erário pelos Tribunais de Contas e de sua transmissibilidade aos sucessores do gestor público falecido. *Revista Controle*, Fortaleza, v. 11, n. 1, p. 18-28, jan./jun. 2013.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CESTARI, Renata Constante et al. Tomada de contas especial: um importante mecanismo de controle no âmbito dos Tribunais de Contas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, n. 111, p. 587-613, jan./dez. 2016.

CRETILLA JÚNIOR, José. Natureza das decisões do Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 24, n. 94, p. 183-198, abr./jun. 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERRAZ, Luciano de Araújo. Controle externo das licitações e contratos administrativos. *Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 22, nov./dez. 2003. Versão digital.

\_\_\_\_\_. Tomada de contas especial, responsabilidade civil e processo administrativo disciplinar. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, a. 3, n. 26, abr. 2003. Versão digital.

GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto; LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. *Tratado de derecho administrativo*. Volumen III: la justicia administrativa. 2. ed. Madri: Tecnos, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral* (arts. 1º a 120 do CP). 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. *Regime jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

HELLER, Gabriel. Jurisdição e fiscalização do Tribunal de Contas: estudo comparado do controle externo no Brasil e na Espanha. In: COIMBRA, Wilber Carlos dos Santos (Org.). *Os avanços dos Tribunais de Contas nos 30 anos da Constituição Federal de 1988*. Porto Velho: TCE-RO, 2018. p. 17-35.

HELLER, Gabriel; SOUSA, Guilherme Carvalho e. Função de controle externo e função administrativa: separação e colaboração na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 71-96, maio/ago. 2019.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tomada de contas especial: desenvolvimento do processo na administração pública e nos Tribunais de Contas*. 7. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado da edição austríaca de 1960. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEBRÃO, Roberto M.; GOMES, Emerson C. da S.; MOURÃO, Licurgo. Fiscalização financeira e orçamentária. In: OLIVEIRA, Regis Fernandes de (Coord.-geral). *Lições de direito financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 119-151.

LYRA JUNIOR, Eduardo M. G. de. Notas sobre a solidariedade passiva no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, v. 4, n. 13, p. 29-50, jan./mar. 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL nº 7.448/2017*. Disponível em: <[www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf](http://www.sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Parecer-apoio-ao-PL-7.448-17.pdf)>. Acesso em: 19 ago. 2018.

MEDINA, Marcelo Borges de Mattos. Dano ao erário em hipóteses de licitação ou contrato viciado. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 254, p. 27-38, maio/ago. 2010.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Solidariedade e responsabilidade civil. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coord.). *Responsabilidade civil contemporânea: em homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 528-539.

OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. Alterações à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e controle. In: PINTO, Élide Graziane et al. *Política pública e controle: um diálogo interdisciplinar em face da Lei nº 13.655/2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 23-86.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e sanções administrativas*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito administrativo sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PELEGRINI, Marcia. *A competência sancionatória do Tribunal de Contas: contornos constitucionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SCAPIN, Romano. *A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas: das "medidas cautelares" à técnica antecipatória no controle externo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas: possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 177-220.

WILLEMANN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. *Direito penal brasileiro: primeiro volume*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

