

RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS

Conceitos fundamentais

Conduta: a conduta pode ser comissiva, quando o agente praticou uma ação, ou omissiva, quando ele deixou de fazer o que o ordenamento jurídico determinava (ação mandada). Nesse sentido ensina o professor paranaense Juarez Cirino dos Santos, “a ação seria uma realidade empírica conhecível pelos sentidos; a omissão da ação não seria uma realidade empírica, mas uma expectativa frustrada de ação (...) omitir uma ação não significa, simplesmente, não fazer nada, mas não fazer algo determinado pelo direito”¹ (sem grifos no original).

Dano: A responsabilidade do agente depende da prova da existência de um dano jurídico, que se consubstancia na violação das regras impostas pelo ordenamento jurídico vigente.

Nem sempre o dano jurídico vem acompanhado de danos materiais ao Erário. A simples violação de normas ou princípios – mesmo sem que a Administração tenha sido materialmente lesada – já é suficiente para autorizar a atuação desta Corte de Contas e, conseqüentemente, da aplicação de sanções aos responsáveis.

Ou seja, o dano ao erário não é condição imprescindível para a responsabilização dos agentes, nos termos do 87 da Lei Complementar nº113/2005², in *verbis*:

¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2.ed.p. 198.

² **Tampouco o dano ao erário é condição para a instauração de Tomada de Contas Extraordinária**, nos termos do Regimento Interno deste Tribunal de Contas:

Art. 236. O não cumprimento dos prazos fixados em lei, neste Regimento e demais atos normativos do Tribunal, para o encaminhamento de documentos, dados e informações, e na ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, ou ainda da **prática de qualquer ato ilegal**, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, implica na instauração de Tomada de Contas Extraordinária. (grifo nosso)

Art. 262. No curso de fiscalização, se verificado ato ou procedimento de que possa resultar dano ao erário **ou irregularidade**, o dirigente da unidade técnica comunicará ao Presidente ou ao respectivo Superintendente, conforme área de atuação, com instrução conclusiva e

Art. 87. As multas administrativas serão devidas independentemente de apuração de dano ao erário e de sanções institucionais, em razão da presunção de lesividade à ordem legal, aplicadas em razão dos seguintes fatos: (...)

Nexo de causalidade: Pela Teoria da Equivalência das Condições ou *conditio sine qua non*, é considerada causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Portanto, todo o fato que contribuiu, de alguma forma, para ocorrência da irregularidade é considerado causa dessa irregularidade.

No caso concreto, para identificar se uma conduta é causa do evento, deve-se fazer o juízo hipotético da eliminação: imagina-se que o agente não praticou a conduta em análise. Caso essa eliminação hipotética da conduta acarrete o desaparecimento da irregularidade, concluir-se-á que há uma relação de causa e efeito³.

Assim, causa é a condição que não pode ser excluída hipoteticamente sem excluir o resultado.

Nas hipóteses nas quais o agente se omite, a verificação do nexo causal passa por outro raciocínio: hipoteticamente, “se a realização da ação mandada teria evitado o resultado com probabilidade próxima da certeza, então o resultado é atribuído ao agente”.⁴

Elementos subjetivos: Para que a responsabilização do agente, é necessário a comprovação do dolo ou do erro grosseiro (art.28 da LINDB⁵).

O dolo existirá quando ficar evidenciado no processo que o agente sabia e queria praticar a conduta causadora do dano (dolo direto). Também ficará

mediante requerimento protocolado, com suporte em elementos concretos e convincentes, sob pena de responsabilização. (...)

§ 2º O Relator poderá determinar o arquivamento do feito, mediante despacho fundamentado, **ou o seu processamento como Tomada de Contas Extraordinária.** (grifo nosso)

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. 21.ed. p. 217.

⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 2.ed. p. 120.

⁵ LINDB - Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas **em caso de dolo ou erro grosseiro.**

configurado o dolo, quando o agente sabia do risco da sua conduta causar resultados danosos e nada fez para evitá-los, ou seja, assumiu o risco da sua ocorrência (dolo eventual).

O erro grosseiro, por sua vez, deve ser entendido como culpa grave, ou seja, quando o agente pratica conduta com elevado grau de violação ao dever de cuidado⁶.

Ilícitude e Culpabilidade: Na matriz de responsabilidade não foram inseridos os elementos ilícitude e culpabilidade⁷.

Quando o agente pratica um ato irregular, presume-se que houve uma violação do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, que o ato é ilícito⁸. Tal presunção é relativa, cabendo ao próprio agente o ônus de provar o contrário, mais especificamente, produzir as provas de que agiu amparado por uma causa excludente de ilícitude – v.g. estado de necessidade.

O mesmo acontece em relação à culpabilidade, já que o ato irregular e ilícito presume-se, *juris tantum*, culpável, devendo o agente provar eventual causa exculpante (v.g. inexigibilidade de conduta diversa).

Assim sendo, basta para a atividade de auditoria a comprovação de que o agente praticou um fato irregular (conduta, violação a dispositivo normativo,

⁶ Decreto Federal Nº 9.830/2019 - Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

§ 1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com **culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.**

⁷ O Tribunal de Contas da União, por exemplo, traz a elementar *culpabilidade* em seu modelo de matriz de responsabilização (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Padrões de Auditoria de Conformidade. Portaria SEGECEX nº. 26/2009. Brasília: TCU, 2009. Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/controle-externo/normas-e-orientacoes/normas-tcu/auditoria-de-conformidade.htm>>. Acesso em: 28/07/2017).

⁸ A doutrina penal explica que o fato típico (aqui interpretado como ato irregular) tem função indiciária da ilícitude, ou melhor, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt, ao trazer os ensinamentos de Adolf Mezger, "a tipicidade é a *ratio cognoscendi* da antijuricidade, isto é, a adequação do fato ao tipo faz surgir o indício de que a conduta é antijurídica, o qual, no entanto, cederá ante a configuração de uma causa de justificação" (Tratado de Direito Penal, v.1, p. 341).

dano e nexo de causalidade), pois com isso terá que cumprir com o seu dever probatório na instrução preliminar do caso.

A prova de eventual alegação de falta de ilicitude ou da culpabilidade deverá ser trazida pelo agente⁹, quando da sua defesa em eventual processo decorrente da Tomada de contas extraordinária.

⁹ Em relação ao ônus da prova, valiosos são os ensinamentos de Renato Brasileiro: “incumbe à acusação tão somente a prova da existência do fato típico, não sendo objeto de prova acusatória a ilicitude e a culpabilidade. O fato típico constitui expressão provisória da ilicitude e o injusto penal (fato típico e ilícito) é indício da culpabilidade respectiva. Comprovada a existência do fato típico, portanto, haveria uma presunção de que o fato também seria ilícito e culpável, cabendo ao acusado infirmar tal presunção” (Manual de Processo Penal. 5. ed. p. 609).