

# PRINCIPAIS ARGUMENTOS DE DEFESA NOS TRIBUNAIS DE CONTAS

---

*Jorge Ulisses Jacoby Fernandes\**

Tema que vem assumindo relevância, na prática administrativa, são as ações dos Tribunais de Contas relativas as exceções substanciais que dirigem-se ao mérito da demanda e objetivam o julgamento pela regularidade das contas. Isto distingue o procedimento dessas Cortes de qualquer outro tipo de julgamento feito pelos órgãos do Poder Judiciário, que deveria ensejar permanente atenção dos administradores e gestores públicos, a preservarem a instância especial de julgamento de seus atos.

Efetivamente, tendo como missão avaliar a legalidade, em seus julgamentos, essas Cortes especializadas se aproximam das que integram o Poder Judiciário. Apreciando a legitimidade, a economicidade, a eficiência e a eficácia, colocam-se em plena consonância com as mais nobres aspirações da sociedade, que não se conformam com o desperdício, negligência e ineficiência de setores da Administração Pública.

Para o administrador, esse amplo espectro constitui uma garantia de valoração da sua conduta à vista da realidade e das dificuldades em que se encontra o agente na realização de atos concretos para a satisfação do interesse público.

Além de sustentar a regularidade da conduta, podem os envolvidos expender considerações e trazer à defesa argumentos de outras ordens.

Alguns exemplos de defesas substanciais evidenciarão a nobreza da atuação das Cortes de Contas.

## 1.1. Regularidade da conduta

Pode ainda o agente apresentar defesa demonstrando que, nas circunstâncias, não era exigível, juridicamente, outra conduta, ou que a sua não era injurídica.

---

\* É Mestre em Direito Público, Professor de Direito Administrativo, Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, escritor, conferencista e palestrante. Exerceu os cargos de Procurador e Procurador-geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do DF, Juiz do Trabalho do TRT/10ª Região, Advogado e Administrador Postal da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. É autor de vários livros na área de Direito Administrativo, entre eles: **Sistema de Registro de Preços e Pregão**, Ed. Fórum, 2003; **Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência**, Ed. Fórum, 2003; **Responsabilidade Fiscal – questões práticas** – 2ª edição, Ed. Brasília Jurídica, 2002; **Lixo: Limpeza pública urbana sob o enfoque do Direito Administrativo**, Ed. Del Rey, 2001; **Responsabilidade Fiscal, em co-autoria com Carlos Pinto Coelho Motta** – 2ª edição, Ed. Del Rey, 2001; **Contratação Direta sem Licitação** – 5ª edição, Ed. Brasília Jurídica, 2000; **Tomada de Contas Especial** – 2ª edição, Ed. Brasília Jurídica, 1998, entre outros.

Tal hipótese apresenta seu fundamento jurídico no art. 188, do Código Civil Brasileiro.<sup>1</sup>

Esclarece o art. 929: “se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”.

A norma civilista deve ter flexibilizada sua rigidez ao ser transportada para a órbita do Direito Administrativo. Embora não caiba ao agente público deliberar pelo sacrifício de um bem para salvar outro bem ou resguardar um valor jurídico, é ilógico pretender que só sirva de excludente quando a causa do perigo for uma conduta da própria Administração, porque estar-se-ia inviabilizando a excludente de responsabilidade civil.

Nesse largo campo, há uma realidade inafastável: a necessidade de conhecer os fatos, para que a concretização da norma resulte em Justiça.

Um caso elucidará melhor essa defesa: um motorista de uma ambulância, atendendo chamado de emergência, necessitando imprimir maior velocidade em face da gravidade noticiada, acaba por perder o controle do veículo, trazendo prejuízos ao erário pela danificação.<sup>2</sup> É ilustrativo considerar inúmeros aspectos subjacentes ao fato: se, de um lado, um percurso que deveria ser feito com excesso de velocidade justifica o dano, de outro, nada autoriza a imprudência que a pretexto de socorrer um acidente, justifique causar outros acidentes. Só o caso concreto, a perícia e as declarações do agente poderão fazer o julgador efetivar a Justiça.

## 1.2. Quitação

Outra exceção substancial, ou defesa de mérito, é a quitação do débito.

Na ocorrência de um dano ao erário, o agente espontaneamente decidiu pagar o valor correspondente, fazendo jus à declaração de *quitação* pelo Tribunal de Contas.

Na tomada de contas especial, por exemplo, a quitação é um dos principais objetivos, tanto que a citação é feita para o agente pagar ou se defender, mas a sua ocorrência não implica, necessariamente, no julgamento pela regularidade, conforme já foi dito.

A alegação de quitação deve vir acompanhada do respectivo comprovante de ressarcimento do dano.

<sup>1</sup> Que tem a seguinte redação: 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. Vide também arts. 929 e 930.

<sup>2</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 3486196. Processo nº 6.816/94. Parecer do MP/TCDF 521196, de 26 de abril de 1996. Relator: Auditor Osvaldo Rodrigues. Brasília, 07 de maio de 1996. *Diário Oficial do Distrito Federal*, Brasília, DF, 14 maio 1996, pp. 3891 a 3902. Parecer do MP: não publicado.

### 1.3. Outras alegações de defesas

Considerando o amplo conjunto de fatos que justificam a instauração de processo de contas especiais, por exemplo, é possível asserir que a cada um deles corresponderá uma possibilidade de defesa pela correspondente negativa.

Em todas as hipóteses, deve a defesa esmerar-se em trazer aos autos todos os argumentos que possam beneficiar o agente, em virtude do princípio da eventualidade, e juntar as provas das alegações.<sup>3</sup>

#### 1.3.1. Na omissão do dever de prestar contas

Na TCE instaurada por omissão no dever de prestar contas, por exemplo, deverá o agente demonstrar que não foi omissor e as contas foram prestadas, ou que houve uma justa causa para a omissão.

A jurisprudência abaixo elucidará melhor a sistemática de julgamento das Cortes de Contas.

Num processo de TCE, em que se discutia a omissão no dever de prestar contas, o relator do feito, em face do longo decurso de prazo entre o repasse de verbas e a cobrança da prestação de contas e, especialmente, porque o órgão instrutivo não demonstrou que de fato ocorreu o repasse de verbas, decidiu considerar as contas ilíquidáveis sem imputação de débito.<sup>4</sup>

Ainda na defesa, pode o interessado provar que a omissão não pode ser a si imputada. Tal ocorre quando, por exemplo, determinado Prefeito recebe recursos para serem aplicados em um trabalho que se protraí no tempo, transferindo-se para a gestão seguinte. Nesse caso, a responsabilidade pela prestação de contas nasce, não havendo disposição em contrário, com o encerramento da atividade, devendo o Prefeito sucessor providenciar o cumprimento.<sup>5</sup> Muitas vezes, no entanto, continua inscrita como responsável a autoridade

<sup>3</sup> No Processo, que gerou a Decisão 17/1996, a defesa foi rejeitada porque veio aos autos desacompanhada de documentos que comprovassem as alegações do interessado: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 17/1996 – Segunda Câmara. Processo nº TC-279.100/93-0. Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 08 de fevereiro de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 fev. 1996, Seção 1, p. 2927.

<sup>4</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 48/1996 – Primeira Câmara. Processo nº TC-724.095/93-4. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto. Brasília, 19 de março de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 abr. 1996, Seção 1, p. 5542.

<sup>5</sup> Tribunal de Contas da União. Portaria nº 486-GP, de 26 de outubro de 1998. Aprova o manual de recursos do Tribunal de Contas da União. *Boletim do Tribunal de Contas da União*, Brasília, DF, 27 out. 1998 - edição especial. Segundo registro constante à p. 30 do Manual de Recursos do Tribunal de Contas da União, aprovado pela portaria retromencionada, ao Prefeito sucessor cabe a aplicação e a comprovação dos recursos a ele transferidos pelo ex-Prefeito, e por eles responder, dado o princípio da continuidade administrativa. Precedentes nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 27/1992 – Plenário. Processo nº TC-005.082/91-9. Relator: Ministro Homero Santos. Brasília, 12 de fevereiro de 1992. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 fev. 1992, Seção 1, p. 2591. No mesmo sentido sumulou o TCU: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula 230. Compete ao prefeito sucessor apresentar as contas referentes aos recursos federais recebidos por seu antecessor, quando este não o tiver feito ou, na impossibilidade de fazê-lo, adotar as medidas legais, visando ao resguardo do patrimônio público com a instauração da competente Tomada de Contas Especial, sob pena de co-responsabilidade. *Diário Oficial da União*, 03 jan. 1995.

signatária do ajuste, que deve, diante da omissão de seu sucessor, arguir o fato em sua defesa.<sup>6</sup>

Nesse último caso, no processo judiciário, a exceção seria peremptória, porque acarretaria a extinção da relação processual pretendida pelo autor, mas, em sede de TCE, é exceção substancial, vez que os autos da TCE terão curso normal até alcançar o responsável omissor.

Ainda é possível que o agente venha a ser citado para se defender de omissão no dever de prestar contas quando já as tenha prestado. De fato, eventualmente, órgãos repassadores de recursos extraviam processos, ensejando instauração de TCE. Possuindo o responsável prova protocolar de haver entregue os documentos relativos à prestação, mesmo que já não possua mais cópias dos comprovantes, pode apresentá-la em sua defesa.<sup>7</sup>

### 1.3.2. Ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico

Se o processo foi instaurado por dano ao erário decorrente de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico, deverá o agente comprovar que:

- inexistiu o dano; ou
- o ato era legal, revestindo-se de legitimidade ou economicidade; ou
- houve um motivo jurídico ponderável para a violação da lei ou da economicidade.

As exceções substanciais, ou contestação de mérito, dirigem-se precisamente para o mérito da demanda, e na medida em que o agente acusado tem a adequada noção do que a Corte considera irregular, poderá elaborar com mais eficácia sua defesa.

Para ilustrar o assunto, citam-se os seguintes casos:

- o TCU, reconhecendo que uma questão jurídica era de alta complexidade, sendo razoável a adoção de interpretações diferentes, oriundas de pareceres jurídicos, deixou de aplicar multa e punir os agentes envolvidos;<sup>8</sup>
- como ato antieconômico pode ser citado o fato em que determinado agente recebeu recursos para o cumprimento de um convênio em valor insuficiente para o cumprimento das metas a serem atingidas, alegando que promoveu contatos junto ao órgão repassador, com vistas à devolução dos créditos, deixando o valor depositado em conta vinculada, sem qualquer movimentação.

<sup>6</sup> Nesse sentido, o Processo que gerou o acórdão 6/1996: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão 6/1996 – Plenário. Processo nº TC-349.076/93-6. Relator: Ministro Homero Santos. Brasília, 31 de janeiro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 fev. 1996, Seção 1, p. 2908.

<sup>7</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 667/95 – Plenário. Processos nºs TC-007.590/90-3; TC-279.038/94-1; TC-279.093/94-2; TC-279.103/94-1 e TC-279.145/94-2. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. Brasília, 12 de dezembro de 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 dez. 1995, Seção 1, p. 22566.

<sup>8</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 326/1995 – Plenário. Processo nº TC002.521/95-1. Relator: Ministro Homero Santos. Brasília, 12 de julho 1995. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 1 ago. 1995, seção 1, p. 11513.

Examinando a defesa, o Ministério Público junto ao TCU, na autorizada palavra do Dr. Ubaldo Alves Caldas, obtemperou que “há excludente de responsabilidade, gerada a partir da não movimentação da conta bancária [...] provando que o dinheiro não foi retirado da conta sem movimentação - de 30.01.90 a 12.07.94 - até que, com a inflação, desvalorizou-se totalmente, zerando em julho de 1994”. A Corte, apreciando a omissão no dever de prestar contas, e tendo em consideração o princípio da economicidade, julgou regular, com ressalvas, o presente caso;<sup>9</sup>

- como atos ilegais, ainda podem ser citados casos em que os recursos foram aplicados em finalidades diversas das estabelecidas pela lei ou ajuste promovido entre os órgãos, como o convênio. Esse é um dos pontos em que a jurisprudência ainda não se consolidou definitivamente, havendo pelo menos três vertentes de pensamento nos Tribunais em geral, inclusive no TCU. A primeira, sustentando que se os recursos foram empregados em proveito da comunidade, sem que haja qualquer indício de locupletamento, deve ensejar a regularidade com ressalvas;<sup>10</sup> a segunda, exigindo que sejam aplicados em objeto semelhante;<sup>11</sup> a terceira, inadmitindo o desvio de finalidade e julgando irregulares as contas.<sup>12</sup>

### 1.3.3. Ausência de comprovação da irregularidade, cerceamento de defesa e contas ilíquidáveis

Conforme ficou assentado, o ônus da prova compete à administração, como regra, devendo o agente, porém, provar os atos de gestão documentadamente, guardando os comprovantes e os termos de guarda de material. Já averbou o Ministro Adhemar Paladini Ghisi: “vale lembrar que, em se tratando de recursos públicos, cabe ao responsável comprovar sua boa e regular aplicação, ou seja, é dele o ônus da prova”<sup>13</sup> Na área de licitações e contratos,

<sup>9</sup>BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 24/96 – Segunda Câmara. Processo nº TC-399.114/94-7. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Brasília, 08 de fevereiro de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 fev. 1996, Seção 1, p. 2927.

<sup>10</sup>BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 387/1995 – Segunda Câmara. Processo nº TC-224.036/91-2. Relator: Ministro Paulo Afonso Martins de Oliveira. Brasília, 30 de novembro de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 dez. 1995, Seção 1, p. 20842.

<sup>11</sup>BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 1/1996. Processo nº TC-020.570/92-9. Relator: Ministro Homero Santos. Brasília, 23 de janeiro de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 fev. 1996, Seção 1, p. 1922.

<sup>12</sup>O TCU já deixou assentado que, mesmo quando os recursos são insuficientes para cumprir o programa, não é possível à entidade que recebe, promover o desvio. Nesse sentido, a relevante manifestação da SECEX/PI, acolhida pelo Ministro-substituto Lincoln Magalhães da Rocha: “7. Quanto à alegação inicial acerca da insuficiência dos recursos para o atingimento pleno do objeto pactuado, à constatação deste fato deveria ter sido proposta pelo conveniente a reformulação do Plano de Trabalho previamente definido, a fim de regularizar tal situação, conforme preceitua o subtítulo 14 da IN/SFN 03, de 27.12.90, vigente à época. A inexistência de tal procedimento torna a situação irregular, vez que à entidade executora não compete a alteração unilateral do plano de trabalho”. Foi julgada irregular a TCE e ordenada a devolução dos recursos gastos com desvio de finalidade. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 58/1996 – Primeira Câmara. Processo nº TC-549.017/94-1. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 26 de março de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 abr. 1996, Seção 1, p. 6007.

<sup>13</sup>Excerto do voto proferido no processo BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 383/1995. Segunda Câmara. Processo nº TC-424.021/93-5. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Brasília, 30 de novembro de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 dez. 1995, Seção 1, p. 20842

do mesmo modo, a demonstração da regularidade dos atos praticados cabe aos agentes envolvidos, por força de expressa previsão legal.<sup>14</sup>

Tendo por dever a guarda de bens, não pode prosperar a alegação de defesa. Um exemplo: “se não foram encontrados os documentos que possibilitariam o controle, essa falta não pode ser atribuída ao então Secretário, que não tinha competência para a prática de atos nessa área”, porque o agente público fica responsável pela guarda dos documentos, devendo estar sempre atento a esse fato. Só uma cultura subdesenvolvida justificaria que alguém, recebendo recursos de terceiros, não se preocupasse com o momento lógico subsequente: a prestação de contas.

É comum, notadamente quando há mudança de ordenador de despesa na unidade, que a autoridade, deixando o cargo, procure eximir-se do dever de prestar contas sob o singelo argumento de que os comprovantes estão no órgão, ou que não lhe compete mais qualquer ato. Em verdade, o ordenador de despesas só se exonera de sua responsabilidade após julgadas as contas pelo respectivo Tribunal de Contas.<sup>15</sup>

O Tribunal de Contas da União tem dado tratamento diferenciado ao tema segundo as circunstâncias, havendo até matéria sumulada a respeito, fato que não inibe a particularização de determinados casos, segundo suas peculiaridades. Assim, a alegação, desprovida dos respectivos comprovantes, equivale à ausência de prova, ensejando a condenação em contas irregulares.<sup>16</sup> Já a alegação que indica o local onde se encontram os comprovantes, inacessíveis ao defendente por razões justificáveis, pode autorizar que o julgamento seja convertido em diligência para que sejam colhidos.<sup>17</sup> Deve o interessado, portanto, comprovar a boa aplicação de recursos, precavendo-se contra a omissão de seu sucessor no cargo, guardando a prova em arquivo público e, dependendo das circunstâncias, até em seu particular acervo.

O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que a prova da regularidade das contas é da pessoa que gere a entidade, ao tempo da aplicação dos recursos. No TCU, o entendimento é o seguinte: “o dever de prestar contas, no caso, não é da entidade, mas da pessoa física responsável por bens e valores públicos, seja ele agente público ou não”.<sup>18</sup>

<sup>14</sup> BRASIL. Lei nº 8.666/93, art. 113.

<sup>15</sup> Nesse sentido: BRASIL. Decreto-lei nº 200/67, art. 80.

<sup>16</sup> No Processo a seguir a defesa foi rejeitada porque veio aos autos desacompanhada de documentos que comprovassem as alegações do interessado. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 17/1996 – Segunda Câmara. Processo nº TC-279.100/93-0. Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 08 de fevereiro de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 fev. 1996, Seção 1, p. 2927.

<sup>17</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 106/1992 – Plenário. Processo nº TC-014.161/87-7. Relator: Ministro Paulo Afonso Martins de Oliveira. Brasília, 02 dezembro de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 dez. 1992, Seção 1, p. 18341; Em especial, o despacho de 5 de setembro de 1991, transcrito no voto do Ministro Néri da Silveira in BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Civil. Mandado de Segurança nº 21.644-1. Relator: Ministro Néri da Silveira. Brasília, 10 de setembro de 1993. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 08 nov. 1996, Seção 1, pp. 6303-6305.

<sup>18</sup> *Ibidem citatum supra*.

Não só a principiologia do Direito Público se encontra nessa linha de entendimento. Várias normas dispõem no mesmo sentido.<sup>19</sup>

Mas pode ocorrer que, no curso das apurações, a instrução faça inferências, como, por exemplo: o veículo trafegava em alta velocidade; o agente, reiteradamente, é negligente na guarda da coisa pública; o recibo é falso; os recursos foram movimentados na conta particular do agente. Mesmo que não constitua motivo capital para a condenação, integrando apenas o contexto da conduta, tem direito o defendente de argüir a irregularidade pela insatisfação do ônus da prova e pleitear o arquivamento dos autos por “ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo”.<sup>20</sup>

Outra alternativa: o defendente requer à Corte, no prazo para contestação, a indicação precisa dos fatos em que se baseia a acusação, pedindo reabertura do prazo para defesa.<sup>21</sup>

### 1.3.4. Falhas estruturais

Como regra, todos os agentes públicos têm responsabilidade funcional perfeitamente definida. Os superiores hierárquicos recebem um acréscimo pecuniário pelo maior nível de responsabilidade no desempenho de suas funções.

Pode ocorrer, no entanto, que a estrutura da organização ou a quantidade ou qualidade do efetivo no órgão sejam incompatíveis com a atividade. Desse modo, a causa da irregularidade seria imputável à deficiência da “estrutura” do serviço(falha estrutural). Para que tal se caracterize é necessário verificar/demonstrar que a falha é causa da irregularidade e condição insuperável à vontade do agente.

É possível, portanto, a isenção quando o agente toma, formalmente, junto ao superior hierárquico, providências para o resguardo do erário e, periodicamente, reitera-as, cientificando-o, por exemplo, da necessidade de colocar vigilantes em determinado ponto do estabelecimento, colocar fechaduras em uma porta, baixar instrução obrigando realização de perícia quando houver acidente com veículos da repartição. Com tal providência, o agente demonstra zelo, ao cobrar dos seus superiores hierárquicos as providências cabíveis, e transfere o vínculo da responsabilidade funcional.

<sup>19</sup> Dispõe o Decreto-lei nº 200/67, no art. 78, § 5º: “Os documentos relativos à escrituração contábil dos atos de receita e despesas ficarão arquivados no órgão de contabilidade analítica e à disposição das autoridades responsáveis pelo acompanhamento administrativo e fiscalização financeira e, bem assim, dos agentes incumbidos do Controle Externo, de competência do Tribunal de Contas (*opus citatum* nota de rodapé 95). No mesmo sentido o Decreto federal nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986. Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. 24 dez. 1986. Art. 139, § 4º.

<sup>20</sup> Nesse sentido: Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, art. 163, em vigor.

<sup>21</sup> BRASIL Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão 56/1996 – Primeira Câmara. Processo nº TC-575.992/90-5. Relator: Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 26 de março de 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 abr. 1996, Seção 1, p. 6007. No relatório há referência à decisão que dilatou o prazo para que a defesa tivesse acesso às informações necessárias para instrumentalizar sua resposta.

Nesse contexto, no desempenho das funções institucionais do Ministério Público, inadmitimos, em princípio, a alegação de que a irregularidade das contas possa ser atribuída a deficiências estruturais do órgão - carência de recursos humanos e materiais etc -, pois constituiria um contra-senso pagar pelo maior nível de responsabilidade e permitir que o agente, no momento de responder pelos fatos, exima-se de suas obrigações. Ademais, tal possibilidade constituiria porta aberta para infundáveis alegações e exculpação plena.

No âmbito do Tribunal de Contas do Distrito Federal, sistemática orientação nesse sentido resultou em providências eficazes em relação aos furtos em escola pública: alguns diretores, administrando o serviço de vigias e sendo compreensivos com eventuais dificuldades desses servidores, acabavam por liberá-los algum dia do serviço; noutros casos, os diretores eram omissos em requerer “folguista” para suprir as férias de um vigia. Passando o TCDF a cobrar dos diretores as providências para a regular guarda dos bens, inclusive a formalização junto aos superiores hierárquicos e, noutra etapa do trabalho, as providências desses superiores junto aos seus superiores, a ação do Controle Externo percorreu a linha hierárquica e obteve, de fato, extraordinária redução dos furtos nas escolas.

Outro exemplo relevante de aplicação da defesa “falha estrutural” ocorre em relação aos convênios envolvidos em repasse de recursos. Além de descumprir a promessa formal do repasse, a falta de orientação e assistência técnica, quando compromissadas, podem exonerar inclusive o dever de ressarcir.

Com a habitual acuidade argumenta o Ministro-substituto Lincoln Magalhães da Rocha:

Assim, considerando que os novos elementos trazidos aos autos deixam claro que a ausência de ressarcimento da dívida contraída se deve ao fracasso do empreendimento implantado com a importância recebida, sendo certo que a ausência da prometida assistência técnica por parte do órgão repassador concorreu para esse desfecho e coerente com os inúmeros julgados (acórdãos 15/97 – 2ª Câmara – TC 700.029/96-6; 75/97- 2ª Câmara – TC – 700.460/95-0; 304/95 – 2ª Câmara TC 649.014/94-4; 662/97 – 2ª Câmara – TC 700.015/96-5; 120/98 – 1ª Câmara – TC 012.097/96-9 e 19/8 – 2ª Câmara – TC 000.989/97-5), excusando-me por dissentir do posicionamento da douta Procuradoria, acolho o parecer da SECEX/MT e voto por que o Tribunal adote o acórdão que ora submeto à consideração desta 1ª Câmara.<sup>22</sup>

No mesmo sentido, o Tribunal de Contas, após exonerar de responsabilidade os agentes envolvidos, decidiu por determinar correções, visando inibir a repetição do voto.<sup>23</sup>

<sup>22</sup>BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 31/2001 – Primeira Câmara. Processo nº TC-425.034/1998-4. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, DF, 06 de fevereiro de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 15 fev. 2001, seção 1, p. 109.

É importante notar que a formalização da requisição de providências não pode ser elidida com a afirmação de que o servidor sabe que, se assim tivesse procedido, nenhum resultado alcançaria. Pelo contrário, tal atitude revela acomodação, incompatível com a função daqueles que têm o dever de zelar permanentemente pelo interesse público.

Daí porque chegamos a ser raros os casos em que as Cortes de Contas acolhem a alegação de falha estrutural ou carência de recursos humanos ou materiais para isentar o servidor.

Em algumas oportunidades, reconhecendo a falha estrutural, o Tribunal tem relevado a irregularidade e ordenado as providências tendentes à correção.<sup>24</sup>

Registra-se, a título ilustrativo, voto do Ministro Adhemar Paladini Ghisi, na qualidade de revisor de acórdão:

Parece-me, assim, que, ante a possibilidade então aventada, não restava a este Tribunal outra alternativa a não ser sobrestar estas contas. Mas, uma vez afastada qualquer hipótese de locupletamento, após rigorosas investigações tanto em nível da Justiça Federal como da Receita, injusto, entendo, seria punir o recorrente por fatos que sofreram influência direta da carência dos recursos humanos e materiais disponíveis naquele serviço, o que, sem dúvida alguma, concorreu decisivamente para a verificação das diversas falhas formais apontadas.<sup>25</sup>

Em outra oportunidade, o TCU, no voto do Ministro Humberto Guimarães Souto, ponderou a questão da falha estrutural como possibilidade de excluir a culpa do agente pela inobservância de prazo, valendo transcrever o seguinte excerto:

Constata-se, destes autos, que o principal motivo alegado pelo recorrente para o não cumprimento do prazo assinalado pelo Tribunal foi a fragilidade estrutural do FNDE.

<sup>24</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 1135/2002 – Plenário. Processo nº TC-007.407/2001-3. Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 04 de setembro de 2002. *Diário Oficial da União*, 13 set. 2002, seção 1, pp. 97/101.

<sup>25</sup> *Ibidem citatum supra*.

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas. Acórdão nº 27/1996 – Plenário. Processo nº TC-674.018/85-0. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 13 de março de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 mar. 1996, seção 1, p. 5005. No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas. Acórdão nº 145/1994 – Plenário. Processo nº TC-625.131/93-2. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Brasília, 07 de dezembro de 1994. *Diário Oficial da União*, 29 dez. 1994, p. 20989; BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 345/1994 – Primeira Câmara. Processo nº TC-600.429/91-1. Relator: Ministro Olavo Drummond. Brasília, 06 de setembro de 1994. *Diário Oficial da União*, 21 dez. 1994, p. 20146; BRASIL. Tribunal de Contas da União. Representação. Decisão nº 914/1999 – Plenário. Processo nº TC-002.096/1998-6. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Brasília, 08 de dezembro de 1999. *Diário Oficial da União*, 21 dez. 1999.

Observo que o fato de a autarquia apresentar falhas em sua estrutura não elide e nem justifica o não atendimento das solicitações dos órgãos responsáveis pela fiscalização dos recursos públicos. Prevalecendo esse entendimento, a ação fiscalizadora do Tribunal ficaria prejudicada à vista de particularidades administrativas de cada órgão e/ou entidade da Administração Pública.

Por outro lado, verifico que o Sr. [...] somente tomou posse no cargo em janeiro de 1995, sendo compreensível que não tivesse pleno conhecimento da denúncia tratada nestes autos, acrescentando-se o fato relevante do número de processos que dependem de informações daquele órgão.

Considerando que o recorrente demonstrou, em seu recurso, toda a sua preocupação acerca da necessidade de um pronto atendimento às solicitações dos órgãos fiscalizadores [...].

Decidiu o Tribunal:

[...]

b) dar ciência ao interessado desta decisão, alertando-o que a fragilidade estrutural do órgão não justifica o favorecimento de atitudes e ações que possam impedir a fiscalização e a análise do emprego dos recursos públicos.<sup>26</sup>

É importante notar, porém, que a pretensão de eximir-se da culpa, transferindo-a para a incompetência dos órgãos de assessoramento ou técnicos não tem sido acolhida, especialmente quando é o defendente que pode discricionariamente nomeá-los.

O Tribunal de Contas da União vem condenando gestores inclusive por culpa *in eligendo*.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Denúncia. Acórdão nº 9/1996 – Plenário. Processo nº TC-019.878/93-1. Relator: Ministro Humberto Guimarães Souto. Brasília, 31 de janeiro de 1996. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 fev. 1996, seção 1, p. 2908.

<sup>27</sup> Culpa *in eligendo* que se traduz na má escolha de preposto ou responsável. Nesse sentido, condenando o gestor que afirma ter decidido com base em informações de assessor ou técnico: *a)* "... No caso de se tratar de contratos de grande complexidade, o ordenador de despesas deve cercar-se de agentes idôneos com aptidão técnica suficiente, para que estes o auxiliem corretamente na execução do Contrato. Entretanto, os pareceres elaborados por tais agentes não têm força de legitimar a ação do ordenador de despesas que estará agindo, no mínimo, com culpa "in eligendo". E, no caso em comento, competia ao Recorrente, na condição de Presidente, designar o representante da Administração para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato e os membros da Comissão da Construção do Fórum, como demonstra, respectivamente, o art. 67 da Lei nº 8.666/93, e o art. 122 do Regulamento Geral do TRT da 2ª Região ..."; BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pedidos de Reexame. Acórdão nº 298/2000 – Plenário. Processo nº TC-001.025/1998-8. Relator: Ministro Adilson Motta. Brasília, 29 de novembro de 2000. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 fev. 2001; *b)* "... 9.6 as arguições inseridas no item 42, fls. 194, não isentam o responsável, pois este deve escolher bem seus auxiliares, do contrário, responder por 'culpa in eligendo' ..."; BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão nº 238/1996 – Segunda Câmara. Processo nº TC-399.127/93-3. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Brasília, 02 de maio de 1996. *Diário oficial da União*, 15 mai. 1996, p. 8454; *c)* ademais, a delegação de competência não implica a delegação de responsabilidade, cabendo ao recorrente a fiscalização dos atos de seus subordinados, pois o gestor não pode isentar-se da responsabilidade pelo exercício do trabalho de seus subordinados, devendo escolher bem seus auxiliares, do contrário, responde por culpa *in eligendo*, consoante dispõe o art. 932, inciso III, do Código Civil: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Pedido de Reexame. Acórdão nº 19/2002 – Plenário. Processo nº TC-006.260/1999-3. Relator: Benjamin Zymiler. Brasília, 06 de fevereiro de 2002. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 mar. 2002.

### 1.3.5. Força maior e caso fortuito

A jurisprudência do TCU prevê também a possibilidade de arquivamento do processo, com baixa de responsabilidade do agente, nas hipóteses de força maior ou caso fortuito,<sup>28</sup> ou quando verificada irregularidade formal que não importe em débito ou multa.<sup>29</sup> Essas hipóteses não podem ser consideradas como exceção peremptória, porque exigem o exame de mérito da conduta do agente.

Argüida uma das exceções peremptórias, haverá o julgamento e, com o acolhimento, uma decisão terminativa.

### 1.3.6. Decurso de tempo

Entre os meios de defesa sustentáveis, um que também parece possível, é aquele referente ao longo decurso de tempo que impede a parte de desincumbir-se do ônus da prova que lhe foi imposto.

Mesmo reconhecendo que o dever de ressarcir o erário pode ser considerado imprescritível<sup>30</sup> e que compete ao administrador público e ao particular, que gere recursos públicos, o ônus da prova pela regularidade, é possível admitir que o longo decurso de tempo entre a prática do ato e a citação tornem impossível o exercício da defesa.

Essas hipóteses particularíssimas foram por nós consideradas, no desempenho das funções de Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, independentemente de alegação do interessado, e mesmo em casos de revelia, ou até antes mesmo de proposta a citação, em casos como os seguintes: prova de quebra de estoque em supermercado estatal, quando o pedido de citação é sugerido pela unidade técnica após oito anos do fato, especialmente em se tratando de produtos perecíveis; de igual modo quando se trata de bens públicos, em grande quantidade e de pequeno valor, porque inviável o controle não sistemático;<sup>31</sup> irregularidades em recebimento de prédio público, cuja citação é proposta

<sup>28</sup> Cf.: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 03. O arquivamento é a solução indicada para as hipóteses em que as contas de responsáveis por dinheiros, valores e bens públicos se tornarem ilíquidáveis, por causas fortuitas ou de força maior. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 13 dez. 2000.

<sup>29</sup> Cf.: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 142. Cabe a baixa de responsabilidade e o arquivamento do processo, quando nas contas de ordenador de despesa, dirigente ou administrador de entidade ou qualquer outra pessoa sob a jurisdição do Tribunal de Contas da União, for apurada infringência de disposição legal ou regulamentar aplicável ou verificada irregularidade de caráter formal, que não permita o julgamento pela regularidade e quitação ou tampouco por não ser suficientemente grave ou individualizada sobre a conclusão pela irregularidade e cominação da multa prevista em lei, conforme Enunciados nºs 10, 11, 51 e 91, da Súmula da sua Jurisprudência. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, a. 10, n. 21, jun. 1980, p. 162. *Diário Oficial da União*, 14 jan. 1980.

<sup>30</sup> Será imprescritível se concorrente à prática de ilícito penal, por força do art. 37, § 5º da Constituição Federal que dispõe: Art. 37. (...) § 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

<sup>31</sup> Quem detém carga patrimonial de bens públicos deve proceder à periódica verificação dos bens. O decurso de tempo inviabiliza a imputação de débito quando se trata de expressiva quantidade, de variada espécie, como em caso que enfrentamos: cerca de oito mil bens, como um vaso, um grameador, um porta copos etc. O desaparecimento foi verificado no inventário, mas a responsabilização só veio a ser pedida após dez anos.

após nove anos do fato. Em tais casos, o ônus da prova repousa exclusivamente sobre prova testemunhal, inibindo tão só pelo decurso do tempo a certeza, até, da própria irregularidade.

### 1.3.7. Falecimento do responsável

O falecimento do responsável pelo dever de prestar contas pode ser motivo de defesa pelo sucessor ou substituto, na medida em que só vai responder pelas irregularidades a que tiver dado causa.

Embora o controle do rol dos ordenadores de despesas esteja bastante aperfeiçoado e a mudança de titularidade dos órgãos públicos venha sendo comunicada aos Tribunais de Contas, é fato que, muitas vezes, o falecimento do responsável não é considerado no julgamento da causa, exceto por iniciativa da própria parte ou dos sucessores.

Sobre o falecimento do responsável, é importante notar:

não prejudica o interesse dos sucessores de promover a defesa de mérito; isenta os sucessores, do dever de pagar multa, em face do caráter personalíssimo de que essa se reveste;<sup>32</sup>

não inibe o dever de recompor o erário, quando já comprovada a irregularidade, até o limite das forças da herança;<sup>33</sup>

deve ser documentado, com a juntada, à defesa, da respectiva certidão de óbito. não podem os sucessores procrastinar a abertura do inventário para evitar o pagamento.<sup>34</sup>

se anterior à citação, poderá implicar em arquivamento do processo, por ausência do pressuposto de desenvolvimento válido e regular.<sup>35</sup>

O tema, na forma como hoje se apresenta na jurisprudência, ainda não encontrou seguro equacionamento. Aliás, pouco servem as noções do direito civil e penal, nesse ponto, à esfera do controle, mas é possível assentar que:

<sup>32</sup> Nesse sentido, veja o voto do Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira, acolhido pela 2ª Câmara, que reflete uniformidade de jurisprudência: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Prestação de Contas. Acórdão nº 58/1996 – Segunda Câmara. Processo nº TC-425.042/93-6. Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira Brasília, 15 de fevereiro 1996. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 fev. 1996, seção 1, p. 3283.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição (1988), art. 5º, (...) XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

<sup>34</sup> O TCU entende que os sucessores não podem deixar de não abrir inventário para eximirem-se de ressarcir o prejuízo causado ao Erário; a União deve compelir os sucessores a recolherem o débito. O fundamento dessa obrigatoriedade encontra-se no princípio da indisponibilidade dos bens públicos. Precedente: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 170/1998 – Segunda Câmara. Processo nº TC-474.019/1994-2. Relator: Ministro José Antonio Barreto de Macedo. Brasília, 30 de julho de 1998. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 ago. 1998, seção 1, p. 200-01.

<sup>35</sup> Sobre essa hipótese, consultar o **Diário Oficial da União**, de 03 abr. 1996, p. 5561, na parte intitulada: Processos remetidos à deliberação do Plenário e voto complementar, visto na p. 5572.

I - em relação a penalidades, é regra que a mesma não passa da pessoa do condenado;

II - em relação ao dever de reparar o dano, o mesmo estende-se aos herdeiros e sucessores apenas até o limite das forças da herança, se:

o falecimento ocorre após garantida a ampla defesa e o contraditório.  
houve apropriação indébita.

O “limite de forças da herança” restringe o pagamento da dívida até o limite do patrimônio ou renda transferido.

Em relação ao desconto em pensão, muitas vezes, acaba sendo tratado sem a devida análise técnica, inclinando-se os agentes a desonerar os sucessores do ônus de recompor o erário. O ordenamento jurídico estabeleceu certas premissas, a fim de proteger os familiares, não sendo possível agravar ou beneficiar a situação dos mesmos. Está última situação ocorreria se o óbito desonerasse dívidas e pagamentos.

Desse modo, pode ser ordenado o desconto na pensão em todas as mesmas hipótese em que seria lícito promover desconto compulsório nos salários e aposentadoria.<sup>36</sup>

### 1.3.8. Boa-fé

Independentemente do pagamento do débito, é possível oferecer defesa com o único objetivo de demonstrar a *boa-fé* na prática do ato.

É consabido que a quitação não afasta a possibilidade de o julgamento ser pela irregularidade da conta, ensejando inclusive a inelegibilidade do agente para cargo público.<sup>37</sup>

A *boa-fé* pode não elidir diretamente o dever de pagar o erário pelo dano experimentado, mas certamente constituirá elemento importante em relação ao *animus* do agente e permitirá à Corte contextualizar as várias dificuldades e pressões de toda ordem que foram sopesadas pelo agente no momento da decisão.

Nesse sentido, existem vários julgados em que a parte, mesmo após o julgamento pela irregularidade, decidiu quitar o débito e recorrer com o único objetivo de comprovar, nos autos, a *boa-fé*.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Consultar, a propósito do tema, minucioso trabalho do Ministro-auditor: CAVALCANTI, Augusto Sherman. O processo de contas no TCU: o caso de gestor falecido. *Revista do Tribunal de Contas da União*, n. 81, a. 99, jul./set., pp. 17-27.

<sup>37</sup> Nesse sentido, uniforme jurisprudência do TCU. Destaque para o voto do Min. Iram Saraiva em: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 47/1997 – Plenário. Processo nº TC-004.157/90-7 (sigiloso). Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 19 de março de 1997. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 08 abr. 1997, p. 6811.

<sup>38</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão 384/1995 – Segunda Câmara. Processo nº TC-224.021/91-5. Relator: Ministro Iram Saraiva. Brasília, 30 de novembro de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 dez. 1995, p. 20842; v. também: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão 391/1995. Processo nº TC-724.038/93-0. Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. Brasília, 30 de novembro de 1995. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 dez. 1995, p. 20842.

É interessante notar que na maioria dos casos, a boa-fé não constitui condição suficiente para afastar a irregularidade até porque, no caso de contas, o ônus da prova é do agente que gere os recursos públicos.<sup>39</sup>

Essas são as principais peculiaridades que distinguem o tema no âmbito dos Tribunais de Contas em relação ao direito processual comum.

<sup>39</sup> “12. A boa fé é, em princípio, uma presunção a militar em favor dos gestores de recursos públicos. É, todavia, uma presunção relativa, que pode ser afastada em determinadas situações, como ocorre, por exemplo, quando um gestor deixa de prestar contas de recursos sob sua guarda ou colocados à sua disposição. 13. A prestação de contas é um dever de todo administrador, não existindo, salvo caso fortuito ou força maior devidamente comprovados, justificativa para o descumprimento de tal obrigação. O gestor imotivadamente omissivo na demonstração dos resultados de sua administração viola expressa determinação constitucional, fere o princípio republicano e, conseqüentemente, perde todo o benefício conferido pela presunção de boa-fé.” (Voto do Exmo. Sr. Ministro Relator Bento José Bugarin nos TCs 524.066/92-2 e 524.078/92-0 – Acórdão 063/94 – Plenário in ata 31/94). BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Decisão nº 16/2001 – Primeira Câmara. Processo nº TC-010.868/1999-2. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, 13 de fevereiro de 2001. **Diário oficial da União**, Brasília, DF, 22 fev. 2001, seção I, p. 94.

É o que se extrai do Acórdão nº 226/93 – 1ª Câmara, relatado pelo Ministro Homero Santos. Naquela assentada, asseverou o Relator que, para que seja reconhecida a existência da boa-fé, na aplicação da regra do § 2º do art. 12 da Lei Orgânica do Tribunal, “devem ser observadas as seguintes condições: a) que o ato ilegal, ilegítimo e antieconômico gerador do débito tenha se consumado sob imperiosa necessidade do serviço ou de razoável interpretação da lei; b) que o reconhecimento do débito para ser considerado tempestivo seja feito logo após a primeira notícia sobre a glosa da despesa; e c) finalmente, que não tenha havido caracterização de qualquer outra irregularidade no acontecimento do fato”. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Tomada de Contas Especial. Acórdão 83/2001 – Primeira Câmara. Processo nº TC-474.085/1994-5. Relator: Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 20 de fevereiro de 2001. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 8 mar. 2001, seção I, p. 104.