

OS TRIBUNAIS DE CONTAS E A RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL DO ESTADO

Flávio de Araújo Willemann*

I - Introdução

Apresenta-se como grande sustentáculo da Teoria da Separação de Poderes a idéia de controle. Isto porque em um Estado Democrático de Direito¹ como a República Federativa do Brasil, descentralizado politicamente, as funções de legislar, julgar e executar as leis (de ofício) não estão enfeixadas nas mãos de uma só autoridade pública, mas sim, em centros autônomos de poder, sobressaindo, pois, a necessidade social de se criarem mecanismos para que o poder controle o poder, não só para coibir o arbítrio, mas, também, para evitar que subsista verdadeira tensão no exercício da triade função estatal. Por certo, as regras deste jogo têm de estar previstas no corpo da Constituição da República para que, à luz de uma interpretação constitucional sistemática, se possa harmonizar o exercício daquela importante função com a dicção do art. 2º da Constituição Federal de 1988.

No direito constitucional costuma-se estudar o controle por um sistema de freios e contrapesos, que possibilita o exercício das três funções estatais primordiais por Poderes diversos (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), sendo que cada um exerce sua função de forma típica e predominante e as demais de forma atípica, sempre havendo possibilidade de que um poder controle o outro, nos estritos termos e limites estabelecidos no texto constitucional.

Neste sentido, avulta de importância a missão constitucional desempenhada pelos Tribunais de Contas no exercício do controle técnico e político dos atos praticados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, máxime no que diz respeito à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, nos lindes permitidos pelos arts. 71 a 75 da Constituição da República de 1988.

E se assim é, e efetivamente o é, impende aclarar, para os fins a que se pretende neste ensaio, a natureza jurídica dos Tribunais de Contas brasileiros e as suas competências primordiais para, então, analisar a responsabilidade patrimonial do Estado decorrente de sua atuação.

II - Natureza Jurídica e Funções dos Tribunais de Contas

Muito se discute acerca da natureza jurídica dos Tribunais de Contas. Parte da doutrina afirma que tais Cortes são órgãos administrativos de mero assessoramento do

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Cândido Mendes e dos cursos de pós-graduação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ, da Escola Superior de Advocacia –ESA/RJ e da UFF. Advogado. Trabalho produzido e publicado em homenagem ao Exmo. Sr. Conselheiro Presidente do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, Dr. Thiers Vianna Montebello.

¹ Segundo Carlos Ari Sundfeld, o Estado de Direito é aquele “criado e regulado por uma Constituição (isto é, por norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado”. Fundamentos de Direito Público. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 39.

Poder Legislativo².

Por sua vez, há autores que os identificam como órgãos auxiliares dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da comunidade e de seus órgãos de participação política³.

Entendemos, no entanto, que a razão está com aqueles que hoje advogam possuírem os Tribunais de Contas natureza jurídica de órgãos constitucionais essenciais e autônomos, portanto despersonalizados juridicamente, mas independentes política e hierarquicamente dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Este posicionamento advém da constatação de que a Constituição da República detalhou as competências e a estruturação de tais Cortes nos arts. 70 e seguintes, admitindo, inclusive, ainda que implicitamente, na cabeça do art. 71, a possibilidade de o controle ser exercido frente ao Poder Legislativo.

Destaque-se ainda o fato de os Tribunais de Contas poderem atuar de ofício, sem que os mecanismos de controle sejam deflagrados pelo Poder Legislativo, situação que afasta a interpretação restritiva da expressão “auxílio” inserta no art. 71 da Constituição da República de 1988, para admitir uma interpretação que consagre as Cortes de Contas como órgãos administrativos constitucionais autônomos e independentes.

Neste sentido apresenta-se a doutrina de Carlos Ayres de Brito (Min. do Egrégio Supremo Tribunal Federal), que assim se posicionou:

“O Tribunal de Contas da União não é órgão auxiliar do Parlamento Nacional, naquele sentido de inferioridade hierárquica ou subalternidade funcional. Como salta à evidência, é preciso medir com a trena da Constituição a estatura de certos órgãos públicos para se saber até que ponto eles se põem como instituições autônomas e o fato é que o Tribunal de Contas União desfruta desse altaneiro status normativo da autonomia. (...). O Tribunal de Contas União se posta é como órgão da pessoa jurídica da União, diretamente, sem pertencer a nenhum dos três poderes federais. (...). Daqui se infere que as Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo. Político, nos termos da Constituição; administrativo nos termos da lei.”⁴

Destá forma, delimitada a natureza jurídica das Cortes de Contas no Brasil, necessário saber quais as suas principais competências, para, então, analisá-las à luz do instituto da responsabilidade civil.

² Criticando este posicionamento mencione-se a doutrina de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que asseverou: “No Brasil, estudos superficiais classificam o tribunal de contas como mero apêndice auxiliar do poder legislativo. Desconhecendo a estrutura técnica dessas cortes, sua autonomia administrativa e financeira, alguns autores o concebem, erroneamente, como um órgão de assessoramento. Diante desse absurdo descompasso entre a imaginada pequenez das funções e a dimensão da estrutura, o passo seguinte seria sustentar que se tratam de órgãos concebidos apenas para acomodar apaniguados.”. In Tribunais de Contas do Brasil. Jurisdição e Competência. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 131.

³ Neste sentido é a lição de Ricardo Lobo Torres. In Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, nº 24. Março de 1993, p. 41.

⁴ BRITO, Carlos Ayres de. In Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, nº 25. Dezembro de 2003, pp. 8-9. No mesmo sentido apresenta-se a pena de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, exposta no mesmo periódico antes citado, pp. 60-71.

Como assinalado anteriormente, a Constituição da República de 1988 atribuiu aos Tribunais de Contas a missão de exercer a fiscalização contábil, orçamentária e financeira dos órgãos de atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Assim é que, dentre outras funções previstas no texto constitucional, caberá aos Tribunais de Contas: i) apreciar as contas prestadas anualmente pelo Chefe do Poder Executivo, emitindo parecer prévio que deverá ser encaminhado ao Poder Legislativo; ii) julgar as contas de administradores, públicos ou privados, responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta; iii) apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal da administração direta e indireta, bem como os atos de concessão de aposentadoria, reformas e pensões; iv) realizar auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e demais entidades que, de qualquer forma, recebam dinheiro público ou administrem bens e valores públicos; v) fiscalizar recursos repassados pelas Entidades Federadas a outras Entidades da Federação, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres; vi) aplicar sanções previstas em lei aos responsáveis por atos ilegais que importem despesa ou irregularidade de contas; vii) assinalar prazo para que órgão ou entidade (pública ou privada, desde que seja responsável por dinheiro ou valores públicos) adote providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada a ilegalidade, bem como sustar o ato em caso de descumprimento, devendo, neste caso, comunicar a decisão ao Poder Legislativo.

A propósito da competência dos Tribunais de Contas para sustação de contratos, merece destaque a divergência doutrinária que envolve especificamente a interpretação dos §§ 1º e 2º do art. 71 da Constituição Federal de 1988, que possuem, respectivamente, a seguinte redação:

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

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

Entendemos que ao Tribunal de Contas, subsidiariamente, após a inércia do Poder Legislativo em praticar ato tendente a sustar o contrato acoimado de ilegal, no prazo de 90 (noventa) dias, caberá decidir a respeito, podendo, inclusive, em razão da sua natureza jurídica de órgão constitucional autônomo, proceder à sustação do contrato, sendo esta possibilidade decorrência lógica do seu poder de fiscalização e repressão de irregularidades, sobretudo de condutas omissivas dos Poderes Legislativo e Executivo, que porventura venham a causar danos à coletividade.⁵

⁵ Neste sentido apresenta-se a lição de Carlos Roberto Siqueira Castro, invocando o entendimento de Celso Bandeira de Mello: “[...] Neste ponto, meu entendimento afina-se com o do ilustre e estimado colega de São Paulo, Celso Bandeira de Mello, para quem a decisão e as providências da Corte de Contas assumirão, em tal conjectura, caráter autônomo e definitivo. A não ser assim, estar-se-ia fazendo letra morta daquele comando constitucional e esvaziando-se por completo o permissivo da intervenção subsidiária do órgão constitucional de controle externo para suprimimento da inércia dos Poderes em causa.” CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “A atuação do Tribunal de Contas em face da separação de poderes do Estado”. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n.º 38, out./dez. 1997, pp. 40-56. Apresenta-se ainda mais radical a posição de José Afonso da Silva, pois admite que os Tribunais de Contas poderiam, inclusive, declarar a nulidade do

Pois bem. Analisadas algumas competências dos Tribunais de Contas, pode-se depreender a sua importância no sistema de freios e contrapesos instituído pela Constituição da República, mormente no que diz respeito à atuação financeira, orçamentária e contábil dos Três Poderes da República.

Importante frisar, porém, que se os Tribunais de Contas, por deliberação dos seus Conselheiros ou por atos de seus servidores, se descurem das formalidades legais para a prática dos atos que lhe são próprios, ou atuarem com a inobservância dos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988), e se esta conduta vier a causar danos a terceiros, possível será o surgimento do dever de indenizar. Neste sentido, passa-se a analisar o regime geral de responsabilização civil estatal, que é perfeitamente aplicável aos atos oriundos dos Tribunais de Contas.

III - A Responsabilidade Civil Estatal

Inicialmente se faz necessário analisar o conceito de responsabilidade civil para, após, trazer as imbricações do instituto no que diz respeito à sua aplicação às relações jurídicas submetidas aos Tribunais de Contas.

A esse respeito, não custa lembrar que a ordem jurídica brasileira está constituída em um Estado de Direito, que, por se submeter às regras jurídicas por ele editadas, tem no princípio da responsabilização civil um de seus pilares, como decorrência lógica do princípio da igualdade.⁶

No entanto, mais importante do que formular o conceito de responsabilidade civil é registrar que o atual Código Civil editado em 2002, no art. 927⁷, em obediência ao regramento contido no art. 5.º, incisos V e X, da Constituição Federal 1988, alude ao dever de indenizar como sendo uma obrigação legal. Este é o norte para toda a teoria da responsabilidade civil, mormente a responsabilização civil pública, eis que representa a própria idéia de justiça democrática.

Assim, o conceito de responsabilidade civil está diretamente atrelado à noção de obrigação, sendo correto afirmar-se que, em regra, estará presente o dever de indenizar, isto é, a responsabilidade civil, sempre que uma obrigação jurídica, prevista na lei

contrato diante da omissão do Poderes Legislativo ou Executivo: “Se o Congresso ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não tomar providências, ou seja, silenciar, aí sim é que cabe ao Tribunal decidir a respeito. Outra questão deixada ao intérprete refere-se ao conteúdo dessa decisão, que, a nós, nos parece ser a da declaração de nulidade do contrato e eventual imputação de débito ou multa [...]” SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. Por sua vez, em sentido diametralmente oposto, o Professor de Direito Constitucional e Procurador do Estado do Rio de Janeiro Luís Roberto Barroso expõe seu entendimento nos seguintes termos: “[...] Decidirá, por certo, sobre a legalidade ou não do contrato, e da respectiva despesa, para o fim de julgamento das contas do administrador. Não é razoável supor, à vista da partilha constitucional de competências vigente no direito brasileiro, que o Tribunal de Contas possa, sobrepondo seu próprio juízo ao do administrador e ao do órgão ao qual presta auxílio, sustar aquilo que o Executivo e o Legislativo entendem ser válido. É preciso não esquecer: a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial é exercida, mediante controle externo, pelo Congresso Nacional, com o “auxílio dos Tribunais de Contas”. Por evidente, a última palavra é do órgão Legislativo, e não do Tribunal de Contas.” BARROSO, Luís Roberto. “Tribunais de Contas: algumas incompetências”. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.º 203, jan./mar. 1996, pp. 131-140.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 805.

⁷ “Art. 927 - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

(responsabilidade civil extracontratual) ou no acordo de vontades (responsabilidade contratual) restar descumprida.

Portanto, diante do acima exposto, pode-se conceituar responsabilidade civil⁸ como sendo um dever jurídico sucessivo, que surge em decorrência da violação de uma obrigação imposta por lei ou por acordo de vontade das partes (dever jurídico originário), oriunda de ação ou omissão voluntárias e específicas (quando há o dever legal ou razoável de agir), sempre que tal situação gerar um dano a um bem juridicamente protegido, que será restaurado via pagamento de uma indenização, em regra, em dinheiro.⁹

No que diz respeito à responsabilização civil das pessoas jurídicas de direito público, pode-se afirmar que desde o direito romano o instituto sofreu sensível evolução, iniciada com a teoria da total irresponsabilidade civil do Estado¹⁰, passando pelas teorias subjetivas do direito privado (distinção entre atos de império e atos de gestão e culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*), seguindo-se pela teoria subjetiva do direito público, fulcrada na culpa anônima e da falta do serviço, até chegar à teoria objetiva, baseada na teoria do risco administrativo, hoje prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 e no art. 43 do Código Civil de 2002.¹¹

Diz-se que há responsabilidade civil objetiva do Estado quando não se busca na conduta do agente público causador do dano o elemento culpa. Basta a conduta injusta (ação ou omissão específica), o dano e o nexo de causalidade, sendo que ao suposto lesado caberá demonstrar (e provar, ante a máxima romana *allegatio et non probatio quasi non allegatio*) os três elementos indicados, invertendo-se para o causador do dano – no caso, o Estado – o ônus de provar as excludentes do nexo causal, que se

⁸ Sergio Cavaliere Filho chega ao conceito de responsabilidade civil partindo da noção do que seja dever jurídico originário e dever jurídico sucessivo. Adverte o afamado civilista que dever jurídico originário é “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”, isto é, nada mais do que uma obrigação, sendo certo que, a violação desse dever faz exsurgir um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo, de restaurar a relação jurídica violada. CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 25-26.

⁹ Os arts. 944 a 954 do Código Civil de 2002 disciplinam a indenização como consequência do dever de indenizar e prevêm, além do dinheiro, outras formas de indenizações, tais como o pagamento de pensão alimentícia, despesas com funeral, tratamento de saúde, etc. Sergio Cavaliere Filho chega ao conceito de responsabilidade civil partindo da noção do que seja dever jurídico originário e dever jurídico sucessivo. Adverte o afamado civilista que dever jurídico originário é “a conduta externa de uma pessoa imposta pelo Direito Positivo por exigência da convivência social”, isto é, nada mais do que uma obrigação, sendo certo que, a violação desse dever faz exsurgir um dever jurídico sucessivo, também chamado de secundário, que é o de indenizar o prejuízo, de restaurar a relação jurídica violada. CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. Ob. Cit., pp. 25-26.

¹⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que a tese da irresponsabilidade estatal estava fincada na noção de soberania, eis que responsabilizar o Estado por atos de seus agentes seria igualá-lo aos seus súditos, fato que poria em risco a mencionada soberania estatal. Confira-se: “A teoria da irresponsabilidade foi adotada na época dos Estados absolutos e repousava fundamentalmente na idéia de soberania: O Estado dispõe de autoridade incontestável perante o súdito; ele exerce a tutela do direito, não podendo, por isso, agir contra ele; daí os princípios de que o rei não pode errar (*the King can do no wrong, le roi ne peut mal faire*) e o de que ‘aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei’ (*quod principi placuit habet legis vigorem*). Qualquer responsabilidade atribuída ao Estado significaria colocá-lo no mesmo nível que o súdito, em desrespeito a sua soberania”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 525.

¹¹ Para uma profunda compreensão da evolução histórica do instituto da responsabilidade civil do Estado remete-se o leitor, por todos, à obra de José de Aguiar Dias. DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1944, tomo I; e, também, à obra de José Creteella Júnior. CRETELLA JR., José. O Estado e a Obrigação de Indenizar. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

resumem no fato exclusivo da vítima, no fato de terceiro, ou em situações que traduzam caso fortuito ou força maior.

Retomando a linha de raciocínio, a responsabilidade civil objetiva estatal encontra fundamento na teoria do risco administrativo¹², eis que deve prevalecer a máxima que conduz ao dever de indenizar da “sociedade” em razão da atividade estatal que a ela, embora de risco, traz, na maioria das vezes, benefícios. Quer-se dizer que se a sociedade tira proveito de determinada atividade estatal que, por sua vez, gera risco de dano a terceiros que compõem o próprio corpo social, deve ela arcar (e repartir) o ônus de indenizar os prejuízos causados, independentemente da existência (e não da prova) do elemento culpa, isto é, da presença de conduta negligente, imperita ou imprudente.

Afirme-se, como regra, que o ato da administração capaz de deflagrar o dever de indenizar do Estado deverá ser ilícito. Excepcionalmente, contudo, as pessoas jurídicas de direito público poderão vir a responder por danos oriundos de condutas lícitas. Esta situação ocorrerá quando houver expressa previsão legal ou quando a atividade administrativa impuser sacrifício especial, irrazoável, injusto¹³, anormal e excepcional ao direito do administrado¹⁴.

¹² Patrícia Ribeiro Serra Vicira bem elenca as espécies de risco que fundamentam a responsabilidade civil objetiva: “Pelo risco-proveito considera-se como responsável aquele que tira vantagem econômica de atividade danosa, com base no princípio de que do lucro nasce o encargo. A noção é a de que o dano deve ser reparado por aquele que retira algum proveito da atividade lesiva. (...) Segundo risco-profissional, o dever de indenizar é oriundo da atividade ou profissão exercida pelo lesado. Essa modalidade deu ensejo às reparações decorrentes dos acidentes de trabalho independentemente da existência de culpa do empregador. A reparação, pelo risco-excepcional, dá-se em consequência de uma situação de risco gravosa, de caráter excepcional, à coletividade, por exploração de atividade de alta periculosidade (exploração de energia nuclear, materiais radioativos etc). O risco-criado nada mais é, concordando-se aqui com o professor Caio Mário da Silva Pereira, do que a ampliação do risco-proveito. Basta o funcionamento de determinada atividade por alguém para que este seja responsável pelos eventos danosos, visto que criou o perigo, sendo isento apenas por ocasião da prova de que tomou todas as medidas prudentes para evitá-lo. O risco-integral é a espécie mais extremada dentre as decorrentes da doutrina revidicadora do risco, porque impõe o dever de indenizar até mesmo quando se dê rompimento do nexo causal. Ou seja, o dano é suficiente, o que afasta qualquer tipo de trabalho com excludentes de responsabilidade civil. In: A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos. Ob. cit. pp. 115-116. Acrescente-se o risco administrativo, tratado pela Autora citada na seção 5, do cap. I, da tese, que fundamenta a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas privadas prestadoras de serviços públicos. A Autora citada bem fundamenta o dever objetivo de indenizar nos princípios da equidade e da solidariedade: “A responsabilidade objetiva se vem desenvolvendo sob o manto dos princípios da equidade – quem lucra com uma atividade ou situação responde pelo risco ou prejuízos dela provenientes (*ubi commoda, ibi incommoda*) – e da solidariedade – mesmo aquele que tenha sido o responsável específico por um dano, por obediência a um padrão ético de justiça social, deve também arcar com o ressarcimento à vítima.” Tese cit. pp. 3-4.

¹³ Celso Ribeiro Bastos fundamenta a possibilidade de as pessoas jurídicas de direito público responderem por atos lícitos na chamada teoria do ato injusto. Confira-se: “A segunda razão de ser da responsabilização do Poder Público é a prática de um ato injusto, é dizer, embora fruto de um comportamento legal, a atuação do Estado acaba por fazer incidir sobre uma ou algumas pessoas, bem individualizadas, os ônus cuja contrapartida é um benefício que aproveita a toda a sociedade. Não é porque o ato é lícito que ele deixa de ser passível de indenização. Esta será devida toda vez que ocorrer um dano patrimonial suportado por alguns em proveito do bem comum. Essa justificativa do ato injusto é importante para explicar os casos de responsabilidade objetiva do Estado, na qual este responde mesmo tendo agido com a cautela, a prudência e a perícia requeridas pela lei. (...) A teoria do ato injusto serve também para explicar por que o Estado responde por danos causados por um comportamento integralmente lícito. Quando constrói um viaduto, ou um elevador, por exemplo, mesmo que se tenha pautado pela mais estrita legalidade, se causou danos extraordinários, isto é, que vai além do risco normal a que todos estão sujeitos por viverem em sociedade, o estado tem que indenizar”. In: Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, Tomo III, pp. 172-173.

¹⁴ No mesmo sentido apresenta-se a lição de Juan Carlos Cassagne, *verbis*: “Existen algunas condiciones que, por ser comunes a la responsabilidad por acto ilegítimo, han sido ya analizadas al tratar los

Mas não basta uma conduta administrativa (lícita ou ilícita) para que o Estado seja obrigado a indenizar. O suposto lesado tem que comprovar um dano indenizável, que poderá ser patrimonial ou extrapatrimonial (moral), pois é possível haver responsabilidade sem culpa, mas impossível o ser-se ausente o dano. A conclusão, apesar de simples, é de suma importância, eis que não há falar-se em dever de indenizar alguém sem que este tenha sofrido efetivo prejuízo. Por último, o lesado ainda terá de comprovar o nexo de causalidade entre os dois elementos anteriores, sem o que inexistirá o dever de indenizar.

Analisadas as principais peculiaridades da responsabilização civil estatal, passa-se às hipóteses de responsabilidade civil em razão de atos emanados dos Tribunais de Contas, iniciando-se por investigar quem irá se apresentar como responsável pelos seus atos que porventura causem danos a terceiros.

IV - Responsabilidade Civil do Estado por Atos Emanados dos Tribunais de Contas

Deve-se, de logo, afastar a responsabilidade civil do próprio Tribunal de Contas, eis que, não obstante ostentar independência oriunda do texto constitucional, possui, como visto, natureza jurídica de órgão público, destituído, portanto, de personalidade jurídica, situação que conduz à imputação de sua manifestação de vontade à Entidade Política à qual está vinculado¹⁵, com base na teoria objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 e no art. 43, do Código Civil de 2002.

Neste contexto, se um dano advier de um ato ou de uma omissão específica dos Conselheiros ou mesmo de servidores lotados em um Tribunal de Contas, o dever de indenizar caberá à União Federal, aos Estados ou ao Distrito Federal ou aos Municípios, conforme a Corte de Contas seja federal (Tribunal de Contas da União), estadual ou distrital (Tribunal de Contas do Estado ou Tribunal de Contas do Distrito Federal) ou municipal (Tribunal de Contas do Município), restando às pessoas jurídicas de direito público, em cada caso, buscar o direito de regresso contra o servidor causador do dano, com fundamento na teoria subjetiva, baseada na culpa ou no dolo, como determina a parte final do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988.

Frise-se que não obstante o texto constitucional aduzir serem os Tribunais de Contas órgãos constitucionais autônomos, de auxílio do Poder Legislativo, a sua atuação é de natureza administrativa e não parlamentar, sendo, por isso, imperiosa a aplicação da teoria do risco administrativo que fundamenta a responsabilização objetiva das pessoas jurídicas de direito público para disciplinar a atuação das Cortes de Contas.

A conclusão acima apresentada é de suma importância pois, a se entender que os atos emanados das Cortes de Contas possuem a natureza jurídica de ato legislativo

presupuestos que determinan esa clase de responsabilidad, y que se refieren a: 1) la imputabilidad material del acto (hecho, acto administrativo, reglamento o ley) a un órgano del Estado; 2) la existencia de un daño cierto en los derechos del particular afectado; y 3) la conexión causal entre el acto (individual o general) y el daño hecho al administrado. Com posterioridad, a saber: a) la necesaria verificación de un perjuicio especial en el afectado y b) ausencia de un deber jurídico de soportar el daño". CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, Tomo 1, p. 512. Com o mesmo entendimento é a doutrina de Diogo Freitas do Amaral. In Direito Administrativo. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2000, v. 1, pp. 472-473.

¹⁵ No que diz respeito à conduta da Administração Pública para deflagrar o dever de indenizar são importantes as considerações de Gustave Peisier, que bem fundamenta a manifestação estatal na Teoria do Órgão, que, segundo ele, entende o Estado como um "organismo vivo", que por meio de seus órgãos realiza suas funções. Trata-se, portanto, de uma visão organicista. A vontade da administração pública e daqueles que agem em seu nome possuem relação direta, uma vez que os atos de seus funcionários são os atos do Estado, que refletem, portanto, a sua vontade. Tem-se, portanto, a noção de unidade entre ambos. A atividade do funcionário configura-se como sendo a do órgão do qual ele faz parte ou do próprio Estado. PEISIER, Gustave. *Droit Administratif*. 13. ed. Paris: Mémentos Dalloz, 1987, p. 137.

típico, deixariam de estar inseridos na regra comum dos atos administrativos para passarem à disciplina especial dos atos emanados do Poder Legislativo que, segundo alguns autores, apresentam um dos últimos redutos da teoria da irresponsabilidade civil do Estado¹⁶.

A partir da premissa fixada anteriormente, passa-se a abordar algumas hipóteses mais controvertidas de responsabilização civil do Estado por atos praticados pelos Tribunais de Contas, à luz de sua competência constitucional

A) A responsabilidade civil decorrente da aplicação de penalidades

Como visto, aos Tribunais de Contas, diante da norma prevista no art. 71, VIII, da Constituição Federal de 1988 (art. 46 da Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), compete aplicar, aos responsáveis por atos ilegais ou irregulares que importarem em despesa pública, as sanções previstas em lei, que poderão ser de natureza pecuniária ou administrativa, sendo exemplo desta última a declaração de inidoneidade de uma empresa para fins de contratação com a Administração Pública.

Por certo, a atuação das Cortes de Contas como órgão sancionatório deve respeitar a dicção do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988. Isto é, a atuação sancionatória dos Tribunais de Contas deve ser precedida de regular processo administrativo em que reste garantido ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa.¹⁷

² Jean Rivero, após assinalar que para se analisar a responsabilidade civil do Estado por ato legislativo deve-se separar o dano oriundo da atividade do parlamento e o dano oriundo da lei, asseverou que, neste segundo caso, deve prevalecer a teoria da irresponsabilidade estatal. Confirmam-se as palavras do próprio jurista citado: "Se nada estiver previsto, o princípio tradicional é o da irresponsabilidade do Estado legislador: como regra geral, os sacrifícios que a lei pode impor aos cidadãos não deveriam ser compensados por uma indenização quando o próprio legislador não encarou essa indenização. O princípio justifica-se facilmente: é jurídica e politicamente impossível uma culpa na actividade legislativa, soberana por definição. Por outro lado, o juiz não poderia, sem emendar a vontade do legislador, quer dizer, sem se substituir a este, fazer derivar da lei uma responsabilidade sem culpa". RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1975, p. 340. A irresponsabilidade civil estatal em razão de atos legislativos típicos apresenta vários fundamentos, merecendo destaque aqueles apontados por José Cretella Júnior, que argumentou: "em primeiro lugar, com a soberania do Parlamento e com a consideração de que a lei é a síntese da vontade geral da nação; em segundo lugar, refletia-se, se a lei proíbe certa atividade é porque esta é prejudicial, injusta ou, pelo menos, em desacordo com o direito; em terceiro lugar, se o juiz atribui responsabilidade à lei, está sobrepondo-se ou substituindo o legislador, invadindo, nesse caso, a esfera legislativa; em quarto lugar, o número de pessoas abrangidas pelas leis, formais ou materiais, é extenso, tão genérico, que o prejuízo se reparte por todos." CRETELLA JÚNIOR, José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 150.

¹⁷ Neste sentido apresenta-se a doutrina de Marianna Souza Soares Montebello: "Tendo em vista que as deliberações adotadas em tais processos podem resultar em acordos condenatórios, envolvendo a imputação de débito ou de multa, é imperativo que se desenvolvam à luz do princípio constitucional do due process of law, com rigorosa observância do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, todos os processos relacionados à apuração de responsabilidades pressupõem a citação do agente para apresentar defesa e, se houver débito, para recolher a quantia devida, tendo aplicação, aqui também, o instituto da revelia. Demais disso, é assegurada a intervenção obrigatória do Ministério Público que atua junto aos Tribunais de Contas, sob pena de nulidade absoluta." In "Os Tribunais de Contas e o controle das finanças públicas". Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Ano XVII, nº 2, 1999.

Caso os Tribunais de Contas venham a se descurar desta formalidade e deliberem pela aplicação de uma sanção à determinada pessoa, em havendo dano, possível será o dever de indenizar da pessoa jurídica de direito público a que estiver vinculada a Corte de Contas. Entendemos que o dever de indenizar também se fará presente caso a penalidade seja manifestamente irrazoável ante a gravidade do delito, situação que, à luz do caso concreto, acabe por impingir ao ato punitivo a pecha de ilegalidade por desvio de finalidade.

Destaque-se que aqui, como em todas as outras hipóteses de responsabilização civil estatal, a conduta danosa, o dano e o nexo de causalidade têm, necessariamente, de ser provados pelo suposto lesado, sob pena de não restar configurado o dever de indenizar.

B) A responsabilidade civil decorrente da sustação de atos e contratos

Apresenta-se de grande importância no controle da legalidade a possibilidade de as Cortes de Contas sustarem atos ilegais emanados dos Três Poderes da República que, porventura, causem danos ao Erário.

Considerando que neste caso – como em sua grande maioria – o controle dos Tribunais de Contas ocorre em tempo posterior ao ato praticado, entendemos que a sustação deve ser precedida de regular processo administrativo em que se garanta aos interessados no ato acionado de ilegal o direito ao contraditório e à ampla defesa.¹⁸

¹⁸ Cabe transcrever, neste sentido, decisão proferida pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal: “EMENTA: I. Tribunal de Contas: competência: contratos administrativos (Constituição Federal de 1988, art. 71, IX e §§ 1º e 2º). O Tribunal de Contas da União - embora não tenha poder para anular ou sustar contratos administrativos - tem competência, conforme o art. 71, IX, para determinar à autoridade administrativa que promova a anulação do contrato e, se for o caso, da licitação de que se originou. II. Tribunal de Contas: processo de representação fundado em invalidade de contrato administrativo: incidência das garantias do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa, que impõem assegurar aos interessados, a começar do particular contratante, a ciência de sua instauração e as intervenções cabíveis. Decisão pelo Tribunal de Contas da União de um processo de representação, do que resultou injunção à autarquia para anular licitação e o contrato já celebrado e em começo de execução com a licitante vencedora, sem que a essa sequer se desse ciência de sua instauração: nulidade. Os mais elementares corolários da garantia constitucional do contraditório e da ampla defesa são a ciência dada ao interessado da instauração do processo e a oportunidade de se manifestar e produzir ou requerer a produção de provas; de outro lado, se se impõe a garantia do devido processo legal aos procedimentos administrativos comuns, a fortiori, é irrecusável que a ela há de submeter-se o desempenho de todas as funções de controle do Tribunal de Contas, de colorido quase -jurisdicional. A incidência imediata das garantias constitucionais referidas dispensariam previsão legal expressa de audiência dos interessados; de qualquer modo, nada exclui os procedimentos do Tribunal de Contas da aplicação subsidiária da lei geral de processo administrativo federal (Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999), que assegura aos administrados, entre outros, o direito a “ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos (art. 3º, II), formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente”. A oportunidade de defesa assegurada ao interessado há de ser prévia à decisão, não lhe suprimindo a falta a admissibilidade de recurso, mormente quando o único admissível é o de reexame pelo mesmo plenário do Tribunal de Contas da União, de que emanou a decisão.”. grifamos. (MS 23550 / DF – Distrito Federal. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Relator: Min. Marco Aurélio. Rel. Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 04, de abril de 2001. Publicação: DJ Data 31 de outubro de 2001 pp. - 00006. Ementa vol-02050-3-p-00534).

Desta forma, v.g., caso a Corte de Contas entenda ilegal o ato de concessão de um benefício previdenciário ou não registre um ato de aposentadoria e, por isso, manifeste a intenção de sustá-lo, deverá, antes de assim proceder, instaurar regular processo administrativo, uma vez que a deliberação a ser tomada afetará patrimônio jurídico de terceiro que, possivelmente de boa-fé, usufrui ou usufruiria dos efeitos materiais do ato questionado.

Com efeito, em situações normais, cumpre asseverar que em não sendo observadas as formalidades acima mencionadas, isto é, caso o Tribunal de Contas suste o ato tido por ilegal sem a oitiva dos terceiros interessados na sua manutenção no ordenamento jurídico, ou o ato de sustação apresente-se despidido de razoabilidade de modo a configurar desvio de finalidade¹⁹, em havendo danos e configurado o nexo de causalidade, patente restará o dever de indenizar da pessoa jurídica a que estiver vinculado o Tribunal.

Deve-se registrar, no entanto, que em situações concretas manifestamente ilegais que possam causar danos de difícil reparação à ordem e às finanças pública, os Tribunais de Contas podem sustar, liminarmente, sem a oitiva prévia da parte interessada (postergando-se, assim para momento futuro o contraditório e a ampla defesa, que no caso, não estão sendo suprimidos do interessado), o ato ilegal e os seus efeitos, utilizando-se do seu poder geral de cautela, que deverá estar previsto na legislação que rege a Corte de Contas. Este o entendimento firmado, em juízo de cognição sumária, pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, que por sua importância merece ser transcrita, *verbis*:

“Decisão: Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelos militares reformados, Ezequiel Estevam de Moura e João Batista de Almeida, contra decisão do Presidente do Tribunal de Contas da União, que determinou a suspensão do pagamento dos proventos dos impetrantes previsto para o dia 4 de novembro passado. Alega-se ilegalidade do ato e abuso de poder do

¹⁹ Neste sentido, registre-se o entendimento firmado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal: “Ementa: - Recurso extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Pedido acolhido, em parte, pelo Tribunal de Justiça catarinense, para declarar a inconstitucionalidade dos arts. 76 e 77, incisos I, III, IV, V, VI e VII, da Lei Complementar n.º 31, de 1990. 3. Alegação de ofensa ao art. 71, VIII, da Constituição Federal de 1988. 4. Parecer da PGE pelo provimento do recurso extraordinário. 5. Afastada a incompetência do Tribunal a quo para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de normas estaduais, em face de expresso dispositivo da Constituição do mesmo Estado. 6. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade e declarar a constitucionalidade dos arts. 76 e 77, incisos I, III, IV, V, VI e VII, ambos da Lei Complementar n.º 31, de 27 de setembro de 1990, do Estado de Santa Catarina. 7. Não é possível, efetivamente, entender que as decisões das Cortes de Contas, no exercício de sua competência constitucional, não possuam teor de coercibilidade. Possibilidade de impor sanções, assim como a lei disciplinar. 8. Certo está que, na hipótese de abuso no exercício dessas atribuições por agentes da fiscalização dos Tribunais de Contas, ou de desvio de poder, os sujeitos passivos das sanções impostas possuem os meios que a ordem jurídica contém para o controle de legalidade dos atos de quem quer que exerça parcela de autoridade ou poder, garantidos, a tanto, ampla defesa e o devido processo legal. 9. As normas impugnadas prevêem possam as multas ser dosadas, até o máximo consignado nessas regras legais. Disso resulta a possibilidade, sempre, de se estabelecer relação de proporcionalidade entre o dano e a multa.”. Grifamos. (RE 190985 / SC – Santa Catarina. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Relator(a): Min. Neri da Silveira. Julgamento: 14 de fevereiro de 1996. Publicação: DJ Data 24 de agosto de 2001pp.-00061 Ementa vol. 02040-06 p. 01194).

Presidente do Tribunal de Contas da União, porque a questão não teria sido submetida ao Conselho Disciplinar da Aeronáutica, fato que estaria a configurar ofensa ao direito de defesa, garantido pela Constituição. Acrescenta-se que não podem os impetrantes “ser penalizados pela inércia da administração pública, que em momento algum instaurou o procedimento para apurar as irregularidades”. Ressalta-se que, com base no Decreto no 71.500, de 1972, a administração da Base Aérea de Natal poderia ter instaurado o Conselho Disciplinar para adoção das medidas almejadas pelo Tribunal de Contas da União, mas que não poderia aquele Órgão bloquear os proventos dos militares sem contraditório e ampla defesa. Solicita-se, por fim, a concessão de medida liminar para determinar o desbloqueio do pagamento dos proventos, até decisão final sobre a questão, a ser proferida pelo Conselho Disciplinar, na forma como determina o Estatuto dos Militares. Em resposta ao pedido de informações, o Tribunal de Contas da União afirma não haver direito líquido e certo a ser defendido, diante da condenação criminal por falsidade das certidões utilizadas para obtenção da reforma, fato que configurou ilicitude do recebimento de proventos de inatividade. Além disso, ressalta-se que, se direito líquido e certo existe a ser invocado, este seria da Administração Pública, “pois a lei confere natureza de título executório às referidas condenações penais (Código Processo Penal, art. 63; Código Processo Civil art. 584, II), sendo o conteúdo declaratório destas complementado pela norma que torna certa obrigação de reparação de dano (Código Penal, art. 91, I)”. Alega-se, ainda, que, uma vez ocorrido o trânsito em julgado da decisão condenatória (5.9.2001 - p.109), mesmo que declarada extinta a punibilidade, a execução no juízo cível pode ser promovida pela Administração, na forma do art. 67, inciso II do Código Processo Penal. Acrescenta-se que, diante da necessidade de preservar o interesse público e a res publica, o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União estabeleceu o seu poder geral de cautela (art. 276), que permite ao Relator ou ao Presidente da Corte de Contas, em caso de fundado receio de grave lesão ao erário, adotar medida cautelar para, entre outras providências, determinar a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, nos termos do art. 45 da Lei no 8.443, de 16 de julho de 1992. Ressalta-se, por fim, que, a prosperar a tese dos impetrantes, de que não poderiam ser penalizados porque a Administração não instaurou procedimento para apurar irregularidades nos atos de concessão, “estar-se-ia por inviabilizar as demais espécies de controle sobre a atuação da Administração Pública: o controle Judicial e o Legislativo, este exercido com o auxílio do Tribunal de Contas”. Verifica-se que o Tribunal de Contas agiu com amparo na Lei no 8.443, de 16 de julho de 1992, que lhe conferiu competência para, verificada a ilegalidade de ato, sustar a sua execução (art. 45). A suspensão do pagamento dos benefícios foi determinada como medida cautelar, até decisão final sobre

irregularidades constatadas em processo criminal, perante a Justiça Militar, irregularidades essas que configuram a ilegalidade das concessões. O plenário desta Corte, em decisão no MS 24510 (19 de novembro de 2003), reconheceu a legitimidade de norma regimental do Tribunal de Contas da União que prevê a decisão de caráter cautelar. Dessa forma, não parece configurada a plausibilidade jurídica do pedido. Indefero a liminar. Abra-se vista à Procuradoria-Geral da República. Publique-se. Brasília, 17 de dezembro de 2003. Min. Gilmar Mendes Relator”²⁰

Conclusão diferente não pode ser aplicada aos casos de sustação de contratos; isto porque, diante do que antes expusemos (nota de rodapé nº 5), apesar de apresentar-se controvertida a interpretação dos §§ 1º e 2º do art. 71, da Constituição Federal de 1988, a nós parece possível a sustação dos contratos que porventura estejam de forma ilegal ou irregular e que, por isso, causem danos ao Erário.²¹

Destaque-se, no entanto, que para aqueles que defendem a impossibilidade de sustação de contratos pelos Tribunais de Contas, se assim procederem, poderá surgir um ato inconstitucional passível de gerar o dever de indenizar, caso reste comprovado dano.

C) A responsabilidade civil decorrente da omissão de fiscalização

Em razão dos comandos previstos nos incisos IV e V, ambos do art. 71 da Constituição Federal de 1988, caberá aos Tribunais de Contas, por iniciativa própria, ou mediante provocação, a missão de exercer a fiscalização por meio de inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativos, Executivo e Judiciário, nas entidades que compõem a administração pública indireta e em pessoas jurídicas particulares que administrem valores ou bens públicos e, ainda, nas empresas supranacionais de cujo capital social a União Federal participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo.

Destaque-se que a atuação fiscalizatória dos Tribunais de Contas não se apresenta como mera faculdade, mas sim como um verdadeiro dever de agir. Neste caso, se danos advierem a terceiros pessoas em razão da ausência ou falha na fiscalização dos Tribunais de Contas, poderá surgir o dever de indenizar da pessoa jurídica pública a que estiver vinculado.

Deve-se chamar a atenção, neste ponto, para o fato de estar a se imputar ao Estado o dever de indenizar em razão de uma omissão administrativa, situação que merece uma análise mais pormenorizada, principalmente após a vigência do Código Civil de 2002.

Até o advento do Código Civil de 2002, doutrina e jurisprudência majoritárias entendiam que as omissões administrativas que causassem danos a terceiros gerariam

²⁰ MS 24710 MC / DF – Medida Cautelar no Mandado de Segurança. Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento 17 de dezembro de 2003. Pub. Diário da Justiça da União de 02 de fevereiro de 2004. p. 00090.

²¹ Neste diapasão, imagine-se a sustação de um contrato administrativo de concessão sem a oitiva do concessionário que, para vencer o certame licitatório, foi obrigado a contrair obrigações que importam gastos de grande monta. Neste caso, a imediata sustação, sem o devido processo legal, é passível de causar danos e, se assim ocorrer, comprovado o nexo causal, patente restará o dever de indenizar do Poder Público.

o dever de indenizar da pessoa jurídica de direito público, desde que restassem comprovadas a culpa anônima ou a falta do serviço. Para essas situações, excetuava-se a regra inserta no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 e aplicava-se a teoria subjetiva, baseada na culpa, sob o fundamento de sua previsão no art. 15 do Código Civil de 1916.²²

Ocorre que o aludido art. 15 do Código Civil de 1916 foi revogado pelas disposições constantes no art. 43 do Código Civil 2002, que praticamente repete o teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, trazendo à legislação civil infraconstitucional a teoria do risco administrativo para embasar a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público.²³

E se assim ocorreu, em razão da legislação vigente no Brasil, não há mais espaço para sustentar a responsabilidade subjetiva das pessoas jurídicas de direito público, baseada na culpa²⁴. Não fosse pela ausência de norma legal neste sentido, mas, também, em detrimento de regras explícitas e específicas em sentido contrário, que determinam a incidência da responsabilidade civil objetiva, baseada na teoria do risco administrativo.²⁵

Comunga com o entendimento supra a autorizada doutrina da jurista Patrícia Serra Ribeiro Vieira, eis que, escrevendo ainda no período de *vacatio legis* do Código Civil de 2002, afirmou, *verbis*:

*“Vê-se superada a celeuma em torno da inaplicabilidade da teoria de responsabilidade objetiva aos atos omissivos do Estado, pois revogado que estará o art. 15 do Código Civil vigente, por falta, então, de fundamentação legal, responderá o Estado sem que se prove que faltou a dever legal ou procedeu de forma contrária ao direito; bastando, para tanto, a ação ou omissão do Estado ligado à causa do dano.”*²⁶

²² Neste sentido, apresenta-se a lição doutrinária de Celso Antônio Bandeira de Mello. *In*: Curso de Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 818-819.

²³ Sobre a teoria da responsabilidade civil objetiva, baseada no risco, agasalhada pelo art. 927 do Código Civil de 2002, deve-se remeter o leitor ao trabalho desenvolvido por Carlos Young Tolomei, *In*: TEPEDINO, Gustavo (Org.). A Parte Geral do Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 345-365.

²⁴ Digno registrar, entretanto, a doutrina de Fabiano Mendonça, que deixa de admitir a responsabilidade civil subjetiva das pessoas jurídicas de direito público após a revogação do art. 15, do Código Civil de 1916 e a entrada em vigor do art. 43, do Código Civil de 2002. Vejamos, *verbis*: “Logo, embora sem a abrangência de seu equivalente constitucional (na medida em que não contempla as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, tema que foi grande inovação do Texto constitucional de 1988, malgrado a possibilidade de sua responsabilização objetiva, nos termos da Nova Lei, por outros dispositivos; do que, claro, não afasta o dever constitucionalmente imposto), o art. 43 do Novo Código, à semelhança do art. 15 de seu antecessor – observando que este contemplava responsabilidade subjetiva – tratou da responsabilidade do Estado. Cuidou, então, de prever sua responsabilidade objetiva e o direito de regresso contra os responsáveis por culpa ou dolo, sem discordar dos ditames constitucionais.” MENDONÇA, Fabiano. Limites da Responsabilidade do Estado. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 203.

²⁵ O mesmo entendimento é defendido por: TEPEDINO, Gustavo. A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e sua Controvérsias na Atividade Estatal. *In*: Temas de Direito Civil. Ob. cit. pp. 191-192. No mesmo sentido apresenta-se a doutrina de MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Problemas da responsabilidade civil do Estado. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, pp. 35-66, jul/set 2002, pp. 51-53.

²⁶ VIEIRA, Patrícia Serra Ribeiro. *In*: Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos. Tese cit., p. 96. João Agnaldo Donizeti Gandini e Diana Paola da Silva Salomão também chegaram à conclusão de que a responsabilidade civil do Estado por conduta omissa é objetiva, regulada pela teoria do risco administrativo, defendendo, inclusive, que tal entendimento vigora desde a promulgação da Constituição

Aceitar a responsabilidade civil subjetiva da administração pública em casos de omissões específicas seria impor ao lesado o dever de provar uma conduta negligente, imprudente ou imperita do agente público, situação que o legislador, sobretudo o constitucional, buscou extirpar do ordenamento jurídico brasileiro. Advirta-se, por oportuno, que ao lesado incumbirá o ônus da prova da omissão estatal, isto é, do seu dever de agir previsto em lei ou da manifesta irrazoabilidade da abstenção, do dano e do nexo de causalidade, não bastando singelas alegações, eis que, nos termos do surrado brocardo latino, *allegatio et non probatio quasi non allegatio*.

Por outro lado, não se pode chegar ao absurdo de imaginar que todas as situações que configurarem omissão estatal serão passíveis de fazer surgir o dever de indenizar das pessoas jurídicas de direito público, com fundamento na sua responsabilização objetiva. O Estado não pode ser concebido como um segurador universal²⁷ de todos os males ocorridos na sociedade²⁸. Somente as omissões específicas, isto é, aquelas em que o dever de agir estatal é imposto em lei, devem ser levadas em consideração para a deflagração do nexo de causalidade e, assim, da conseqüente obrigação de indenizar, ante a regra inserta no art. 43 do Código Civil de 2002. Em casos de omissões genéricas, inexistirá o dever de indenizar do Estado.²⁹

A se admitir que toda e qualquer omissão estatal, isto é, tanto a omissão específica quanto a omissão genérica, são passíveis de fazer com que o Estado responda objetivamente, estar-se-ia arraigando no direito brasileiro a teoria do risco integral, em que o poder público sempre será responsabilizado por qualquer dano sofrido por qualquer pessoa, sob a alegação de que houve omissão na prestação de um serviço público, mormente agora frente ao texto constitucional de 1988, repleto de normas

Federal de 1946. Confira-se: “Concluindo, pode-se afirmar que o legislador brasileiro, bem como a doutrina e a jurisprudência, sempre tiveram clara a evolução da responsabilidade do Estado, sempre no sentido de sua objetivação, afastando-se da culpa e aproximando-se do risco, até assumi-lo, sendo razoável que se falasse em algum tipo de responsabilidade subjetiva apenas no período que vai do início de vigência do antigo Código Civil de 1916 até a promulgação da Constituição Federal de 1946, quando, promulgada esta, a responsabilidade do Estado passou a ser objetiva, ficando revogado o Código Civil” GANDINI, Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. A Responsabilidade Civil do Estado por Conduta Omissiva. *In*: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 232, pp. 199-230, abr/jun, 2003, p. 223.

²⁷ Confira-se, a respeito, a lição de Diogo Freitas do Amaral, *verbis*: “Mas – já o dissemos acima – a redação de nossa lei não deixa de ser prudente, como se impõe em matéria de responsabilidade objetiva. Porque se o direito for aqui longe de mais, o Estado não terá capacidade financeira para suportar o pagamento de todas as indenizações a que fatalmente será condenado. Além do que não parece acertado construir uma sociedade livre e pluralista na base da transferência de todos os riscos da vida social dos indivíduos e das empresas para o Estado.” AMARAL, Diogo Freitas do. Direito Administrativo. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2000, v. 1, pp. 520-521.

²⁸ Registre, porque oportuno, que não se desconhecem os estudos acerca da socialização dos riscos, bem como da viabilidade da criação de um seguro social a ser gerido pelo Estado, mas custeado por toda a sociedade, para indenizar os danos nas situações em que não for possível descobrir o seu causador, sempre com fundamento na teoria da solidariedade social. Nesse sentido, à guisa de exemplo, mister citar os trabalhos desenvolvidos por Wilson Melo da Silva na sua obra Responsabilidade Sem Culpa. São Paulo: Saraiva, 1974, Capítulo XII, p. 164 e seguintes; bem como por Patrícia Serra Vieira, *In*: Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos. Tese cit. pp. 117 e seguintes.

²⁹ Neste sentido vem se posicionando a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, merecendo destaque a ementa de acórdão cuja relatoria competiu ao Desembargador Gilberto Rego, em que se confirmou sentença que julgara improcedente o pedido formulado em

constitucionais programáticas³⁰ que atribuem deveres ao Estado e direitos – não subjetivos – ao cidadão.

O entendimento aqui defendido parece coadunar com a doutrina de Juan Carlos Cassagne, eis que assim professou, *in verbis*:

“La clave para determinar la falta de servicio y, consecuentemente, la procedencia de la responsabilidad estatal por un acto omisivo se encuentra en la configuración o no de una omisión antijurídica. Esta última se perfila sólo cuando sea razonable esperar que el Estado actúe en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares. Ahora bien, la configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el Estado o sus entidades incumplan una obligación legal expresa o implícita (art. 1074, Código Civil.) tal como son las vinculadas con el ejercicio de la policía administrativa, incumplimiento que pueda hallarse impuesto también por otras fuentes jurídicas (v.gr.: costumbre y los principios generales del Derecho).

Además, para que se genere la obligación de responder, resulta necesario que se trate de una obligación (o sea de un deber concreto) y no de un deber que opere en dirección genérica y difusa, es decir en definitiva, de una obligación a cuyo cumplimiento pueda ser compelida la Administración, aun cuando para ello fuera menester cumplimentar determinadas cargas procesales (v.gr. habilitar la instancia). El límite de la responsabilidad está dado por las condiciones generales de exclusión de la obligación de responder que se configure por la

demanda com pedido de indenização aforada em face do Estado do Rio de Janeiro, por suposto dano causado em omissão de prestação do serviço público de segurança pública. Vejamos: “Apelação cível. Indenização. Danos materiais e morais. Seqüestro seguido de morte. Suposta omissão do Estado. Recurso do Autor, pela reforma da sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório, dando outras providências. Responsabilidade do Estado. Teoria do risco administrativo. Omissão genérica e específica. Somente se havida a chamada omissão específica do Estado, na prestação dos seus serviços públicos de Segurança e Justiça, teria razão o recorrente. Não configurada tal hipótese, correta a decisão recorrida, a qual é mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível n.º 2002.001.13361. Órgão Julgador: Sexta Câmara Cível. Relator: Des. Gilberto Rego. Ementário: 02, de 2003 – n.º. 30 de 13 de fevereiro de 2003.

³⁰ Discute-se na doutrina a efetividade das normas programáticas. A nosso sentir, a razão está, respeitadas as opiniões em sentido contrário, com o segmento doutrinário que entende que tais normas são providas de efetividade em um sentido negativo, eis não geram para o cidadão um direito subjetivo à sua obtenção, mas sim o direito de não ver qualquer outra norma dispendo em sentido contrário. Nas palavras de Maria Helena Diniz, as normas constitucionais programáticas “impedem que o legislador comunique editadas normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhes dará plena aplicabilidade, condicionando, assim, a futura legislação com a consequência de ser inconstitucional; (...); e estabelecem direitos subjetivos por impedirem comportamentos antagônicos a elas”. DINIZ, Maria Helena. Norma Constitucional e seus efeitos. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 116.

*ocurrencia de los supuestos jurídicos de caso fortuito o fuerza mayor.*³¹

No mesmo diapasão apresenta-se a lição doutrinária de José dos Santos Carvalho Filho, cuja transcrição se faz necessária, *verbis*:

*“Todavía, quando a conduta estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir um dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos.”*³²

Conclui-se, então, asseverando que ao Tribunal de Contas compete exercer, por disposição constitucional, a fiscalização contábil, financeira e orçamentária, nos termos do que dispõem os incisos IV e V do art. 71, e, caso assim não proceda, ou caso proceda de forma irregular, possível será o surgimento o dever de indenizar da pessoa jurídica de direito público ao qual está vinculado, em razão de sua omissão, caso de sua conduta decorram danos comprovados.

D) A responsabilidade civil decorrente do julgamento de contas

O art. 71, inciso II, da Constituição Federal de 1988, aduz ser da competência dos Tribunais de Contas julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário.

Autores há que entendem, especificamente no caso do dispositivo legal acima mencionado, que os Tribunais de Contas exercem típica função jurisdicional. É o caso de Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, que se posicionou:

“No atual modelo constitucional positivo, ficou indelevelmente definido o exercício da função jurisdicional pelos tribunais de contas. Efetivamente, nos estatutos políticos anteriores, era atribuída competência para julgar em mais de uma matéria, ensejando complexidade lógica para a definição do que não seria decidido com força de coisa julgada.

(:.)

Está, portanto, na própria Constituição Federal a expressa definição da jurisdição dos tribunais de contas.

(...)

No presente caso, o que é olvidado, com frequência, é que a competência textualmente definida como julgamento foi

³¹ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, Tomo I, pp. 518-519.

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 447.

cometida a órgão estatal constitucionalmente, para o qual o constituinte expressamente utilizou as expressões jurisdição, julgar e judicatura.”³³

Em sentido contrário, e de forma veemente, se posicionou José Cretella Júnior:

“Somente quem confunde ‘administração com ‘jurisdição’ e ‘função administrativa’ com ‘função jurisdicional’ poderá sustentar que as decisões dos Tribunais de Contas do Brasil são de natureza judicante. Na realidade, nem uma das muitas e relevantes atribuições da Corte de Contas entre nós é de natureza jurisdicional.”

Os juristas que procuram defender a posição que atribui natureza jurisdicional às decisões dos Tribunais de Contas raciocinam globalmente, sem analisar uma a uma cada atribuição para verificar e concluir dessa análise que as atribuições dessas Cortes, pela forma e pelo conteúdo, são de natureza administrativa, tais como a emissão de pareceres sobre contas que o chefe do Executivo presta, anualmente, a elaboração de relatório sobre o exercício financeiro encerrado, o registro e a fiscalização da legalidade dos contratos, das aposentadorias, das reformas e pensões, a verificação das contas dos responsáveis por dinheiros e bens públicos, bem como apreciação das contas dos administradores de entidades autárquicas.”³⁴

A discussão doutrinária acima apontada revela-se de grande importância para o instituto da responsabilidade estatal por atos oriundos dos Tribunais de Contas. Isto porque, a se entender que a atividade de julgamento prevista no art. 71, II, da Constituição Federal de 1988 é jurisdicional, poder-se-á pretender, nestas hipóteses, que seja aplicado o mesmo regime de responsabilização civil do Estado em decorrência de atos do Poder Judiciário, no exercício de sua função típica.

Neste caso, a doutrina e a jurisprudência tradicionais enfatizam que o Estado, em regra, é irresponsável civilmente por ato emanado do Poder Judiciário, somente admitindo-se exceção a esta regra nas hipóteses previstas no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal de 1988³⁵ e nos demais casos declarados em lei. Argumenta-se em favor desta tese que a judicatura decorre da soberania de um dos Poderes da República. Diz-se ainda que o magistrado não é um agente do Estado para fins de aplicação do art. 37, § 6º da Constituição Federal de 1988, mas sim um membro de Poder.³⁶

³³ In Tribunais de Contas do Brasil. Jurisdição e Competência. Ob. Cit., pp. 136, 139 e 142. O Autor traz percuciente fundamentação para sua posição doutrinária, citando, inclusive, vasta doutrina nacional, bem como comparando o sistema constitucional brasileiro com o de outros países.

³⁴ CRETILLA JÚNIOR. José. “Natureza das Decisões do Tribunal de Contas”. Revista de Direito Administrativo, n.º 116. Out/dez 1986, pp. 1-2. Ao que parece, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do MS 23550 / DF por meio do seu Tribunal Pleno (v. nota 16), negou a natureza jurisdicional às decisões dos Tribunais de Contas. Entendeu a Corte Suprema que as decisões das Cortes de Contas são acometidas de “de colorido quase – jurisdicional”.

³⁵ “Art. 5º (...) – LXIV – O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

³⁶ Por todos, mencione-se a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *verbis*: “Tanto quanto o parlamentar, tampouco, o magistrado é um agente para os efeitos de abrangência do art. 37, § 6º, da Carta Federal, mas um membro de Poder, enquanto atue substantivamente em sua função jurisdicional. Não obstante, o juiz, no desempenho de funções da administração introversa, é um agente de Poder, tanto quanto o agente extroverso da Administração Pública.

A solução encontrada pela doutrina tradicional para eventual indenização daqueles que se sentirem lesados com a atuação de um magistrado é buscar a sua responsabilização pessoal, diante da teoria subjetiva, baseada na culpa, nos termos do que dispõe o art. 133, incisos I e II, do Código Penal Civil.³⁷

Assim, a se entender que a competência de julgamento dos Tribunais de Contas é de natureza jurisdicional, estaríamos, à luz do majoritário entendimento da doutrina e da jurisprudência, sedimentando a teoria que proclama a irresponsabilidade civil estatal, para relegar aos supostos lesados a tentativa de responsabilização pessoal dos Conselheiros, que seriam equiparados aos magistrados para fins de aplicação da regra inserta no art. 133, I e II, do Código Penal Civil.³⁸

Sem embargo das opiniões contrárias, pensamos possuir a atividade de julgamento exercida pelos Tribunais de Contas natureza administrativa, não havendo espaço para equipará-la à típica decisão judicial do Poder Judiciário, mormente para fins de responsabilidade civil, em razão da aplicação do princípio da jurisdição una (ou inafastabilidade do controle jurisdicional)³⁹, inserto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

(...) E apenas em dois casos, diante do ato judiciário, o sistema legal vigente abre exceções: no caso de erro judiciário em matéria penal (art. 5º, LXXV, Constituição Federal) e no caso de dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências por parte do juiz (art. 133, I e II, Código Penal Civil); sendo que, nesta Segunda hipótese, a responsabilidade é pessoal e exclusiva do magistrado que perpetrar a ilegalidade, não se comunicando ao Estado.” MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 580-581.

³⁷ Digno registrar a evolução da jurisprudência, sobretudo do Egrégio Supremo Tribunal Federal, que já admite a responsabilidade direta do Estado por atos praticados por magistrado no exercício da função jurisdicional. Confira-se: “Ementa: - Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 228977/SP. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relato: Min. Néri da Silveira. Publicação: DJ Data de 12 de dezembro de 2002 pp.00066 Ement vol 02064-04 pp.00829. Julgamento: 05 de março de 2002).

³⁸ Digno de registro o trabalho desenvolvido por Lair da Silva Loureiro Filho, em que aborda, com acuidade, toda a problemática da responsabilidade civil do Estado por atividade judiciária no direito brasileiro, para, resumidamente, emitir conclusão com a qual concordamos, *verbis*: “Resumo: Um dos fundamentos do Estado do Direito está na responsabilidade pública plena, por danos causados em razão do desempenho de suas atividades. A unidade da soberania estatal enseja a de sua responsabilidade, sendo irrelevante se o ato lesivo resulta de atividade do Executivo, Legislativo ou Judiciário. A doutrina e jurisprudência contemporâneas caminham a passos lentos nesse sentido. O direito brasileiro, a exemplo do estrangeiro (analisados neste trabalho o inglês, francês e espanhol), ainda reluta em estender à atividade do Poder Judiciário as consequências da responsabilidade pública em geral.” LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. Responsabilidade Pública por Atividade Judiciária no Direito Brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 231, pp. 05-46, Jan/Mar 2003.

³⁹ Neste sentido, colha-se a doutrina de Hely Lopes Meirelles, *verbis*: “O sistema judiciário ou de jurisdição única, também conhecido por sistema inglês e, modernamente, denominado sistema de

Em razão do exposto, caso reste comprovado que o Tribunal de Contas, no exercício de sua competência instituída pelo art. 71, inciso II, da Constituição Federal de 1988, apreciou, culposa ou dolosamente, as contas do Chefe do Poder Executivo ou de outro gestor de dinheiro ou bem público, sem a isenção técnica ou o método que a lei lhe reclama, configurado restará o desvio de finalidade na sua atuação, situação ilícita que poderá fazer surgir o dever de indenizar da pessoa jurídica de direito a que estiver vinculada a Corte de Contas, desde que, por óbvio, comprovada a ocorrência de dano.

E) A responsabilidade civil decorrente da exigência de prévia submissão de editais de licitação e contratos administrativos

O art. 113, § 2º da Lei Nacional nº 8.666, 21 de junho de 1993 determina que “os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data do recebimento das propostas, cópia do edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas”.

A constitucionalidade do dispositivo legal acima transcrito não é indene de críticas. Alega-se que o controle exercido pelos Tribunais de Contas é apenas posterior à prática de atos que possam criar despesas ou renúncias de receitas para o ente público. Em razão disso, por não estar a competência de requisição de edital de licitação arrolada expressamente nos incisos do art. 71 da Constituição da República de 1988, parte da doutrina entende que não poderia a lei conferir às Cortes de Controle poderes de controle prévio, sob pena de inconstitucionalidade. Esse, ao que parece, é o entendimento de Sylvania Braga Tavares Paes eis que, em parecer jurídico proferido no exercício do cargo de Procuradora do Estado do Rio de Janeiro, concluiu:

“E, como o controle que a Constituição confere ao Tribunal de Contas é um controle exercitável a posteriori, não se pode admitir sua intromissão nos editais de licitação, porquanto isso seria o mesmo que lhe atribuir competência para interferir, previamente, nos contratos administrativos.

Por fim, há que se destacar que, se os editais de licitação puderem ser sustentados pelo Tribunal de Contas do Estado, em razão da competência que a Constituição Federal conferiu a esse Tribunal, no art. 71, X, além da antecipação do momento do controle dos contratos, estará configurada, de certa forma, uma usurpação da competência conferida, exclusivamente, ao Congresso Nacional, qual seja a de sustar os contratos celebrados pela Administração, pois, como se disse antes, o edital

controle judicial, é aquele em que todos os litígios de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados – são resolvidos judicialmente pela Justiça Comum, ou seja, pelos juizes e tribunais do Poder Judiciário. (...) Não existe, pois, no sistema anglo-saxônio, que é o da jurisdição única (da Justiça Comum), o contencioso administrativo do regime francês. Toda controvérsia, litígio ou questão entre particular e a Administração resolve-se perante o Poder Judiciário, que é o único competente para proferir decisões com autoridade final e conclusiva, a que o citado, Freund denomina final enforcing power e que equivale à coisa julgada judicial. O Brasil adotou, desde a instauração de sua Primeira República (1891), o sistema da jurisdição única, ou seja, o do controle administrativo pela Justiça Comum.” MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 56-58.

traz em si todas as cláusulas do contrato. Por certo, não se estaria sustando a execução de um contrato, mas, mais do que isso, estar-se-ia impedindo sua celebração.

(...)

Por isso, concessa maxima venia, o art. 113, § 2., da Lei no 8.666, 21 de junho de 1993 me parece inconstitucional.”⁴⁰

Assim, para aqueles que entendem ser inconstitucional a regra inserta no art. 113, § 2º da Lei Nacional n. 8.666, 21 de junho de 1993, toda e qualquer requisição de editais de licitação pelos Tribunais de Contas poderá gerar o dever de indenizar do ente federado a qual pertencer, desde, é claro, que restem comprovados o dano e o nexo de causalidade.

Entendemos, porém, não haver inconstitucionalidade no art. 113, § 2º da Lei de Licitações, uma vez que é atribuição das Cortes de Contas controlar os atos em sentido estrito – e contratos, como já mencionamos anteriormente – daqueles que atuam com dinheiro público não só pelos aspectos da legalidade e constitucionalidade, mas, também, sob o enfoque da legitimidade e economicidade, inclusive para prevenir danos ao Erário. Nesse sentido apresenta-se a lição de Jessé Torres Pereira Júnior:

“Resulta certo, portanto, que os Tribunais de Contas não podem ‘legislar’ sobre licitação e contratos, expedindo normas gerais regulamentadoras, até porque, se o fizessem, usurpariam função legislativa que não lhes cabe. Mas podem, concomitantemente à execução, desde que no caso concreto, exercitar o controle que lhes cumpre efetivar sobre os atos concernentes à realização da despesa pública, inclusive para prevenir vícios que os invalidariam ou lesariam o interesse público ou o direito dos licitantes”⁴¹

Mas, se é possível concluir que as Cortes de Contas possuem competência para requisitar cópias de editais de licitações já publicados, até o último dia útil da data marcada para o recebimento das propostas, certo é que essa competência deve ser exercida de modo a preservar o interesse público e não causar dano ou tumulto às entidades fiscalizadas.

Com efeito, sendo comprovados dano ocasionado aos licitantes ou à entidade que promoverá o certame licitatório em razão de expediente impertinente das Cortes de Contas, quando da requisição de cópias de editais de licitação, passível será o dever de

⁴⁰ As conclusões transcritas resultaram do Parecer n.º 02, de 1996, lavrado no ano de 1996, devidamente visto e aprovado pelo Procurador-Geral do Estado, Dr. Raul Cid Loureiro. O parecer foi publicado na Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro n.º 50, no ano de 1997, pp. 308-324.

⁴¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.113. É o mesmo o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “Administrativo. Licitação. Modificação do Edital. Procedimento Licitatório. Reincio. Duplo Grau Obrigatório. Se por força de decisão do E. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro são modificadas ascondições originárias do edital de concorrência pública para prestação de serviço público de transporte urbano, deve a administração municipal reiniciar o procedimento licitatório, a fim de preservar a publicidade inerente aos atos administrativos além de reabrir oportunidade de novos interessados participarem do certame, porque novas as condições oferecidas pela administração. Sentença mantida em reexame necessário.” (Processo: 2003.009.00129. 17ª Câmara Cível. Rel. Des. Henrique de Andrade Figueira. Julgado em 28 de maio de 2003)

indenizar da entidade política a que pertencer o Tribunal⁴², pois caracterizado estará o desvio de finalidade em sua atuação.

V - Conclusões

Os Tribunais de Contas possuem natureza jurídica de órgãos constitucionais autônomos e independentes hierarquicamente dos demais Poderes da República e são dotados de competências administrativas constitucionalmente estabelecidas para exercer o controle da legalidade e da legitimidade dos atos administrativos e, em determinados casos, dos contratos, emanados dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, mais especificamente no que diz respeito à fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

Ao se afirmar que os Tribunais de Contas detêm competência administrativa de fiscalização para prevenção e repressão de ilegalidades no âmbito dos Três Poderes da República, importa afirmar que as Cortes de Contas não exercem, tipicamente, função legislativa e jurisdicional, o que veda a elas sejam aplicados os entendimentos da jurisprudência e da doutrina, ainda majoritários, de (ir)responsabilidade civil do Estado por estes atos.

Por serem considerados órgãos autônomos, os Tribunais de Contas não possuem personalidade jurídica para que possam ser Réus em demandas judiciais com pedido de indenização por perdas e danos.

No entanto, em razão da Teoria do Órgão, seus atos serão imputados, para fins de responsabilização civil, às pessoas jurídicas de direito Público – União Federal, Estados ou Distrito Federal ou Municípios – a que estiverem vinculados.

E em assim sendo, as pessoas jurídicas de direito público deverão ser responsabilizadas civilmente por atos dos agentes públicos lotados nos Tribunais de Contas, desde que comprovado reste, por parte do lesado, uma conduta injusta – que poderá ser uma ação ou uma omissão voluntária e específica -, um dano efetivo e direto e o nexo de causalidade.

Para se eximir do dever de indenizar a pessoa jurídica de direito público deverá comprovar uma das excludentes do nexo causal, quais sejam: o fato exclusivo da vítima; fato de terceiro; ou o caso fortuito ou a força maior.

Destaca-se, por fim, que os Tribunais de Contas, quando do exercício de suas competências, devem agir em total respeito aos princípios constitucionais explícitos (art. 37, *caput*, Constituição Federal de 1988) e implícitos, aplicáveis à Administração Pública, evitando, assim, que seus atos se desvinculem do conteúdo técnico de atuação para uma atuação política à margem da impessoalidade e da moralidade, situação que fulminaria a sua importante missão constitucional por vício de legalidade e que conduziria, com isso, ao surgimento do dever de indenizar das pessoas jurídicas públicas às quais estão vinculados.

Referências

- AMARAL, Diogo Freitas. *Direito Administrativo*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2000, v. 1.
- BARROSO, Luis Roberto. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.º 203, jan./mar. 1996.

⁴² Advirta-se que se o dano for causado ao ente que promove a licitação e se este for a própria entidade política a que pertencer o Tribunal de Contas, (exemplo, licitação promovida pelo Estado e requisição do edital pelo Tribunal de Contas do Estado) impossível será a aplicação do instituto da responsabilidade civil, uma vez que incidirá a regra inserta no art. 381 do Código Civil, que disciplina o instituto da confusão.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992, v. 3, Tomo III.

BRITO, Carlos Ayres de. *In* Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. n.º 25. Dezembro de 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 7. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2002, Tomo I.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n.º 38, out./dez. 1997.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRETELA JR., José. *O Estado e a Obrigação de Indenizar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. "Natureza das Decisões do Tribunal de Contas". *Revista de Direito Administrativo*. N.º 116. Out/dez 1986

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIPIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1944, tomo I.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil. Jurisdição e Competência*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

GANDINI, Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva. *A Responsabilidade Civil do Estado por Conduta Omissiva*. *In*: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 232, abr/jun, 2003.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade Pública por Atividade Judiciária no Direito Brasileiro*. *In*: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 231, Jan/Mar 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDONÇA, Fabiano. *Limites da Responsabilidade do Estado*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

MONTEBELLO, Marianna Souza Soares. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Ano XVII, n.º 2.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. Problemas da responsabilidade civil do Estado. Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC. Rio de Janeiro, v. 3, n. 11, jul/set 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revista do Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro. nº 25. Dezembro de 2003.

_____. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEISIER, Gustave. *Droit Administratif*. 13. ed. Paris: Mémentos Dalloz, 1987.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1975.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de Direito Público. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOLOMEI, Carlos Young. A Parte Geral do Novo Código Civil. TEPEDINO, Gustavo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro. nº 24. Março de 1993.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito de Danos. 2002. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro.

A (IN)DISCIPLINA DAS OBRIGAÇÕES PECUNIÁRIAS NA LEI N. 10.931, DE 2 DE AGOSTO DE 2004

Letácio Jansen*

Sumário - 1 – Introdução; 2 – Ideologia da correção monetária; 3 – As planilhas de cálculo elaboradas pelo credor como títulos executivos extrajudiciais; 4 – Desrespeito a regras elementares de direito cambiário; 5 – A má regulação dos juros; 6 – Uma superposição de encargos; 7 – Considerações finais.

1- Introdução

A Lei n. 10.931, de 2 de agosto de 2004 consiste num conjunto de dispositivos (cerca de 313, dentre artigos - estes em número de 67 - parágrafos, incisos, itens e letras), agrupados em 6 (seis) grandes capítulos que, malgrado sua amplitude e seu ecletismo (eles tratam de matéria tributária, civil, cambiária, falimentar, processual civil, criminal, previdenciária, administrativa, trabalhista, etc) não têm a natureza sistemática de um estatuto, nem de uma consolidação, podendo definir-se, portanto, apenas, como um “apanhado de normas” reunidas num único instrumento para facilidade de manuseio.

O meu propósito não é o de analisar esses variados aspectos da lei mas, apenas, o de criticar o retrocesso na disciplina das obrigações pecuniárias que ela promove, como se verifica, especialmente, dos arts. 12, e § 1º incisos IV, V, VI e VII; 13 e parágrafo único; 19, inciso VIII; 20 e parágrafo único; 26 e § 2º; 28 e seus parágrafos; 46 e seus parágrafos; 47 e parágrafo único; 48; 49; 50; 55 e 56.

2 – A Ideologia da Correção Monetária

Na contra-mão do processo de desindexação da economia promovido pelo Plano Real a lei alude, explicitamente, nada menos do que em dez oportunidades à correção monetária, sendo nove vezes à atualização monetária e uma à atualização cambial¹.

É verdade que o legislador emprega, às vezes, algumas ressalvas – do tipo “se for o caso” e “como permitido em lei”- que, contudo, além de redundantes, parecem querer dissimular a intenção de veicular, ainda que subliminarmente, a mensagem de que a correção monetária deve voltar a ser admitida no Direito brasileiro.

O art. 46, por sinal, constitui a manifestação concreta desse propósito, ao promover um sério recuo no processo de desindexação quando autoriza – e, indiretamente, estimula – a inserção nos contratos de comercialização de imóveis, de financiamentos imobiliários em geral e nos de arrendamento mercantil de imóveis, bem como nos títulos e valores mobiliários por eles originados, com prazo mínimo de trinta e seis meses, a estipulação de cláusula de reajuste, com periodicidade mensal, por índices de preços setoriais ou gerais ou pelo índice de remuneração básica dos depósitos de poupança.

A lei da desindexação, como se sabe, não admite, de um modo geral, correção monetária por período inferior a um ano e restringe a utilização de índices². Essa proibição,

* Procurador aposentado do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Procurador Geral do Estado. Presidente do Instituto de Estudos Monetários. Advogado.

¹ A lei refere-se à atualização monetária nos art. 12, *caput*; 12, § 1º, V; 13; 13, parágrafo único; 28, § 1º, II; 46, § 1º; 50, § 3º; 56, §§ 3º e 6º e à atualização cambial no art. 28, § 1º, II. Fala, ainda, em reajuste, no artigo 19, VIII, em índice de preços, nos arts. 13, *caput*, 13, parágrafo único e 46 e em moeda estrangeira, no art. 26, § 2º.

² Cf. a Lei n. 10.192, de 14 de fevereiro de 2001