

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP

Antonio Carlos Alves Pinto Serrano

**O Direito Administrativo Sancionador e a Individualização da Conduta
nas Decisões dos Tribunais de Contas**

Mestrado em Direito

São Paulo

2019

Antonio Carlos Alves Pinto Serrano

**O Direito Administrativo Sancionador e a Individualização da Conduta
nas Decisões dos Tribunais de Contas**

Mestrado em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito: efetividade do Direito, área de concentração Direito Administrativo, sob a orientação do Professor Doutor Márcio Cammarosano.

São Paulo

2019

Antonio Carlos Alves Pinto Serrano

O Direito Administrativo Sancionador e a Individualização da Conduta
nas Decisões dos Tribunais de Contas

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito: efetividade do Direito, área de concentração Direito Administrativo.

Aprovado em: __/__/__

Banca Examinadora:

À Stella Sablone Serrano, que sempre à minha frente
mostra que os caminhos a serem seguidos não passam de
um mero passeio pela vida, cujo amor e cumplicidade
inspiram todas as minhas realizações.

"Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos. Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos."

(PUBLIUS. Alexander Hamilton, John Jay,
James Madison. *O Federalista*)

AGRADECIMENTOS

Impossível esquecer de quando ingressei na Faculdade de Direito em 1996 e, com o incentivo de meu irmão Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, comecei a trabalhar em seu escritório, junto com os professores Luiz Tarcísio Teixeira Ferreira e Dr. Márcio Cammarosano.

Em regra, para um garoto de primeiro ano, restava pegar as filas e pagar as guias processuais para retirada de cópias e ingresso de ações, sem contar a espera nas filas de protocolo que começavam na Praça João Mendes e adentravam o saguão do fórum.

E foi esse grande Professor do Direito Administrativo brasileiro, Dr. Márcio Cammarosano, que me encarregou da primeira missão exclusivamente jurídica. A missão era ir ao fórum João Mendes e analisar os autos de um processo.

No caminho, rezava para não fazer nada de muito grave e treinava a cara de choro para solicitar o auxílio dos funcionários. O alívio veio com a indicação de que o processo havia “encerrado”, “terminado” e, com isso, a minha única missão seria repassar essa mensagem.

Quando cheguei no escritório, enchi o peito de pombo, digno dos grandes tribunos, e entoei em alto e bom som a todos os funcionários do jurídico que acompanhavam meu estimado Chefe que o processo havia “acabado”, “terminado”, “encerrado”. Recebi de volta ares de interrogação e o Dr. Márcio, com sua didática acadêmica, insistiu em confirmar minha informação. Com sublime entonação e digno de toda segurança do mundo, reafirmei aos quatro cantos que o processo estava “concluso”, ou seja, havia “terminado”.

Os risos naturais seguiram a primeira de muitas lições jurídicas que tive ao longo da vida, das quais, em sua maioria, esse verdadeiro mestre se fez presente.

Por isso, o maior agradecimento que faço é a essa pessoa estimada, notório jurista e profissional, que se tornou um grande amigo com o passar dos anos, Professor Doutor Márcio Cammarosano.

À minha admirável e brilhante esposa Stella Sablone Serrano, referência para todos os projetos da minha vida, primeira pessoa a tomar conhecimento de meus anseios acadêmicos e sonhos profissionais, e que sempre me incentivou a concretizá-los, por todo companheirismo, amor, carinho e afeto que tenho a honra de receber, e pelo apoio incondicional a todos os caminhos que percorro.

Aos meus pais, por todo suporte emocional e material, primeira referência na área do Direito, a qual tive o privilégio de seguir com todo seu apoio, por meus próprios passos, mas com o norte estabelecido por sua experiência e amor à profissão.

Aos meus irmãos, Pedro, Vidal, Anna, Yolanda e Carolina, paradigma e suporte para tudo, sempre me aconselhando e educando, torcendo e incentivando em todos os percursos da minha vida.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, por permitir o acesso ao que existe de melhor na construção científica do Direito no Brasil, e a todos os professores que dividiram seu saber, experiência e vocação na preparação de todos os alunos que integram honradamente essa família jurídica.

Aos meus amigos do Curso de Mestrado em Direito e do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, pela ajuda e colaboração na pesquisa e na leitura do trabalho, com críticas valiosas e ensinamentos de grande qualidade: ao Conselheiro João Antonio da Silva Filho, Maria Angélica Fernandes, Filippe Soares Lizardo, Moacir Marques da Silva, Nice Helena Polesi Sobreira, César Dias, Julio Cesar R. de Almeida, Natalia Schorr, Taiane Lobato de Castro, Wassila Caleiro Abbud e Fernanda Ghiuro Valentini Frioli.

Ao meu primo-irmão, mais irmão do que primo, Silvio Gabriel Serrano Nunes, por todo apoio e companheirismo nesses anos de estudo.

À Professora Carolina Zancaner Zockun e ao Professor Roberto Ferreira Archanjo da Silva, pelas excelentes críticas e observações indicadas no processo de qualificação da presente dissertação.

À Magali Gallello, gratidão pela leitura e revisão do texto, cuja dedicação foi visível em nossas conversas, sendo certo que todas as falhas ainda remanescentes são de minha exclusiva responsabilidade.

Aos meus amigos e parentes que sempre estiveram ao meu lado, que para evitar injustiças deixo de consignar o nome, porém jamais afasto do coração.

Aos meus sobrinhos. Não fui pai, mas tive a honra e o privilégio de ser o tio de tantas pessoas maravilhosas: Andrea, Arthur, Eduardo, Emanuel, Gabriela, Giovanna, Júlia, Juliana, Larissa, Laura, Manuela, Maria Clara, Mariana, Marina, Pedro, Rafael e Vivian.

Às minhas afilhadas Andrea Magalhães Serrano, Giovanna Sablone Nascimento, Mariana Salinas Serrano e ao meu afilhado Artur Serrano Costa.

RESUMO

A presente dissertação pretende explorar a importância da individualização da conduta na aplicação de sanções administrativas nos julgamentos realizados perante os Tribunais de Contas. Trata-se de análise contemplando a Teoria do Direito Administrativo Sancionador, bem como o papel do Estado e da Administração Pública no *jus puniendi*, com enfoque naquela garantia constitucional, albergada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A discussão será realizada a partir do desenho republicano brasileiro, com a apresentação da divisão das funções de poder e do sistema de controle interno e externo, demonstrando-se como os princípios constitucionais dialogam com o sistema sancionatório, tanto em relação à sanção administrativa como à penal, com maior enfoque na primeira. Diante desses elementos, serão abordados o funcionamento das Cortes de Contas e como suas decisões devem ser proferidas, com enfoque na garantia da individualização tanto da conduta como da pena.

Palavras-chave: Direito Administrativo Sancionador. Tribunais de Contas. Garantias Fundamentais. Individualização da Conduta.

ABSTRACT

This study aims to explore the importance of the individualization of the conduct in the application of administrative sanctions resulting from decisions of the Court of Auditors. The analysis contemplates the Theory of Sanctioning Administrative Law as well as the role of the State and Public Administration regarding the *jus puniendi*, focusing that constitutional guarantee, reinforced on the principles of reasonability and proportionality. Considering the Brazilian republican model, the research will approach the division of the functions of power as well as the external and internal control, showing how the constitutional principles reflect on the sanctioning system, regarding both administrative and penal sanction, emphasizing the first. Taking into account all these elements, it will be addressed the functioning of the Courts of Auditors and how their decisions should be drafted considering the guarantee of the individualization of both conduct and penalty.

Key-words: Sanctioning Administrative Law. Court of Auditors. Fundamental guarantees. Individualization of Conduct.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
1. CONCEPÇÕES PRELIMINARES.....	14
2. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	29
3. PRINCÍPIOS ORDENADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	37
3.1. Princípios Constitucionais da Administração Pública	40
3.1.1. Princípio da Legalidade	42
3.1.2. Princípio da Tipicidade	56
3.1.3. Princípio da Anterioridade.....	63
3.1.4. Princípio da Moralidade.....	65
3.1.5. Princípio da Publicidade	68
3.1.6. Princípio da Eficiência.....	68
3.2. Princípio do Devido Processo Legal.....	76
3.2.1. Da Publicidade dos Atos Processuais	78
3.2.2. Ampla Defesa e Contraditório	80
3.2.2.1 <i>As provas e a presunção de inocência nos processos administrativos sancionatórios</i>	84
3.2.2.2 <i>Direito a Defesa Técnica</i>	89
3.3. Princípio da Motivação	94
3.4. Medidas Cautelares	99
3.5. A Efetivação da Garantia da Imparcialidade	101
3.5.1. O Princípio do Juiz Natural no Processo Administrativo Sancionador	105
4. DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS	108
4.1. Análise da Culpabilidade (Tipicidade) na Aplicação das Sanções Administrativas	116
4.2. A Garantia Constitucional de Individualização das Condutas.....	126
4.2.1. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade relacionados à sanção administrativa e a individualização da conduta	127
4.3. As fases de aplicação da pena	135
4.4. A individualização da sanção administrativa: pessoas físicas e jurídicas estão na mesma esfera de proteção?	139
5. FORMAS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	142
5.1. Princípios Específicos da Atividade de Controle.....	146
5.2. Espécies de Controle.....	150
5.3. O controle exercido pelos Tribunais de Contas	156
5.4. As Decisões nos Tribunais de Contas	163
5.4.1. A natureza Jurídica das Decisões dos Tribunais de Contas.....	165

5.5. A individualização da conduta no julgamento perante os Tribunais de Contas.	175
5.5.1. Do julgamento das contas públicas.....	176
5.5.2. Análise das contas dos ordenadores de despesas.....	179
5.5.3. As decisões em análise de gastos públicos mediante auditorias em processo administrativo de contratação e a pessoa do ordenador de despesas	186
5.5.4. A individualização da conduta e a fórmula de dosimetria das sanções administrativas de acordo com a LINDB.....	197
CONCLUSÃO	205
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	210

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa partiu de um incômodo diante da análise de decisões tomadas pelos Tribunais de Contas brasileiros, em que se verifica a ausência de individualização da conduta dos agentes públicos, apontando, em grande parte, a responsabilidade dos ordenadores de despesas, como se devessem ter o conhecimento pleno de todas as minúcias e especificidades técnicas de uma contratação pública.

O questionamento de fundo consiste em como aplicar as garantias constitucionais do devido processo legal e da individualização da pena perante um processo administrativo cuja premissa primordial é de atribuir àquele que detém a tutela de bens públicos o dever de prestar contas. Esse dever de prestação de contas seria suficiente para encarregar o gestor todas as máculas causadas ao erário? Teria esse gestor público o direito de não responder por atos praticados por outros agentes propulsores do prejuízo causado ao erário público?

Durante o período da pesquisa acadêmica, deparamo-nos com a Teoria do Direito Administrativo Sancionador e fomos introduzidos a seus autores, rumando na direção de como deveria ser divisado o poder de punição do Estado e as diversas modalidades de sanção.

O estudo aprofundou-se nas características do Direito Administrativo Sancionador, com a finalidade de compreender como as garantias aplicadas aos acusados em geral poderiam ser estendidas ao campo do processo administrativo e deste para os processos perante as Cortes de Contas.

A partir da análise acerca dos princípios constitucionais inerentes às relações com a Administração Pública apresenta-se um panorama sobre o tema deste estudo, como um primeiro passo a fundamentar a unificação do poder punitivo estatal e consequente necessidade de assegurar as garantias fundamentais a todos os acusados e a todos que respondem processo administrativo, incluindo, naturalmente, todos os agentes públicos que devem prestar contas e estão submetidos à competência dos Tribunais de Contas.

Estabelecido o entendimento quanto à abrangência da força punitiva do Estado, a abordagem sobre as sanções administrativas, principalmente quanto aos requisitos para sua aplicação diante do caso concreto correlaciona-se diretamente com o tema em questão, uma vez que ao discutir a tipicidade e a culpabilidade resta demonstrado que seu alcance somente é válido quando individualizada a conduta do agente público.

A individualização da conduta possibilita a ponderação individual da responsabilidade do agente público e a atribuição de sanção ou pena de forma proporcional à extensão de suas ações, discussão esta que enseja a análise das formas de controle da Administração Pública.

De forma ordenada, apresentamos os princípios inerentes às atividades de controle e como são exercidos os controles internos e externos da Administração.

No âmbito do controle exercido sobre a Administração Pública, tratamos em detalhe a respeito da atuação das Cortes de Contas, destacando as características do Tribunal de Contas da União e discutindo sobre a natureza jurídica de suas decisões.

Como enfoque deste trabalho, foram analisados julgados dos Tribunais de Contas e a necessidade de individualização da conduta no processo administrativo, bem como a interface da mesma na aplicação da sanção, passando por temas como o julgamento das contas públicas e como o ordenador de despesas se relaciona com o processo e seus direitos de defesa perante as Cortes de Contas, levando em conta as novas diretrizes da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A pesquisa demonstrará a necessidade de melhor abordagem quanto à divisão de competências na composição dos gastos públicos, sendo que os Tribunais de Contas da União, do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo, dentre outros, ainda indicam como principal responsável o ordenador de despesas, mesmo que as falhas sejam oriundas de fases precedentes e que o cotidiano da Administração impeça, de certa forma, uma participação mais efetiva deste profissional.

Os relatórios de auditoria, correspondendo ao que seria a peça acusatória no processo sancionatório perante os Tribunais de Contas, ainda não identificam especificamente os responsáveis em todas as fases dos gastos públicos, nem a medida de sua participação no resultado final (única exceção feita ao Tribunal de Contas da União), sem que se identifiquem, portanto, graus objetivos para ponderação no momento de aferir responsabilidades e consequentes sanções.

Este estudo e as conclusões aqui apresentadas pautaram-se em pesquisas processuais perante as Cortes de Contas da União, Estados e Municípios, bem como na análise de relatórios de auditoria, jurisprudência e doutrina especializada.

1. CONCEPÇÕES PRELIMINARES

A vida em sociedade incursiona em relações pessoais sob o crivo de regras de convivência destinadas à solução pacífica de conflitos.

Conforme apresenta Nicola Framariano Dei Malatesta, a evolução da noção de Direito culmina na formatação do Estado como guardião e defensor de direitos.

Quanto à finalidade imediata, o Estado, como já dissemos, surge como organização social da defesa do direito, que é condição imprescindível para a conservação e o desenvolvimento da Sociedade humana. De fato, para que a Sociedade não se dissolva, o direito tem necessidade de ser defendido de duas espécies de inimigos da coletividade social: inimigos internos e inimigos externos. São inimigos internos da coletividade social, em primeiro lugar, aqueles que constantemente insidiam e violentam a solidariedade moral que a constitui em ente social, isto é, os anti-solidários sistemáticos que, mesmo não pertencendo aos elementos propriamente constitutivos da sociedade, misturam-se de fato a eles e com eles se confundem, por razão de proximidade material, ou seja, de convivência. São também inimigos internos os anti-solidários ocasionais, ou seja, aqueles que, mesmo sendo genericamente ligados pela solidariedade moral comum, realizam, todavia, contra esta mesma solidariedade, ações específicas às quais levadas eventualmente pelo prevalecer temporário de impulsos egoístas próprios. São inimigas externas de uma determinada coletividade as outras coletividades sociais que, guiadas pelo próprio egoísmo corporativo, tentam violar os direitos desta.

[...]

A atividade primitiva e fundamental do Estado, portanto, seja quando se afirma no campo da autonomia interna como autoridade de supremacia e de justiça diante dos próprios inferiores, seja quando se afirma no campo da autonomia externa, como autoridade de igualdade e de guerra diante dos outros Estados, é sempre voltada à defesa do direito.¹

A tendência de certos indivíduos de obter maiores benefícios do que outros, seja por instinto de sobrevivência, ambição ou outros aspectos, impõe ao Estado o dever de reger o comportamento mínimo das relações interpessoais.

A harmonização da vida em sociedade depende da administração da composição entre interesses privados e públicos. Há no âmbito coletivo a expectativa de que todos os

¹ MALATESTA, Nicola Framariano Dei. **A Sociedade e o Estado**. Tradução Lúcia Amélia Fernandes Baz e Maria Sicília Damiano. Campinas: LZN, 2003, p. 153-155.

indivíduos cumpram com as determinações impostas pelas normas de conduta, enquanto na esfera particular predomina o impulso de se privilegiar os interesses pessoais².

Espontaneamente, as pessoas buscam proteger seus interesses e, sob essa perspectiva, se permitiriam abdicar de certas obrigações atribuídas a todos, como o pagamento de um tributo ou a proteção de um bem particular contra o interesse coletivo assegurado em uma desapropriação, por exemplo.

Ambos, interesse privado e interesse público, conectam-se intrinsecamente, notadamente quando este garante a permanência e suficiência daquele. Ao mesmo tempo em que o particular reclama a proteção de seus interesses, também roga para que o Estado garanta o exercício de seus direitos em caso de inobservância ou afronta aos seus interesses, ao que Ricardo Marcondes Martins define como a dimensão pública do interesse privado³.

Em nome da coerência e do equilíbrio entre os interesses da coletividade e dos indivíduos, o Estado desponta como bastião a garantir o cumprimento das normas e a preservação dos interesses individuais protegidos juridicamente.

O interesse público revela-se na necessária observância do ordenamento jurídico – o conjunto de normas jurídicas coerentes e ajustadas ao sistema, impostas aos cidadãos por meio da força coativa do Estado⁴.

O poder do Estado é conferido pelo povo com o intuito de que aquele assegure a paz social e faça valer regras básicas de convivência que promovam um desenvolvimento

² “O fato de uma norma de Direito ser coativa não significa que seja impopular no sentido de que a sociedade a rejeite. Pelo contrário, é a própria sociedade que transfere ao Estado a legitimidade da força de sua aplicação, caso necessário, para viabilizar a eficácia da norma. Entretanto, somente deverão ser aplicadas às condutas perniciosas à sociedade. Normalmente são medidas corretivas destinadas a disciplinar os desvios de conduta individualizados ou, quando muito, tais medidas atingem pequenos grupos que agem em dissonância com a vontade majoritária da sociedade.

As normas jurídicas são também um elemento de organização positiva da sociedade. Positiva no sentido de que muitas delas não têm apenas o sentido de repressão ao malfeitor; são normas voltadas para o fim do Estado, normas impostas pela sociedade àqueles que comandam os negócios do Estado, outras carregadas de um conteúdo programático capaz de projetar os objetivos estratégicos de uma nação – o de promover o desenvolvimento integral do ser humano” (SILVA FILHO, João Antonio. **A Era do Direito Positivo**. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 34.).

³ MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 38.

⁴ A pluralização dos interesses na vida contemporânea levou a reclassificá-los em novas categorias, em atenção a critérios mais recentes, como a transindividualidade, a divisibilidade e a solidariedade, que passaram a ter grande importância prática nas sociedades atuais, dando surgimento a novas categorias, como as dos interesses e direitos individuais, dos interesses e direitos individuais homogêneos, dos interesses e direitos coletivos e dos interesses e direitos difusos, entre outras mais, que incessantemente se desdobram e se identificam no curso do processo civilizatório. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense. Edição do Kindle, posição 1243 de 21452).

harmonioso. Nesse âmbito, pertence ao Estado a prerrogativa legítima do uso da força para fazer cumprir suas determinações⁵.

No entanto, a sociedade se desenvolveu de forma tal que o poder foi desvirtuado a critério daqueles que o exercitaram e o direcionaram para a satisfação de interesses particulares.

Considerando a assertiva de que o detentor de poder tende a abusar deste, vale ressaltar Montesquieu:

A democracia e a aristocracia não são Estados livres por natureza. A liberdade política só se encontra nos governos moderados. Mas ela nem sempre existe nos Estados moderados; só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem, diria! Até a virtude precisa de limites.

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas a que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite.⁶

Para conter o abuso do poder canalizado em um único centro de exercício representativo da força coletiva, elaborou-se o sistema de freios e contrapesos, voltado a equilibrar as relações. A divisão de funções atribuídas a agentes diversos cria, conforme veremos, um meio (porém, não o único) de vigia interna entre os integrantes que formam o corpo do Estado.

No que concerne ao princípio da separação dos poderes⁷, merece destaque o seguinte trecho da obra “O Federalista”:

⁵ Afirma Alf Ross: “o poder não é conferido às autoridades públicas para ser exercido como elas queiram, mas para ser exercido de acordo com as regras estabelecidas ou princípios gerais pressupostos” (ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003, p. 199).

⁶ MONTESQUIEU; Charles-Louis de Secondat. **De L'esprit des Loix**. (Do Espírito das Leis: Montesquieu). Domínio público, versão digital Kindle, posição 3967.

⁷ Silvio Gabriel Serrano Nunes, em sua tese de doutorado, afirma: “Embora O Federalista consista na obra mais secularizada entre todas as obras analisadas nesta pesquisa, com praticamente nenhuma referência teológica, Madison, no artigo 51, “Freios e Contrapesos” — um dos textos mais importantes da série, que descreve o dever de se partilhar o exercício do poder e como os poderes podem se controlar mutuamente sem prejuízo de sua independência — não se eximiu em deixar uma digital com o conteúdo fundacional do pensamento político protestante. Um tema alicerçado em Agostinho e recepcionado por Lutero e Calvino, que é a percepção difundida por essa tradição de que a finalidade do poder civil consiste na necessidade de controle daqueles que não se redimem da condição humana degenerada desde a “queda” em razão do pecado original, de tal modo que os governos civis possam garantir um mínimo de tranquilidade e ordem sobre a terra” (NUNES, Silvio Gabriel

Todavia, a grande segurança contra uma gradual concentração de vários poderes no mesmo ramo do governo consiste em dar aos que administram a cada um deles os necessários meios constitucionais e motivações pessoais para que resistam às intromissões dos outros. As medidas para a defesa devem, neste como em todos os demais, ser compatíveis com as ameaças de ataque. A ambição será incentivada para enfrentar a ambição. Os interesses pessoais serão associados aos direitos constitucionais. Talvez seja um reflexo da natureza humana que tais expedientes tenham validade para o controle dos abusos do governo. Mas afinal, o que é o próprio governo senão o maior de todos os reflexos da natureza humana? Se os homens fossem anjos, não seria necessário haver governos. Se os homens fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos. Ao constituir-se um governo — integrado por homens que terão autoridade sobre outros homens — a grande dificuldade está em que se deve, primeiro, habilitar o governante a controlar o governado e, depois, obrigá-lo a controlar-se a si mesmo. A dependência em relação ao povo é, sem dúvida, o principal controle sobre o governo, mas a experiência nos ensinou que há necessidade de precauções suplementares.⁸

O poder é o meio unificador da ordem jurídica, essencial para que o Estado persevere. Mesmo sendo uno o poder do Estado, seu exercício pode ser dividido de diversas formas, concentrado ou distribuído em mais de um órgão.

Por ora, constitui foco a divisão funcional dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário, proposta por Montesquieu e encampada pelo artigo 2º da Constituição Federal de 1988, que os concebeu como órgãos independentes e harmônicos entre si, sem afastar a problemática quanto à delimitação de fato da incidência empírica da atuação de cada um deles, bem como o reconhecimento de funções que não se encaixam nessa tripartição, apesar de expressa previsão constitucional.

Naturalmente o modelo da tripartição funcional dos poderes não se mantém sob o mesmo prisma de sua criação, mas passa por *standards* e atualiza-se no tempo, adaptando-se a diversos contextos históricos, além de se submeter a diferentes concepções em cada país e orientação constitucional⁹.

Serrano. **As origens do constitucionalismo calvinista e o direito de resistência**: a legalidade bíblica do profeta em John Knox e o contratualismo secular do jurista em Théodore de Bèze. 2017. Tese (Doutorado em Filosofia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 349. Disponível em: <doi:10.11606/T.8.2017.tde-12062017-105723>. Acesso em: 26 jun. 2019).

⁸ MADISON. James. Artigo 51. In: PUBLIUS (Alexander Hamilton, James Madison e John Jay). **O Federalista**. Brasília: UNB, 1984, p. 418.

⁹ Para Kelsen “não há três, mas duas funções básicas do Estado: a criação e aplicação do direito, e essas funções são infra e supra-ordenadas. Além disso, não é possível definir fronteiras separando essas funções entre si, já que a distinção entre criação e aplicação de Direito — subjacente ao dualismo de Poder Legislativo e Executivo (no

No Brasil, além da previsão constitucional expressa, a composição efetiva da titularidade do poder do Estado divide-se em três funções, acrescida de uma quarta função política ou de governo¹⁰, cujos atos não se enquadram nas demais funções estáticas indicadas.

Em sua leitura contemporânea, a tripartição de funções não apenas conforma um sistema de freios e contrapesos a eventuais abusos praticados pelos agentes do Estado, detentores das funções públicas, como também confere maior especialidade a cada segmento de composição da ordem jurídica, cujos esforços somados propugnam pelo melhor atendimento dos interesses públicos¹¹. Sob essa perspectiva, esvazia-se o sentido de controle para inflar-se o sentido de colaboração.

Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta uma formulação histórica da composição das funções do Estado, cujos critérios de distinção, até os dias atuais, são tratados de forma orgânica ou subjetiva, em categorização material ou formal, visando melhor identificar os atos praticados. O jurista aponta o critério formal como o mais adequado para identificar as características atribuídas pelo próprio Direito à função e, com base nesse raciocínio, diferencia as três funções do Estado:

Assim, a função legislativa é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente

sentido mais amplo) – tem apenas um caráter relativo, a maioria dos atos do Estado sendo, ao mesmo tempo, atos criadores e aplicadores do Direito. É impossível atribuir a criação de Direito a um órgão e a sua aplicação (execução) a outro, de modo tão exclusivo que nenhum órgão venha a cumprir simultaneamente ambas as funções” (KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução Luís Carlos Borges 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 386).

¹⁰ “Inicialmente se disse que havia certos atos que não se alocavam satisfatoriamente em nenhuma das clássicas três funções do Estado.

Assim, a iniciativa das leis pelo Chefe do Poder Executivo, a sanção, o veto, a dissolução dos parlamentos nos regimes parlamentaristas por crime de responsabilidade (*impeachment*) no presidencialismo, a declaração do estado de sítio (e no Brasil também o estado de defesa), a decretação de calamidade pública, a declaração de guerra são atos jurídicos que manifestamente não se encaixam na função jurisdicional. Também não se enquadram na função legislativa, como é visível, até por serem concretos.

Outrossim, não se afeiçoam à função executiva nem de um ponto de vista material, isto é, baseado na índole de tais atos, nem do ponto de vista formal” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 36).

¹¹ Logo, a leitura contemporânea do princípio jurídico da separação de poderes destaca o controle, a fiscalização e a colaboração entre os órgãos que desempenham as atividades estatais, sendo tais atribuições partes integrantes e indissociáveis do núcleo essencial do princípio, que opera como regra jurídica, determinando condutas objetivas para o Estado ou para quem lhe faça as vezes. Neste passo, como técnica substancialmente jurídica, o princípio da separação de poderes não pode se afastar dos pressupostos que o convertam em instrumento de cooperação, harmonia e moderação (fiscalização e controle) no âmbito das relações institucionais entre os órgãos executores das atividades estatais. Nesse sentido, o princípio da separação de poderes representa muito mais do que uma mera técnica de especialização funcional. (CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de Poderes: Da Concepção Clássica à Noção Contemporânea. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 43, n. 140, jun. 2016, p. 171).

na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição.

Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de “coisa julgada”, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso.¹²

Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquico e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.¹³

Conforma apontado, Celso Antônio Bandeira de Mello acrescenta a função política ou de governo, sem o paralelo europeu do mesmo verbete, uma vez que no Brasil tais atos são passíveis de análise jurisdicional¹⁴.

Importante mencionar também a discussão moderna quanto ao poder transferido às agências reguladoras implicar possível concentração de funções, uma vez que são incumbidas de complementar as normas gerais e abstratas de autorização (conforme veremos), ao mesmo tempo em que possuem prerrogativas de fiscalização e de julgamento. No âmbito brasileiro, entretanto, referida discussão é relativizada, pois a criação das agências reguladoras e seus limites de atuação são estabelecidos em lei, sendo ainda que suas decisões são passíveis de revisão jurisdicional.

A concentração dos Poderes, sempre conferida pela Lei instituidora da agência, a qual também estabelece os limites de atuação da agência, trata-se de necessidade para que o Direito acompanhe as necessidades socioeconômicas; o Direito seja, portanto, um direito de realidade, do ser, ágil e pronto a receber atualizações, *aggiornato*, e não um mero direito do *dever ser*, sempre moroso para atender às necessidades socioeconômicas. E, caso a agência reguladora extrapole os limites que lhe foram conferidos pela

¹² Discutiremos a extensão da função jurisdicional dos Tribunais de Contas quando da abordagem da natureza jurídica de suas decisões.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 35-36.

¹⁴ “É que, em vários países europeus, sustenta-se que os atos políticos ou de governo são infensos a controle jurisdicional, entendimento este verdadeiramente inaceitável e que, como bem observou o eminente Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, é incompatível com o Estado de Direito, constituindo-se em lamentável resquício do absolutismo monárquico” (Ibidem, p. 36).

lei ou não respeite o devido processo, o Poder Judiciário está pronto para atuar.¹⁵

A função administrativa é atribuída ao Poder Executivo, incumbido de administrar a máquina pública por meio de imperativos legais que delimitam a sua atuação e descrevem as suas finalidades, sempre voltadas à satisfação do interesse público¹⁶.

O que define o interesse como público consubstancia objeto da expressão inicialmente política levada a debate por meio das casas legislativas, integradas por representantes de todos os segmentos sociais para consignar a vontade do povo. Com a conversão em lei, a expressão política insere-se na acepção jurídica¹⁷.

Desta forma, quanto mais adstrito ao sistema democrático e ao Direito o Estado estiver, maior será a importância da Casa Legislativa¹⁸, que albergará o interesse público almejado pela sociedade e prescreverá a conduta administrativa pautada por este. Quanto mais

¹⁵ BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 236.

¹⁶ "No cumprimento dos deveres, para melhor satisfação do interesse público, os agentes administrativos são dotados de certas prerrogativas que não são atributos pessoais, mas decorrem da função que exercem. Em resumo, nas relações jurídico-administrativas, deve haver um equilíbrio entre poderes e responsabilidades, entre prerrogativas e sujeições, entre as potestades da Administração Pública e as garantias constitucionais dos cidadãos.

Esse equilíbrio já é uma realidade e está se acentuando cada vez mais, à medida que os Estados vão-se tornando menos autoritários e mais democráticos, inclusive por efeito da tendência à formação de comunidades lastreadas em tratados internacionais" (DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativa. **Revista de Informação Legislativa**. v. 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 88).

¹⁷ "Em regra, cabe ao próprio Estado, por seus desdobramentos políticos e administrativos, executar as atividades de administração dos interesses públicos. Tão volumosa e diversificada foi se tornando essa tarefa demandada às organizações estatais contemporâneas, que se foram diversificando as técnicas de descentralização, dentro e, principalmente, fora de seu aparelho político, notadamente pelo emprego do instituto da delegação e, mais recentemente, com a introdução das modalidades regulatórias, a da deslegalização" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense. Edição do Kindle. Posição 4110 de 21452).

¹⁸ "O processo político não é um processo liberto da Constituição; ele formula pontos de vista, provoca e impulsiona desenvolvimentos que, depois, se revelam importantes na perspectiva constitucional, quando, por exemplo, o juiz constitucional reconhece que é missão do legislador, no âmbito das alternativas compatíveis com a Constituição, atuar desta ou daquela forma. O legislador cria uma parte da esfera pública (Öffentlichkeit) e da realidade da Constituição, ele coloca acentos para o posterior desenvolvimento dos princípios constitucionais. Ele atua como elemento precursor da interpretação constitucional e do processo de mutação constitucional. Ele interpreta a Constituição, de modo a possibilitar eventual revisão, por exemplo, na concretização da vinculação social da propriedade. Mesmo as decisões em conformidade com a Constituição são constitucionalmente relevantes e suscitam, a médio e longo prazo, novos desenvolvimentos da realidade e da publicidade (Öffentlichkeit) da Constituição. Muitas vezes, essas concretizações passam a integrar o próprio conteúdo da Constituição" (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, reimpressão 2002, p. 27).

ativa a Casa Legislativa em suas prescrições, menor será a discricionariedade do administrador no exercício da sua competência¹⁹.

Porém, cabe bem a ressalva de Georghio Tomelin quanto à atual influência da interpretação jurisdicional na criação de pautas e condutas, bem como no condicionamento de instâncias inferiores para casos futuros²⁰.

O positivismo perde em segurança, na medida em que a interpretação pode simplesmente desconstituir o sustentáculo de fato (pressuposto no momento da normogênese). De nada adianta firmeza na produção de conteúdo normativo – em um plano ideal filtrada por legitimação de conteúdo normativo – em um plano ideal filtrada por legitimação democrática sólida –, se no momento da aplicação todo o trabalho do Legislador pode ser desconstituído ou simplesmente desconsiderado.

[...]

Existe, sim, o risco de se substituir a vontade (por vezes ignara) da maioria democrática, pela vontade (pseudo-ilustrada) de alguns intérpretes do sistema jurídico, que se limitam a brandir a espada da racionalidade do direito. Temos aqui um movimento pendular entre razão vinculada e vontade livre, pois o quão mais imbricado for o sistema decisional, menor será a chance de se interferir na formação colegiada da decisão judicial (que várias vezes nem chega a ocorrer, se considerarmos que mais de 2/3 das decisões de mérito das Cortes Superiores são monocráticas e não respeitam o princípio da coletividade).

Os precedentes, assim estabelecidos, verticalizam o sistema decisório, a partir de atos mentais de uma elite que toma a si mesma como ponto de partida.

O exercício da administração pública dentro de um desenho democrático e sob a regência de um ordenamento jurídico empenhado sob a divisão de funções do Estado sempre será submetida à norma geral e abstrata prescrita pela função legislativa²¹, porém com a possibilidade de complementação material de seu escopo normativo (sua finalidade) por meio de regramentos concretos, como decretos e regulamentos, por exemplo, com se detalhará adiante.

¹⁹ "El legislador, si es representante de la voluntad del pueblo, expresa por medio de su actuación legislativa la concepción que en cada momento prevalece del interés público" (MORENO, Fernando Sainz. Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico. **Revista España de Derecho Administrativo**. n. 8, 1976, p. 63-94).

²⁰ TOMELIN, Georghio. **O Estado Jurislador**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 105-106.

²¹ "A formulação clássica da separação de poderes acarretou algumas consequências primordiais no tocante ao direito administrativo: a) atribuiu a atividade executiva a um grupo determinado de órgãos; em virtude da concepção de Estado de direito, esse grupo de órgãos devia ter sua atuação norteada por normas jurídicas; daí a necessidade de elaborar ramo de separação de poderes para distinguir essa atuação; b) a interpretação rígida da separação de poderes provocou o "isolamento" desse conjunto de órgãos e por conseguinte, aventou-se a distinção entre administração e política; c) a supremacia do Legislativo e da lei levou à ideia da submissão desse conjunto à lei (princípio da legalidade)" (MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017, p. 141).

Tendo em vista que o exercício das funções do Estado, considerando seu poder único distribuído em esferas autônomas e independentes, porém correlacionadas e com atribuições típicas e atípicas²², sujeita-se a variações consoante o contexto histórico, geográfico e cultural, impõe-se sua atualização sob o enfoque atual, para maior refinamento das conclusões deste estudo.

No contexto da ordem normativa nacional, é demandada a aferição de novo conteúdo misto a determinados entes cuja estrutura não deveria se manter adstrita de forma taxativa a uma função estatal²³, como preleciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁴:

Assim, o processo organizativo do poder está longe de se ter esgotado no moderno constitucionalismo, e vai prosseguindo, a destacar novas funções específicas, que passam a ser desempenhadas por órgãos, mas que não mais se incluem nos três complexos orgânicos que são denominados, por metonímia tradicional, de Poderes, porque exercem o que eram antes as únicas, mas hoje restam apenas como as mais importantes segmentações do Poder do Estado (ou os "Poderes da União", como está no art. 2º, CF).

Os Tribunais de Contas são, assim, um nítido exemplo desse fenômeno, no contexto da ordem jurídica brasileira, mas, do mesmo modo, também o são as Funções Essenciais à Justiça, com ênfase no complexo orgânico do Ministério Público, a que se acrescentam ainda os Conselhos Profissionais, depois de sua recente transformação, um rol que pode ser ainda ampliado, como já ocorre em outros países, com a inclusão constitucional de novos órgãos aos quais se cometam funções estatais, dotando-lhes de autonomia com vistas ao aprimoramento do controle e da democracia, tais como um Ombudsman ou uma Agência constitucionalmente independente, em alguns casos, os Bancos Centrais.

²² "A Constituição, na discriminação dessas funções típicas e atípicas, houve-se, ao que parece, com o critério peculiar. Em primeiro lugar, fixou uma regra: a cada Poder atribuiu a respectiva função típica e as atípicas necessárias à manutenção de sua autonomia e independência. Fora disso, traçou exceções por disposições expressas. Assim, o Poder Executivo, em virtude da opção constitucional da separação de Poderes, tem prerrogativas não só para exercer atos de administração ordinária como também para, entendendo-os ilegais, rever espontaneamente seus atos, ou promover o processo administrativo apto a apurar uma falta funcional. São funções, a princípio, atípicas, porém, necessárias à preservação de sua autonomia e independência em face do Judiciário. A edição de medidas provisórias, porém, depende da anotação expressa no texto constitucional, pois a ausência desse instituto não abalaria a independência do Poder Executivo. [...] O que se conclui, em resumo, é que a mera opção pela separação dos Poderes, consagrada pelo art. 2º de nossa Lex Major, prenuncia a adoção de um regime em que a cada Poder ficam atribuídas as funções que lhe são típicas e as atípicas necessárias à manutenção de sua independência. Fora disso, é necessária a existência de normas constitucionais expressas" (ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 426-427).

²³ A Constituição da República de 1934 reconheceu a autonomia dos Tribunais de Contas, em seu artigo 100.

²⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas Notas sobre Órgãos Constitucionalmente Autônomos (Um Estudo de Caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, 223/08; p. 12-13).

Esta abordagem inicial se faz relevante no que concerne ao estudo da formação do poder punitivo do Estado.

A ordem punitiva origina-se da ideia de impedir a prática do ato ilícito, impingindo ao indivíduo uma sensação aflitiva de retribuição do mal proporcionado à sociedade por meio de um castigo, uma correção ou afastamento do âmbito social até que se adeque novamente ao ordenamento jurídico. As sanções criminais consubstanciam essa perspectiva e serão analisadas adiante em detalhe.

A natureza jurídica da pena (principalmente na esfera penal) é matéria de grande controvérsia e naturalmente foge ao escopo do presente trabalho. Indicamos, porém, a título de considerações preliminares, nosso posicionamento no sentido da pena implicar castigo.

As teorias retributiva e prevencionista discutem a natureza da pena, porém, ambas concordam com sua característica de castigo a um mal praticado.

Guilherme de Souza Nucci aborda a controvérsia ao redor do tema e pontua a natureza multifacetada da pena, com destaque para o seu caráter retributivo, ainda que um mal, porém necessário.

Conforme o atual sistema normativo brasileiro, a pena não deixa de possuir todas as características expostas: castigo + intimidação ou reafirmação do Direito Penal + recolhimento do agente infrator e ressocialização. O art. 59 do Código Penal menciona que o juiz deve fixar a pena de modo a ser necessária e suficiente para *reprovação* e *prevenção* do crime. Além disso, não é demais citar o disposto no art. 121, §5º, do Código Penal, salientando que é possível ao juiz aplicar o perdão judicial, quando as consequências da infração atingirem o próprio agente de maneira *tão grave* que a sanção penal se torne *desnecessária*, evidenciando o caráter punitivo que a pena possui. Sob outro prisma, asseverando o caráter reeducativo da pena, a Lei de Execuções Penais preceitua que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando *prevenir* o crime e *orientar o retorno à convivência* em sociedade” (art. 10, com grifo nosso). Ademais, o art. 22, da mesma Lei, dispõe que “assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e *prepará-los para o retorno à liberdade*” (grifo nosso). Merece destaque, também, o disposto no art. 5º, 6, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”. **Impossível, então, desconsiderar o tríplice aspecto da sanção penal.**²⁵

²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 14. ed. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 352 (grifos nossos).

Em uma outra vertente, diante da ampliação das relações estatais e dado o esgotamento das vias criminais, a indicar que as sanções criminais e o encarceramento não têm resultado em reinserção social, com a manutenção dos índices de reincidência, defende-se que o Direito Penal deveria ater-se apenas às condutas realmente extremas, perante as quais a concentração de esforços punitivos nesse campo restrito poderia culminar em maior eficiência²⁶.

As sanções administrativas surgem dentro da esfera do poder punitivo do Estado para ordenar a prática de condutas relacionadas entre a Administração e administrados, servindo igualmente ao controle social em função de algumas práticas e serviços cotidianos, como é o caso das regras de trânsito e de consumo, bem como da prestação de serviços públicos, por exemplo.

Com efeito, desde os três últimos decênios do século XX, na doutrina e na jurisprudência europeias, e, mais recentemente, as desenvolvidas no âmbito comunitário, tem-se difundido o entendimento de que as sanções administrativas, tradicionalmente entendidas como circunscritas ao campo de atividade administrativa de polícia, são uma manifestação peculiar de um *ius puniendi* genérico do Estado, para a tutela de quaisquer valores relevantes da sociedade, transcendendo o âmbito da polícia para se estender a outras atividades administrativas, como as regulatórias, próprias do ordenamento econômico e do ordenamento social. Esta é a razão pela qual se procura dar-lhes um tratamento integrado, inclusive reconhecendo a aplicabilidade limitada de certos tradicionais princípios da penologia criminal, no exercício de todas demais funções punitivas do Estado. Com efeito, este recente ramo subdisciplinar, que se desenvolve sob o título didático de Direito Administrativo Sancionador, ou Direito Administrativo Sancionatório, ao considerar integradamente e em sistema o conjunto das sanções administrativas aplicáveis em todos os campos de atuação administrativa – da polícia, dos serviços públicos, do ordenamento econômico, do ordenamento social e, em certas circunstâncias, até do fomento público – parte do reconhecimento de que, no plano metanormativo, todas aquelas sanções administrativas em nada se diferenciam das sanções penais, embora, no plano normativo não exista identidade.²⁷

²⁶ " O *abolicionismo penal*, fruto dos estudos e dos artigos de Louk Hulsman (Holanda), Thomas Mathiesen e Nils Christie (Noruega) e Sebastian Scheerer (Alemanha), é um novo método de vida, apresentando uma nova forma de pensar o Direito Penal, questionando o significado das punições e das instituições, bem como construindo outras formas de liberdade e justiça. O movimento trata da *descriminalização* (deixar de considerar infrações penais determinadas condutas) e da *despenalização* (eliminação da pena para a prática de certas condutas, embora continuem a ser consideradas delituosas) como soluções para o caos do sistema penitenciário, hoje vivenciado em grande parte dos países" (NUCCI. Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 14. ed. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 353).

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. Edição do Kindle, Posição 9783 de 21452.

A Revolução Francesa constitui marco histórico da divisão do poder punitivo do Estado entre criminal e administrativo, a partir da aplicação efetiva dos princípios da separação tanto dos poderes como das autoridades administrativas e judiciais. Anteriormente, durante a Monarquia Absolutista, a magistratura atuava adstrita à Coroa, que inclusive indicava seus membros, de modo que no período posterior à Revolução, ampliou-se e valorizou-se a interpretação do princípio da separação de poderes²⁸.

Um dos pilares de sustentação do contencioso administrativo foi a lei francesa nº 16, de 24 de agosto de 1790, que impunha sanção aos juízes que obstruíssem as práticas administrativas ou que coagissem, sob qualquer forma, o corpo de agentes²⁹.

Na visão pragmática do Direito Administrativo francês, a Administração Pública podia atuar como parte ou juiz. O Conselho de Estado foi criado como órgão integrado ao Poder Executivo e revestido de jurisdição administrativa, sendo que a partir de 1872 passou a ser independente, deixando de responder ao Chefe do Poder Executivo.

Em que pesem algumas discussões sobre a origem do Direito Administrativo, revela-se que as decisões firmadas pelo Conselho de Estado foram as primeiras a indicar os princípios vetores a serem incorporados nos regimes jurídicos administrativos de diversos países³⁰.

²⁸ "O apego ao princípio da separação de poderes e a desconfiança em relação aos juízes do velho regime serviram de fundamento para a criação, na França, da jurisdição administrativa (o contencioso administrativo), ao lado da jurisdição comum, instituindo-se, dessa forma, o sistema de dualidade de jurisdição.

Com efeito, os constituintes franceses pós-revolucionários deram alcance mais amplo à teoria da separação de poderes, entendendo que a solução dos litígios nos quais a Administração Pública é parte não pode ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de criar-se subordinação de um Poder ao outro. Essa concepção do princípio da separação de poderes traduzia uma visão política herdada da experiência do Velho Regime: a desconfiança em relação ao Poder Judiciário, pois a sua resistência ao poder real e às reformas que ele pretendia promover foi uma das principais causas do imobilismo que acabou por provocar a Revolução (cf. Georges Vedel, 1964:60)" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 4).

²⁹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Idem*, p. 6.

³⁰ "Pode-se dizer que a autonomia do Direito Administrativo, ou seja, a sua posição como ciência dotada de objeto, método, institutos, princípios e regime jurídico próprios, começou a conquistar-se a partir do famoso caso Blanco, ocorrido em 1873, e que envolveu uma menina (Agnès Blanco) que, ao atravessar uma rua da cidade francesa de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo, que transportava matéria-prima de um para outro edifício (cf. José Cretella Júnior, Tratado de Direito Administrativo, 1970, v. 8:22-23). Naquela oportunidade, o Conselheiro Davi, do Tribunal de Conflitos, proferiu seu voto, colocando de lado o Código de Napoleão e afirmando, pela primeira vez, o equacionamento e a solução da responsabilidade civil do Estado em termos publicísticos. Relembre-se de que, nessa ocasião, ocorreu choque de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação. O conflito era de atribuição negativo; suscitado perante o Tribunal de Conflitos – a quem cabia dirimir os conflitos dessa natureza entre a jurisdição comum e a administrativa –, o Conselheiro Davi, entusiasmado com o caso, não só concluiu que o Conselho de Estado era competente para decidir a controvérsia, como também devia fazê-lo em termos publicísticos, já que o Estado era parte na relação jurídica. Acentua-se aqui a saída do instituto da responsabilidade do campo do Direito Civil, como então era tratado, para mergulhar no campo do Direito Administrativo, onde a relação entre

Com a consolidação do Direito Administrativo, surgiu a necessidade de se firmar o fundamento de sua aplicabilidade, com vistas a estabelecer um método de aplicação e um sistema de análise apto a gerar ciência.

O Direito Administrativo, conforme exposto, nasceu da quebra de um regime absoluto e encontra fundamento sob o prisma do Estado de Direito, ou seja, nos limites da lei.

Conforme assinala Celso Antônio Bandeira de Mello, o Direito Administrativo subsume-se à vontade da lei e ao interesse público. Balizado sob esses dois vetores impõem-se deveres e limitações aos administradores públicos³¹.

A concepção de serviço público caracteriza a atuação do Estado como um aglomerado de serviços de natureza essencial prestados à coletividade³².

A noção de serviço público começou a perder espaço após a Segunda Guerra Mundial, uma vez que a Administração Pública, com o intuito de restaurar a ordem econômica nos países devastados pelas guerras, assumiu a frente de produção e serviços antes exercidos por particulares.

O momento pós Segunda Guerra é marcado pela estatização de atividades originariamente privadas, com a finalidade de restaurar a ordem econômica e promover o crescimento e a distribuição de renda, razão pela qual, nesse contexto, evidencia-se a impossibilidade de um critério único para descrever a fonte do Direito Administrativo.

Pontuar a aplicabilidade do Direito Administrativo torna-se relevante para estudar o papel sancionatório do Estado, uma vez que seus princípios e regras devem ser sopesados com as garantias fundamentais, bem como para analisá-lo em paralelo ao Direito Penal, que

preposto e preponente é diversa dessa mesma relação no campo do Direito Civil" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 5).

³¹ "Talvez a razão primordial desta forma errônea de encarar o Direito Administrativo resida no fato de que este, ao surgir, foi encarado como um direito "excepcional", que discrepava do "direito comum", isto é, do direito privado, o qual, até então, era, com ressalva apenas do Direito Penal, o único que se conhecia. Com efeito, o Direito Administrativo tal como era elaborado, pressupunha a existência, em prol do Estado, de prerrogativas inexistentes nas relações entre os particulares, as quais, então, foram nominadas de "exorbitantes", isto é, que exorbitavam dos direitos e faculdades que se concedia aos particulares em suas relações recíprocas" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 44).

³² "Surgiu, ao depois, com Léon Duguit, uma linha de pensamento quase inversa, pretendendo substituir a *puissance publique*, até então havida como noção matriz e polo aglutinador dos institutos de Direito Administrativo, pelo conceito de "serviço público", proposto como pedra angular deste ramo jurídico. Para Duguit e seus discípulos a noção-chave, a ideia central do Direito Administrativo, verdadeiramente capaz de explicar as peculiaridades de seus institutos e justificar sua aplicação, seria a noção de "serviço público", isto é, de serviços prestados à coletividade pelo Estado, por serem indispensáveis à coexistência social. Chegou, mesmo, o ilustre autor a afirmar que o Estado não é senão um conjunto de serviços públicos. E aduzia: "nisto se resume minha teoria de Estado". (Ibidem, p. 44-45).

carrega a marca da excepcionalidade dos fatos tidos como criminosos e sancionáveis por natureza.

Certos comportamentos extremos demandam ação e prevenção do Estado, principalmente quando relacionados à proteção da vida, da incolumidade física e da liberdade, sem o que não se concebe sociedade como o agrupamento ordenado de pessoas, cuja atuação conjunta resulta em seu desenvolvimento. Esses comportamentos que perturbam ou impedem a formação e harmonização do corpo coletivo são tipificados como crimes³³.

O poder punitivo do Estado manifesta-se também na esfera administrativa, por meio da relação da Administração Pública com os administrados, ou com seus funcionários públicos, por meio das agências reguladoras com os regulados ante uma relação contratual, ou ainda por meio de corporações como a Ordem dos Advogados, que possui poder sancionatório diante dos inscritos em seu quadro³⁴.

No que concerne à fiscalização interna e externa dos atos praticados pelos administradores públicos, a sanção administrativa aplica-se por meio de órgãos como as Controladorias, Tribunais de Contas, Ministério Público, Defensoria Pública.

O Direito Administrativo sob viés sancionatório também se aplica nas relações com o mercado financeiro, nas relações tributárias e no controle de mercado privado, no que tange à proteção dos direitos fundamentais.

Apesar de impactarem a ordem social, a criminalização de determinadas condutas ilícitas tornaria o sistema punitivo do Estado caótico e, por isso, o ordenamento jurídico vale-se de mecanismos e ferramentas do Direito Civil e do Direito Administrativo para a proteção dos bens jurídicos.

No Direito Civil, a reparação patrimonial decorrente de ilícitos opera no sentido de restituição do *status quo*, mas naturalmente não cumpre finalidade sancionatória e, sim, de indenização pecuniária.

³³ "A guerra, temos dito, é a invasão do domínio alheio. Por isso, as formas primordiais do delito são o homicídio e o furto: trata-se da agressão ao domínio em suas formas elementares: o corpo humano e as coisas. Sob esse aspecto, os dois primeiros preceitos jurídicos são: não matar e não roubar. A esses preceitos está unida a sanção: se você matar ou roubar, sofrerá isso ou aquilo" (CARNELUTTI, Francesco. **Como nasce o Direito**. Tradução de Roger Vinícios da Silva Costa. São Paulo: Pillares, 2015, p. 48).

³⁴ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 44-45.

O Direito Administrativo prevê ilícitos administrativos e sanções administrativas, compondo, consequentemente, o sistema do Direito Administrativo Sancionador, cuja aplicabilidade não está adstrita tão somente à Administração Pública. Conforme se verificará adiante, algumas figuras sancionatórias do campo do Direito Administrativo serão aplicadas com exclusividade, subsidiariamente ou mediante revisão pelo Poder Judiciário.

De acordo com Fabio Medina Osório, a incidência do Direito Administrativo comporta as seguintes características:

a) presença formal, direta ou indireta, da Administração Pública *lato sensu* na relação jurídica, ainda que essa relação venha a ser tutelada originariamente pelo Judiciário; b) presença de uma atividade administrativa, permeada por aparente interesse público que a justifique aprioristicamente, vale dizer, de um serviço de interesse geral ou público, de polícia, de regulação ou de fomento, não importa a entidade originariamente competente para tutelar essa relação; c) previsão de regime jurídico publicista a essa relação, dotando a Administração Pública de poderes públicos, direta ou indiretamente, na tutela dos valores em jogo, e o Poder Judiciário de prerrogativas públicas de controle das relações e, em decorrência desse conjunto de fatores, aplicação das normas de Direito Administrativo.³⁵

As premissas expostas servem para indicar o campo conceitual do Direito Administrativo Sancionador, como base teórica para aplicação de sanções de natureza extrapenal e, consequentemente, para justificar a incidência das garantias fundamentais relacionadas à proteção do indivíduo diante do poder punitivo do Estado. A seguir, inicia-se a análise da teoria do Direito Administrativo Sancionador.

³⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 81.

2. O DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A partir da Constituição da República de 1988, o Brasil experimentou um crescimento exponencial do Direito Administrativo Sancionador, dada a necessidade de guiar a máquina administrativa no novo modelo de descentralização administrativa, principalmente com as políticas de privatização dos aparelhos públicos.

Com a atribuição de serviços de interesse público à iniciativa privada, como telefonia, operacionalização de estradas, distribuição de energia, relacionamento com consumidores, entre outros, a normatização dessas atividades foi, em parte, transferida para as agências reguladoras, que receberam poderes para estruturar o mercado com regras próprias ao setor de sua especialidade e, conseqüentemente, fazê-las valer, aplicando sanção em caso de seu descumprimento.

No entanto, o marco do Direito Administrativo Sancionador no Brasil, com campo de atuação próprio e necessário para a nova relação entre Estado e administrados, fundamenta-se em momento anterior.

O período da ditadura militar brasileira, de 1964 a 1985, pautou a máquina pública nos alicerces da força e do comando arbitrário e, sob esse viés coativo, sem qualquer abertura ao diálogo com o administrado.

A ausência de regras que fizessem respeitar o devido processo legal e a utilização da máquina pública com fins persecutórios perante os opositores ao regime implicou um processo de redemocratização com enfático combate às arbitrariedades, mantida a relação da Administração Pública com os administrados sob o condão da integridade de direitos e garantias fundamentais³⁶.

O dever de assegurar direitos e garantias fundamentais, inicialmente voltado à relação entre Estado e cidadãos no âmbito penal, estendeu-se ao campo do Direito Administrativo Sancionador, objetivando-se prevenir o uso da máquina pública como meio escuso para a propagação de abusos.

³⁶ Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2007-jul-03/servidor_demitido_ditadura_vira_anistiado_politico>. Acesso em 30 jul. 2019.

Esse panorama constitucional brasileiro ensejou a doutrina da unificação do *jus puniendi* do Estado, para a qual o exercício do poder de punir é uno, sendo a natureza das sanções orientada por razões de conveniência político-jurídica.

No que tange ao Direito Administrativo Sancionador, Fábio Medina Osório apresenta a Teoria do Direito Administrativo Sancionador situando a sanção administrativa no âmbito mais geral do poder punitivo estatal, como parte integrante do Direito Público Punitivo³⁷, do que decorre natural e necessariamente o paralelo com o Direito Penal.

O ponto central dessa teoria está na definição autônoma da sanção administrativa, vinculando-a aos aspectos materiais e formais do Direito Administrativo e, com isso, descolando sua atribuição exclusiva da função administrativa³⁸.

O resultado da constatação de ser a sanção administrativa parte autônoma e integrada tanto no aspecto material como formal ao Direito Administrativo pode ser aferido no aspecto prático, quando a Administração Pública não é a única entidade encarregada de sancionar com base nessa seara do Direito Público³⁹, além de importar o caráter retributivo em relação ao ilícito e sua interface com o Direito Penal⁴⁰⁻⁴¹.

³⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 85.

³⁸ “O conceito de sanção administrativa aqui sustentado vem sendo abertamente defendido desde 1999, num trabalho que publicamos sobre a má gestão pública à luz do Direito Administrativo Sancionador brasileiro, na Europa. Ali, pela primeira vez no campo escrito, tivemos a oportunidade de sustentar a necessária vinculação da sanção administrativa às dimensões material e formal do Direito Administrativo, rompendo a lógica vigente em torno à predominância exclusiva da dimensão formal, como se a sanção estivesse ligada conceitualmente à função administrativa. Em nossa ótica, no lugar de conectar a sanção à atividade da Administração Pública, com exclusividade, é necessário conjugar tal instituto com o Direito Administrativo em sua vertente disciplinadora do poder punitivo estatal, o que implica as já mencionadas interfaces com o Direito Penal. Assim, a ideia de ilícito, disciplinado pelo Direito Administrativo, associa-se a sanção” (Ibidem, p. 85).

³⁹ “No direito brasileiro, está consagrada a ideia de que juízes podem impor sanções administrativas, ainda que no desempenho de atividades jurisdicionais, desde que habilitados pelo Legislador. (nota: Veja-se, por exemplo, a Lei 8.069, de 13.07.1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual estabelece competências ao Judiciário para imposição de sanções de natureza administrativa)” (Ibidem, p. 95).

⁴⁰ Não se trata de aplicar acriteriosamente os princípios do direito penal no campo do direito administrativo sancionador, mas sim de reconhecer que ambos os ramos jurídicos têm um núcleo comum, formado por princípios que derivam diretamente da opção constitucional por um Estado de Direito. Tais princípios devem ser observados em qualquer manifestação do poder punitivo estatal, seja ele exercido pelo Poder Judiciário, através da imposição de sanções penais, seja ele exercido pela Administração Pública, através da imposição de sanções administrativas. Afinal, nas palavras de Alberto Xavier, “o mesmo Estado não pode aceitar respeitáveis princípios de civilização moderna, comportar-se como Estado civilizado num determinado capítulo e rasgar os valores da civilização noutro capítulo” (MELLO, Rafael Munhoz de. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003, p.25-26).

⁴¹ “Sabe-se que há sanções administrativas que se assemelham bastante àquelas de natureza penal. Tal é o caso da suspensão dos direitos políticos, restrições a direitos de contratar ou receber benefícios lato sensu da administração pública, e inclusive perda de cargos públicos, as quais, dependendo do ordenamento jurídico em

Destaca-se ainda o efeito aflitivo da medida sancionatória, na ideia oposta à de “prêmio” ofertado como benefício ao cumprimento de uma conduta, mas, sim, comparando-a a um castigo refletido na limitação de direitos, redução de liberdades e redução patrimonial. “Sanção é um mal, um castigo, e, portanto, implica um juízo de privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades, condicionamentos, ligados, e seu nascedouro e existência, ao cometimento (comprovado) de um ilícito administrativo”⁴².

Para aqueles que adotam essa perspectiva de análise do Direito Administrativo Sancionador, as teorias econômicas do Direito não afastam o caráter aflitivo (conforme será analisado a seguir), servindo apenas de baliza quanto à motivação do agente na aplicação das sanções.

Conforme conceitua Fábio Medina Osório:

Consiste a sanção administrativa, portanto, em um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente pró futuro, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não a especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo. A finalidade repressora, ou punitiva, já inclui a disciplinar, mas não custa deixar clara essa inclusão, para não haver dúvidas.⁴³

Alice Voronoff⁴⁴ apresenta uma diferente visão do Direito Administrativo Sancionador, como a instituição de um sistema próprio com vetores a serem observados para que o Estado atinja sua real finalidade na preservação do interesse público, de modo que o instituto sirva não como meio de retribuição a um mal realizado, mas como impulso motivador para se alcançar a eficiência no sistema.

Entende Voronoff que as sanções administrativas devem ser vistas como meios de regulamentar, e com isso assegurar, a conformidade do comportamento dos administradores ao que pretende a Administração, ante a finalidade de interesse público. Desta forma as

que inseridas, podem assumir feições de natureza penal” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 101).

⁴² Ibidem, p. 99.

⁴³ Ibidem, p. 105.

⁴⁴ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

sanções administrativas seriam na realidade meios de incentivo e de prevenção a situações gravosas no caso de descumprimento de normas.

A autora apresenta as teorias dissuasória e retributiva de justificação da pena, com a finalidade de fundamentar seu posicionamento quanto à necessidade de nova leitura do Direito Administrativo Sancionador.

A Teoria Dissuasória é baseada na "*Law and Economics*" e sustenta que a prática infracional se justificaria com base em dados extrajurídicos, no sentido de que os ilícitos decorrem de opções racionais dos interessados que ponderam entre os custos implicados em suas operações e os custos implicados na sanção decorrente de uma prática ilegal para fazer sua escolha sob o ponto de vista financeiro mais favorável. Nesse contexto, a ilegalidade se justificaria ou não racionalmente.

Ainda, de acordo como os autores da Escola de Chicago, o comportamento racional é resultado de incentivos do preço de certo produto (incentivo econômico direto) ou da publicação de uma lei restritiva de direitos (incentivo econômico indireto). Logo, a probabilidade de um indivíduo se envolver em certa atividade ilegal diminuiria na mesma proporção do aumento dos custos associados a esse envolvimento. Por exemplo: quanto mais rígida for a sanção a ser aplicada e mais eficiente a fiscalização estatal, mais "cara" será a opção pela conduta ilícita. Tais variáveis funcionariam como "preços" na equação racional estabelecida por cada agente ao decidir pagá-las ou não.⁴⁵

A teoria justifica sua validade na lógica econômica, a pena conformaria o preço a ser imputado ao infrator, com a finalidade de dissuadi-lo de praticar o ilícito. O cálculo da pena a ser imposta deve levar em consideração o custo social com a persecução do imputado, considerando os gastos com os agentes de controle, como o envolvimento de agentes estatais de diversas áreas, por exemplo. A sanção deve ser fixada de tal modo a estimular a prevenção e a redução da prática da infração.

A partir desse pano de fundo teórico, abrem-se duas variações das teorias dissuasórias. O primeiro, também chamado de modelo de internalização dos custos ou de lesão a terceiros, busca delimitar um nível ótimo de punição. Nele, assume-se que a conduta ilícita, apesar de gerar custos, pode também

⁴⁵ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 84-85.

produzir benefícios para a sociedade. Por isso, cabe ao legislador eficiente tipificar os ilícitos e quantificar as penas não com vista a combater a totalidade das infrações, mas somente no grau e na medida em que elas se revelarem ineficientes para a sociedade, i.e., quando os custos líquidos gerados para a sociedade superarem os benefícios líquidos. Seria o caso de uma indústria que, mesmo poluente, fosse capaz de gerar riquezas, empregos e bens de consumo. Se os benefícios proporcionados à sociedade superarem os custos, a lógica deve ser inviabilizar a atividade do poluidor com a sanção, mas submetê-lo ao dever de internalização dos custos decorrentes dessa atividade.

É por isso que, para a dissuasão ótima, punição em excesso é sintoma de ineficiência.⁴⁶

Em síntese, o objeto deste tipo de sanção é focado no caráter econômico da prática ilícita, deve a sanção representar um alto custo a ponto de implicar um significativo prejuízo ao empreendimento e assim afastar a hipótese de descumprimento da norma por parte do empreendedor.

A Teoria Retributiva comporta a ideia de que a pena consubstancia um mal a ser imposto ao infrator, uma vingança estatal, proporcional ao mal causado, observados os limites da culpa e da participação do agente.

Como explica Cristina Emy, a teoria retributiva tem na sua concepção clara influência da lei de talião ("olho por olho, dente por dente") e de passagens bíblicas. Já nas idades moderna e contemporânea, foram determinantes a filosofia de Immanuel Kant e de Friederich Hegel. De Kant, a partir de sua teoria da retribuição moral ou ética, sob a ótica de que "a realização de um mal culpável reivindica o imperativo categórico do castigo ao infrator, como imposição incondicionada da justiça; de Hegel, pela defesa de que, sendo o ordenamento jurídico (como expressão da vontade geral) a tese, e o delito a sua negação (i.e., a antítese), a pena, como negação da negação, seria a síntese apta a restabelecer a vontade geral.

Vista assim, como um estigma necessário, a pena deve ser fixada de forma proporcional (a) à gravidade ético-social da ofensa cometida, (b) à extensão do dano causado à vítima e (c) à culpabilidade do ofensor. Nesse terceiro ponto, o agente será considerado mais ou menos culpável tendo em vista (c.1) sua intenção quanto ao cometimento do crime, (c.2) os motivos que o levaram a realizar o ilícito e (c.3) as circunstâncias do ato.⁴⁷

⁴⁶ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 85-86.

⁴⁷ Ibidem, p. 89-90.

A autora apresenta uma linha de raciocínio pautada na busca de um “equilíbrio fino”, como uma legitimação híbrida, onde a realização dos objetivos de interesse público é tomada sob os enfoques prospectivo e conformativo, dissociados, como regra, de um juízo de reprovação ético-social. Classifica a sanção como instrumento de gestão e como uma ferramenta institucional a ser usada sob o enfoque da lógica dos incentivos, sempre com norte na efetivação do interesse público. Os modelos sancionatórios devem ser adequados, afinal punir é caro e persuadir é barato.

O ponto de destaque é a indicação de uma regulação responsiva, levando em consideração a cultura, as práticas e a história do setor regulado, combinando instrumentos persuasivos e punitivos, bem como criando um sistema piramidal de aplicação de sanções que se dá de forma escalonada e, no mesmo sistema de escala, a imposição de meios de regulação, como a autorregulação forçada, a regulação com discricionariedade e a regulação com vínculo.

Para aplicação do sistema que denomina como realmente responsivo, considera cinco fatores:

- a) A estrutura cognitiva e operacional dos agentes regulados: perfil atitudinal (*compliance*);
- b) Levar a sério as teorias institucionais do regulador: contexto normativo e político, controles, posição institucional, recursos, ação fiscalizatória e executiva;
- c) Observar a lógica que permeia cada ferramenta (persuasiva ou repressiva) e estratégia regulatória (*compliance*, intimidação, *disclosure*⁴⁸, etc.);
- d) Avaliação permanente do regime regulatório: performance, efetividade e atividades *off the screen*;
- e) Abertura a mudanças nas prioridades, circunstâncias e objetivos regulatórios: fatores internos e externos⁴⁹.

Diante desta síntese acerca das doutrinas que debatem o Direito Administrativo Sancionatório no Brasil atual, para os fins deste estudo, filiamo-nos ao posicionamento de

⁴⁸ *Disclosure*: trata-se de um ato de fornecer a todos os interessados dados econômicos relacionados à empresa. Permite que não apenas investidores tenham acesso à situação real da empresa, como também que funcionários e participantes da vida cotidiana da empresa conheçam sua estrutura. Essa informação permite uma relação de maior transparência e, naturalmente, maior controle.

⁴⁹ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 152-155.

Fábio Medina Osório. Em que pese reconhecer o caráter retributivo, preventivo e reeducador da sanção, essas características não afastam o fato de ser a pena um castigo em resposta a uma prática ilícita e não propriamente um estímulo para práticas lícitas ou em busca da eficiência administrativa.

Partimos do entendimento de que a sanção administrativa não está isoladamente relacionada à função administrativa, característica formal que informa o Direito Administrativo. Em seu aspecto material em relação a este ramo do Direito, a sanção consiste em segmento jurídico integrante do poder punitivo do Estado. A adoção deste entendimento força a análise da interface entre o Direito Administrativo e o Direito Penal enquanto espécies normativas designadas à pacificação social e ao cumprimento de diretrizes imprescindíveis para o desenvolvimento da sociedade.

A base de aplicação da sanção deve estar prescrita em lei, em consonância com os princípios da legalidade e, especificamente, da reserva legal, a significar que não existe fato típico considerado crime ou infração administrativa sem prévia disposição legal e não será válida a pena aplicada antes da ocorrência do crime ou infração administrativa, o que abordaremos com mais vagar adiante.

Inicialmente, deve ser considerada a natureza do Direito Sancionatório estatal, como se definem as condutas típicas aptas a gerar um posicionamento coativo que impeçam ou desestimulem tal prática.

Nesse âmbito, o Direito Penal sempre se destacou perante os aplicadores do Direito e estudiosos dos comportamentos sociais, posto que a tipificação de condutas como crime consiste na expressão máxima de coibição da prática descrita no corpo da norma penal. A tipificação penal configura corolário do princípio da intervenção mínima do Estado, no sentido de que apenas os fatos especialmente graves devem ser considerados criminosos, sendo reservado ao Direito Penal a sua apuração e dos demais fatos relativamente inoportunos para a sociedade, a serem reparados pelas demais esferas jurídicas, como a administrativa e a civil.

O poder punitivo do Estado expressa-se em ambas esferas, penal e administrativa. Diante da identidade do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionador no âmbito de atuação da esfera punitiva do Estado, os direitos fundamentais e as garantias constitucionais devem ser aplicados em ambas as situações de apuração dos ilícitos. Assim, na apuração de um ilícito penal, não se discute o direito à ampla defesa, ao contraditório, à produção de

provas, à defesa técnica, à individualização da conduta. Da mesma maneira, a estrutura do processo administrativo sancionador deve garantir a preservação desses mesmos direitos e garantias.

O paralelo com o Direito Penal, em que pese as recentes discussões sobre o Direito Administrativo Sancionador, extrai-se do corpo da norma constitucional que impõe as garantias do contraditório e ampla defesa aos processos administrativos e criminais⁵⁰.

Alguns institutos e princípios podem intercambiar entre ambas as ciências jurídicas, dada a natureza comum do Estado (ou quem lhe represente) na posição de fiscal e aplicador das sanções.

Em sequência, apresentaremos como os princípios de Direito Administrativo influenciam na formação do Direito Administrativo Sancionador, tanto em sua construção normativa como em sua aplicação.

⁵⁰ Constituição Federal de 1988, Artigo 5º, inciso LV: "Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

3. PRINCÍPIOS ORDENADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A discussão sobre a aplicação dos princípios norteadores da Administração Pública, por didática acadêmica, pressupõe a ponderação sobre “princípio” dentro do quadro jurídico apresentado. Naturalmente o presente trabalho não pretende adentrar a Teoria Geral do Direito, no entanto entendemos necessário situar o princípio no ordenamento jurídico.

Inicialmente, considera-se a questão da origem do regramento imposto à sociedade, seja como determinação positivada em elementos empíricos, convencionados pela sociedade através da concretização em norma, ou por forças naturais que impõem a definição de limites atinentes ao convívio coletivo.

O princípio surge como a vertente normativa apta a gerar direitos e obrigações, que norteia e valida sua implementação dentro do ordenamento jurídico, enquanto as regras são as premissas legais expressas e diretamente aplicadas por mera subsunção, sem a necessidade de maiores divagações e ponderações diante de um caso concreto.

Os princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para sua realização. Eles apresentam, em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, presente em qualquer norma, mas no sentido específico de não enumerarem exhaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma, apenas um elemento contingente dos princípios, como sustenta Guastini. O seu elemento essencial é a indeterminação estrutural: princípios são prescrições finalísticas com elevado grau de generalidade material, sem consequências específicas previamente definidas.

[...]

Assim, quando estatui regras ou determinados princípios, como aqueles que preveem condições estruturais do exercício do poder ou parâmetros permanentes de aplicação, não cabe ao intérprete relativizar esses comandos em nome de ponderação (no sentido estrito de afastabilidade mediante priorização concreta), como se os princípios fossem normas descartáveis e, por isso, desprovidas de normatividade. Cabe-lhe, em vez disso, coerentemente respeitar a normatividade escolhida pela Constituição. Daí a razão da afirmação, feita acima (item 2.4.3), no sentido de que os princípios não são apenas valores cuja realização fica na dependência de meras preferências pessoais, como se o intérprete pudesse aplicá-los apenas quando assim desejasse. **Os princípios, ao invés disso, instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um determinado estado de coisas.** O essencial é que, mesmo no caso dos princípios, o que for necessário para promover o fim é devido. Compreender os princípios dessa forma, como se sustenta nesta obra, é bem diferente de entendê-los – em

caráter afastáveis por processos de priorização horizontal, como defende, as teorias aqui criticadas.⁵¹

A importância prática da diferença entre regras e princípios, cuja discussão ganha destaque na Teoria Geral do Direito, afeta a interpretação de todos os segmentos jurídicos. Notadamente para este trabalho, no que concerne à individualização da conduta e a aplicação das regras com fundamento não apenas na regra como no princípio, o que pode diferenciar caso a caso as decisões nos julgamentos perante os Tribunais de Contas e sua previsão no Direito Administrativo Sancionador.

Ao descrever a diferença empírica entre princípios e regras, Ronald Dworkin⁵² apresentou como exemplo o julgamento Riggs contra Palmer:

Em 1889, no famoso caso Riggs contra Palmer, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: “É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino”. Mas o tribunal prosseguiu, observando que “todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime”. O assassino não recebeu sua herança.

[...]

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.⁵³

⁵¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 155-161 (grifos nossos).

⁵² Não pretendemos discutir as críticas dos autores citados e suas escolas, os recortes foram escolhidos para demonstrar a real influência desta discussão teórica para a essência prática do Direito no cotidiano das pessoas. A presente abordagem reconhece a força normativa dos princípios jurídicos e sua vinculação na formação do resultado interpretativo diante do caso concreto, sem com isso inserir-se perante as ricas proposições doutrinárias que debatem seus efeitos diante da decisão jurídica.

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 37-39.

Quando a regra prevista no texto normativo não se aplicava efetivamente ao caso concreto, ante a singularidade do caso, o sistema jurídico brasileiro há muito contemplava o preenchimento de lacunas da lei nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, por meio da analogia, costumes e princípios gerais de Direito.

Maria Helena Diniz⁵⁴, assim discorre sobre os princípios gerais de Direito:

Os princípios gerais de direito, entendemos, não são preceitos de ordem ética, política, sociológica ou técnica, mas elementos componentes do direito. São normas de valor genérico que orientam a compreensão do sistema jurídico, em sua aplicação e integração, estejam ou não positivadas. Não se confundem os princípios gerais de direito, ainda, com os brocardos ou máximas, embora sejam, em parte, integrados por estas. Tais parênteses valem apenas como cristalizações históricas dos princípios gerais do direito: “*exceptiones sunt strictissimae interpretationis*” (as exceções são de interpretação estrita); “*semper in dubis, benigniora praeferenda sunt*” (nos casos duvidosos, deve-se preferir a solução mais benigna); “*ad impossibilia nemo tenetur*” (ninguém está obrigado ao impossível); “*utile per inutile non vitiatur*” (o que num ato jurídico é útil não deve ser prejudicado por aquilo que não é); “*actus, non a nomine sed a effectu, iudicatur*” (o ato jurídico é apreciado, tomando-se em consideração, em vez do simples nome, o efetivamente desejado, ou seja, a denominação falsa ou errada do ato não influi no valor e aplicabilidade das disposições; se ao legado chamam herança, p. ex., o magistrado corrige o engano, dando eficiência ao que foi, efetivamente, resolvido); “*nemo locupletari debet cum aliena injuria vel jactura*” (ninguém deve locupletar-se com o dano alheio, ou com a jactura alheia); “*his quae contra rationem juris constituta sunt, non possumus sequi regulam juris*” (ao que foi determinado, introduzido, realizado em contraste com a razão de direito, não podemos aplicar a norma de direito); “*unum quod que dissolvitur eo modo quod fuerit colligatum*” (cada coisa dissolve-se do mesmo modo pelo qual tenha sido constituída) etc.

Constituem princípios gerais de Direito as proposições por vezes não expressas, mas que se encontram no âmbito do ordenamento jurídico por meio de correlações lógicas e interpretações das finalidades das normas postas, aptas a interconectar a justiça ao caso concreto quando os meios de subsunção das regras normativas não forem aptos à solução da lide.

O enfoque quanto à aplicação dos princípios jurídicos não recai apenas na questão da solução de lacunas ou na sua qualificação como “gerais de direito”, mas como efetivam a

⁵⁴ DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 471.

integração da lei ao caso concreto, como o aplicador do direito realiza essa operação dentro do sistema jurídico. E no que tange a este estudo, a questão concentra-se, em face do poder de aplicação das sanções administrativas, no limite do intérprete e aplicador da norma no caso concreto.

3.1. Princípios Constitucionais da Administração Pública

Consta expressamente do caput do artigo 37 da Constituição Federal os cinco princípios ordenadores da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Conforme destaca Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁵, além destes, inúmeros outros princípios estão expressamente espalhados pelo corpo constitucional, outros tantos são identificáveis por decorrência lógica e ainda há outros princípios implícitos oriundos da estrutura do Estado de Direito.

Inaugura esta temática o princípio norteador da Administração Pública que, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, é inerente ao próprio funcionamento da máquina pública e de observação obrigatória por todos os gestores.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é inerente a toda a sociedade, sendo condição de sua existência⁵⁶, encontra fundamento em diversos dispositivos constitucionais como o artigo 170, incisos III, V e VI, e também no artigo 5º, incisos XXIV e XXV, e estabelece poderes oriundos da própria atividade administrativa, como o da autotutela, a possibilidade de rever os próprios atos.

Diversas prerrogativas da Administração são justificadas pelo princípio da supremacia do interesse público, como a presunção de veracidade dos atos administrativos; a concessão de prazos maiores para a Administração Pública se manifestar nos processos judiciais, entre outras.

A supremacia do interesse público e, conseqüentemente, as diversas prerrogativas da Administração que daí decorrem e garantias invocadas como aparato do ordenamento

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 98.

⁵⁶ Ibidem, p. 99.

jurídico tem por base o princípio fundamental do Estado Democrático de Direito. O regime democrático, por sua natureza, revela a opção do constituinte originário por um modelo que condiciona toda a sustentação legislativa a ser operada no Estado⁵⁷.

A marca característica do Estado de Direito é justamente o posicionamento do Estado abaixo das normas jurídicas, dentro dos limites e confluindo com as normas de regência, inversamente ao Absolutismo, em que o Estado de Polícia não admite vontade que contrarie o soberano.

Em função da submissão do Estado ao Direito, indubitavelmente o sistema deve funcionar por meio de um ordenamento jurídico que possibilite a criação de instâncias de controle da atuação do soberano.

Sendo assim, para assegurar o cumprimento das leis dirigidas estatais é necessário que se estabeleça uma forma de controle da legalidade da atuação estatal. É preciso, enfim, que o próprio Estado submeta, como sujeito de direito, ao Poder Judiciário, sob pena de ser inefetiva a submissão estatal à ordem jurídica.

[...]

Em suma, um verdadeiro Estado de Direito deve reunir “a característica da subordinação à lei e da submissão à jurisdição”, nas palavras de Geraldo Ataliba. A afirmação revela que a ideia de Estado de Direito tem por pressuposto a separação das funções estatais entre órgãos distintos e independentes. A ideia de subordinação e submissão pressupõe relação entre sujeitos distintos e independentes, pois ninguém está subordinado a si mesmo. E parece claro que, se um mesmo órgão cria a lei, executa-se e exerce a jurisdição, não há contenção alguma à atuação estatal – ideia que inspirou o advento do Estado de Direito. A concepção do poder estatal passa pela separação das funções propugnada por Montesquieu.⁵⁸

Do princípio do Estado de Direito derivam outros princípios que orientam a forma como a Administração Pública se relaciona com os entes integrantes da sociedade, dentre os quais figuram os indicados expressamente no artigo 37 da Constituição Federal, entre outros

⁵⁷ “Assim, ser um Estado Democrático de Direito é princípio fundamental previsto na Constituição Federal de 1988. Trata-se de opção feita pelo poder constituinte, que estrutura e delinea a ordem constitucional brasileira, dando seus contornos fundamentais e condicionando o desenvolvimento e a aplicação das demais normas jurídicas do ordenamento pátrio, incluindo-se aqui os demais princípios constitucionais” (MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 90).

⁵⁸ Ibidem, p. 94-95.

implícitos, como os princípios da segurança jurídica, da proibição de excesso e a proteção jurídica e das garantias processuais⁵⁹.

3.1.1. Princípio da Legalidade

Trata-se de princípio regente da Administração Pública, que não apenas estabelece os limites impostos ao administrador público e orienta sua atuação, como também reconhece a presença do Estado de Direito e a jurisdição estatal. Conforme assinala Celso Antônio Bandeira de Mello⁶⁰, o princípio da legalidade nasce com o Estado de Direito, como sua consequência natural, e reflete a submissão do Estado à lei.

[...] o [princípio] da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, a legalidade consiste na observação da vontade popular, que é representada por quem escreve as normas. O Poder Legislativo recebe a maior incumbência dentro do Estado Democrático, por ser o organismo encarregado de agregar todos os segmentos sociais e de garantir a efetiva expressão do direito das minorias⁶¹.

Rafael Munhoz de Mello⁶² expõe que:

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 251-272.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 103.

⁶¹ Naturalmente, diante de uma sociedade manipulada ou dirigida por uma classe privilegiada que alcança o maior número de representantes nas Casas Legislativas, essa tônica sofre a interferência da vontade da lei para proteger esses poucos privilegiados, como ocorreu com a classe burguesa com a queda do regime absolutista na França após a Revolução. Por isso, a ferramenta constitucional da representação proporcional é o melhor sistema de formação do Legislativo, uma vez que permite a ascensão de minorias ao corpo de representantes.

⁶² MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**: As Sanções Administrativas à Luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 111.

O princípio da legalidade representa o triunfo da lei sobre a vontade do soberano, “*a government of law and not of men*”. A lei, aprovada por representantes do povo, autoriza e limita a atuação da Administração Pública – o que significa que é o próprio povo quem define os rumos a serem trilhados pelo Estado. Assim, ao contrário do que ocorria no Estado de Polícia, não é a vontade do soberano que dita o agir estatal, mas sim a vontade da coletividade, veiculada através de leis aprovadas por seus representantes. De consequência, qualquer atuação estatal que atinja a esfera de liberdade dos particulares é previamente aprovada por seus representantes, o que confere evidente legitimidade ao agir do Estado.

No Direito Administrativo Sancionador, a aplicação do princípio da legalidade causa relevante debate entre os operadores do Direito, tendo em vista que a tipificação da conduta e a previsão da sanção podem se dar por meio de diversos instrumentos normativos.

No Direito Penal, tendo em vista que as sanções em sua maioria restringem a liberdade individual, sua formulação demanda maior tempo e debates, com a participação direta da sociedade, seja mediante audiências públicas ou por representantes eleitos. Trata-se da regra da legalidade estrita, apenas a lei formal pode tipificar condutas e prescrever penas.

Nesse sentido, no que difere a sanção na seara administrativa? O que difere na sanção para que seja classificada como administrativa ou criminal? Existe de fato algum peso no ordenamento jurídico que atribua um dado elemento objetivo para essa classificação?

Regis Fernandes de Oliveira perfilha o seguinte entendimento:

Não há diferença de conteúdo entre crime, contravenção e infração administrativa. Advém ela da lei, exclusivamente. Inexiste diferença de substância entre pena e sanção administrativa.

Inexistindo diferença ontológica entre crime, contravenção e infração e entre pena e sanção, deve o jurista buscar, em dado formal, o critério diferenciador. Crime e contravenção são julgados por órgão jurisdicional, enquanto a infração, por órgão administrativo. A decisão jurisdicional tem eficácia própria de coisa julgada, enquanto que a decisão administrativa tem caráter tão-só de estabilidade, é presumivelmente legal, imperativa, exigível e executória. Crime e contravenção são perquiríveis através da polícia judiciária e devem submeter-se a processo próprio previsto pela legislação processual; a infração é apurável por qualquer forma de direito, desde que prevista em lei, independentemente de rigorismo formal, à maneira do processo civil ou penal.

Em suma, o fundamental para a distinção é o regime jurídico e, em especial, a específica eficácia jurídica do ato produzido.⁶³

No Direito espanhol, a natureza das sanções penais e administrativas foi abordada por Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, num panorama conciso da questão e suas consequências.

Estas sanções se diferenciam das penas propriamente ditas por um dado formal, a autoridade que as impõe: àquelas, a Administração; a estas, os Tribunais penais.

Esta dualidade de sistemas repressivos está recolhida em um mesmo dispositivo da Constituição, o art. 25: “Ninguém pode ser condenado ou sancionado por ações ou omissões que no momento de produzir-se não constituem crime, falta ou infração administrativa segundo a legislação vigente naquele momento”.

[...]

Mesmo excluindo já esta última aplicação, inconciliável com outros direitos fundamentais, assim como a possibilidade de que a Administração impusesse sanções privativas de liberdade (a Administração civil, não a militar, como veremos), a Constituição de 1978 manteve o citado art. 25 (inserindo-o, pela primeira vez, na categoria de constitucional), essa competência administrativa de sancionar, sem que tampouco ofereça nenhum critério objetivo para distribuir-se o campo com o *ius puniendi* que exerce, por meio de processos judiciais. É o legislador, portanto, que efetua essa distribuição (assim o admite a própria Constituição em seu art 45.3: “serão estabelecidas sanções penais ou, se for o caso, administrativas” contra aqueles que atentem contra o meio ambiente; esse “ou” é expressivo por si só), frequentemente por motivos puramente quantitativos (por exemplo, o delito fiscal em relação à infração administrativa da mesma natureza), outras, na maioria das vezes, por motivos de celeridade diante de uma justiça penal bloqueada pelo acúmulo de causas, o procedimentalismo e a falta de entrosamento efetivo da Administração com os Ministérios Públicos, como observou Parada. Na França, recentemente, o Conselho Constitucional, em sua função de controle de constitucionalidade das Leis, declarou compatível com o princípio da separação de poderes a existência de uma competência sancionatória do órgão administrativo “Conselho Superior do Audiovisual” por existir um vínculo entre essa competência e suas autorizações ou concessões administrativas de que gozam as empresas destinatárias das sanções; o limite constitucional da sanção administrativa estaria, então, em referência exclusiva às infrações de um título administrativo preexistente (Decisão 88-248 de 17 de fevereiro de 1989). Esse limite nunca foi preciso em nosso Direito, mesmo que se reconheça uma primazia da jurisdição penal sobre a administrativa na aplicação do princípio do *non bis in idem*, ao qual logo faremos referência. A partir dessa primazia, é evidente que certos

⁶³ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 32.

ilícitos nunca deixarão de estar no Código Penal, porém, será difícil concretizar formalmente quais, além daqueles cuja pena privativa de liberdade ou de perda de direitos civis e políticos pareça injustificável, dado o monopólio judicial desse tipo de sanções.⁶⁴

Por meio de uma análise formal do Direito, é possível afirmar que as condutas tipificadas pelo legislador como crime partem de uma análise político-social da necessidade de enquadramento do fato como excepcional que, por assim o ser, requer a atuação repressiva do Estado, enquanto as tipificações administrativas consistem em condutas graves, que requerem a atuação repressiva da Administração Pública, mas cuja consequência não ocasiona lesão de gravidade social que requeira seja restringida a liberdade do sancionado.

A partir da separação empírica entre ilícito penal e administrativo com base na motivação política do legislador, coloca-se a questão de como enquadrar as condutas ilícitas administrativas, que muitas vezes atingem uma dada complexidade, como no caso de uma ordem baseada em parecer técnico por exemplo, cuja especialidade supera o alcance do senso comum.

Desta forma, a tipificação de algumas condutas depende da delegação da competência legiferante à Administração Pública ou aos órgãos indicados para a fiscalização da ação de determinado segmento, em razão da qualificação especial envolvida na matéria.

A delegação do poder legiferante do Legislativo à Administração ou a outros órgãos encarregados de fiscalização relaciona-se à extensão do princípio da legalidade, o que também estabelece a diferenciação entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador.

Para Alice Voronoff, o Direito Administrativo Sancionador não se assemelha ao Direito Penal, uma vez que neste ramo do Direito as regras por natureza são muito rígidas, pautando-se no fato posto de que nenhum doutrinador defende essa comparação com viés absoluto. A própria Constituição da República, em seu artigo 5º, inciso XXXIX, prescreve que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, de

⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld. Tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 188-189.

sorte que a norma de regência não apresenta reserva específica quanto à necessidade de lei para sanções administrativas⁶⁵.

A autora destaca que o Direito Administrativo Sancionador lida com questões dinâmicas, que oferecem resposta a demandas variadas e urgentes. "As infrações e sanções devem ser vistas como técnicas de regulação voltadas a promover a adequação da conduta dos particulares"⁶⁶.

Assinala ainda que no Direito Administrativo Sancionador, especialmente no campo da regulação socioeconômica, os tipos são fixados por remissão a outros atos normativos e as sanções são atribuídas de forma genérica. Em sua primeira conclusão sobre o tema, afasta do Direito Administrativo Sancionador o padrão da legalidade penal.

Em seguida, a autora compara o princípio da legalidade nos âmbitos do Direito Administrativo e do Direito Administrativo Sancionador⁶⁷. Considerando o previsto no caput do artigo 37 da Constituição Federal, no que tange à legalidade atualmente, não seria correto e usual afirmar que a Administração Pública pode fazer apenas o permitido pela lei em sentido estrito, a vinculação é com o ordenamento jurídico como um todo, há outros instrumentos além da lei que efetivamente implicam o cumprimento da reserva legal, como os regulamentos.

Quanto ao campo de incidência da legalidade no Direito Administrativo Sancionador, Alice Voronoff ressalta a reserva relativa de lei material como sua forma de expressão, nos seguintes termos:

Em suma, os fundamentos apontados nesse item permitem sustentar uma legalidade peculiar ao direito administrativo sancionador que não se expressa nos moldes do direito penal, mas que também apresenta nuances à legalidade aplicável ao direito administrativo em geral. No campo sancionatório, a legalidade deve expressar-se como reserva relativa de lei material, voltada a proibir que a Administração Pública, pela via do regulamento ou mesmo em decisões em casos concretos, crie tipos e sanções independentemente de autorização legal. O que não impede, de toda forma, que o Poder Legislativo, se assim entender, autorize o exercício dessa competência pela Administração Pública.⁶⁸

⁶⁵ VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018, 215-221.

⁶⁶ Ibidem, p. 218.

⁶⁷ Ibidem, p. 221-227.

⁶⁸ Ibidem, p. 229.

Esse entendimento sobre a extensão do princípio da legalidade é indicado pela doutrina há tempos, sendo aplicável aos tipos sancionatórios outras normas que não apenas a lei, como também ocorre no Direito Penal, ao que se denomina de norma penal em branco⁶⁹. Todavia, deve haver previsão em lei, ainda que de forma genérica, para autorizar a Administração Pública⁷⁰ a atribuição de sanção com base em normas infralegais.

Notadamente, desde que preservado o interesse público, o Estado pode transferir o poder sancionatório administrativo, como bem observou Fábio Medina Osório⁷¹:

Essa lógica pela qual as sanções são reconhecidas no universo do Direito Administrativo, e não exatamente pela presença do Estado na relação, abre a possibilidade de que o legislador remeta a competência de Direito Administrativo Sancionador a outros setores não estatais, às chamadas Organizações Não Governamentais, às Sociedades Cíveis de Interesse Público, às Fundações, entre outros organismos. Os mecanismos de descentralização administrativa *lato sensu* permitem o cometimento de poderes sancionadores a organismos não estatais, privados, porém no desempenho de atividades públicas disciplinadas pelo Direito Administrativo. É óbvio que a processualização dessas relações punitivas obedecerá, também, a pressupostos peculiares de funcionamento concreto.

Há, ainda, normas de Direito Administrativo que contemplam condutas proibidas e sanções, cuja aplicação, não obstante, depende de juízes e tribunais, não sendo viável ou lícito à Administração Pública, direta ou indireta, ou a qualquer outra entidade regulada por Direito Público, aplicá-las. São sanções geralmente mais graves, bastante próximas, não raro, do Direito Penal, porém inegavelmente de Direito Administrativo, editadas pelo

⁶⁹ “São normas penais em branco aquelas cujo preceito primário (descrição da conduta) é indeterminado quanto a seu conteúdo, porém determinável, e o preceito sancionador é sempre certo.

Dividem-se em: a) normas impropriamente em branco, que se valem de fontes formais homogêneas, em outras palavras, são as que possuem o complemento em norma de igual hierarquia. [...] b) normas propriamente em branco, que se utilizam de fontes formais heterogêneas, porque o órgão legiferante é diverso, ou seja, buscam o complemento em norma de inferior hierarquia. Ex.: o crime contra a economia popular, referente à transgressão de tabela de preços, encontra o complemento (elaboração da tabela) em norma estabelecida por órgão do Poder Executivo, de diferente fonte normativa” (NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 14. ed. 2. reimpressão. Rio de Janeiro. Forense, 2018, p. 64-65).

⁷⁰ “Deve ser examinada sob dois enfoques, ou duas concepções: em sentido amplo e em sentido estrito. Na primeira, cuja solução se nos afigura como destituída de maiores dificuldades, a norma e a sanção provêm de uma única fonte legislativa, o Congresso Nacional. Por conseguinte, sua elaboração é submetida a processo de maturação idêntico, pelo que gozam de estabilidade no ordenamento jurídico do país. Por isso, afirma-se existir nessa espécie fonte legislativa homogênea. Na segunda, que é onde as dificuldades surgem, o complemento origina-se de fonte formal heterogênea, ou seja, do Poder Executivo, Legislativo estadual, municipal, etc. **Por conseguinte, passam a integrar a norma penal em branco as leis estaduais e municipais, decretos, portarias, atos, regulamentos, e também as medidas provisórias**” (PIERANGELI, José Henrique. **Código Penal Comentado Artigo por Artigo**. Atualizado e revisto por Maria Aparecida Pierangeli Borelli Thomaz. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 25).

⁷¹ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 46.

Estado como forma de tutelar específicos interesses públicos e sociais. Nesses casos, sustento que o Estado-juiz pode receber competências sancionatórias disciplinares direta e originariamente pelo Direito Administrativo, com o que suas prerrogativas veiculariam sanções administrativas, sanções de Direito Administrativo. Eis um universo no qual o Direito Administrativo Sancionador também transita com desenvoltura. Trata-se do Direito Administrativo Sancionador judicializado, cujas normas haveriam de ser buscadas nas decisões típicas do Poder Judiciário.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁷² denomina essa transferência de "deslegalização":

Modalidade anômala de transferência sem delegação é a deslegalização, ou delegificação, pela qual as casas legislativas abrem um espaço normativo, quase sempre de natureza técnica, em que elas se demitem da função de criar certas normas legais para que outros entes, públicos ou privados, o façam, sob os limites e controles por elas estabelecidos, no exercício da competência implícita no caput do art. 48 da Constituição (v. quadro IV). Eduardo Garcia de Enterría, para afastar doutrinariamente confusão entre a deslegalização e a delegação receptícia, aponta que nesta hipótese, da simples delegação, a norma delegada tem força de lei – lei delegada, ao passo que naquela hipótese, da deslegalização, a norma deslegalizada tem natureza administrativa ou regulamentar. Por outro lado, a norma que institui a delegação receptícia, esgota sua eficácia apenas com seu exercício normativo pelo delegado, ao passo que a norma deslegalizadora, dispondo que certas matérias serão mais adequadamente tratadas por órgãos específicos (sejam públicos ou privados), será eficaz enquanto o legislador que a instituiu não a revogue.

Constatada a possibilidade de complementação da norma legal por delegação à Administração Pública para quem a represente, convém analisar os limites impostos aos agentes delegados, sempre considerando que a lei deve dispor sobre os parâmetros mínimos para a tipificação das condutas e consequente aplicação das sanções.

Os regulamentos não podem inovar a ordem legislativa, restringindo-se a indicar os meios de execução e os caminhos processuais para a consecução do que a lei assinala, seu principal efeito prático é minimizar a discricionariedade dos agentes públicos encarregados de cumprir a determinação legal.

⁷² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Forense. Edição do Kindle, posição 1915 de 21452.

Nesse contexto é que se insere a discussão quanto ao desvio de poder na função legislativa, consoante o preceito da reserva legal material e a aplicação da lei no caso concreto. Conforme Pedro Estevam Alves Pinto Serrano:

No que tange à questão da restrição legal aos direitos e garantias fundamentais, na perspectiva ora adotada, o princípio da reserva legal material se opõe como manifestação do princípio isonômico, ou seja, da ideia de igualdade entre os administrados nas suas relações com o Estado. A noção de lei geral e abstrata tem por fundamento a concepção de igualdade na estipulação de direitos e deveres dos cidadãos. A indeterminação do destinatário da hipótese da norma é a garantia semântica da inexistência de perseguições e benefícios, inerente à impessoalidade da conduta estatal no Estado de Direito.

Temos, assim, como posta, a questão da reserva material da lei mais com relação à sua destinação (generalidade) do que à natureza semântico-prescritiva de seu comando (abstração ou concretude). É a natureza do assunto sobre o qual se legisla que dará a natureza concreta ou abstrata de seu comando, se destinado à regulação por hipótese de ocorrência futura (abstrata) ou se exigindo providência presente (concreta). A questão isonômica se manifesta, consequentemente, na destinação da hipótese legal; se produtora de resultados jurídicos dirigidos a uma pessoa, a um grupo reduzido e determinado de pessoas (individual), ou a uma comunidade integralmente considerada (genérica).

À luz do Estado do Direito e do princípio isonômico outra não nos parece ser a conclusão possível senão a de reconhecer a existência em nosso sistema constitucional do princípio da reserva material da lei no tocante às restrições dos direitos e garantias fundamentais implícito ao inc. II do art. 5º da nossa Constituição.

Destarte a reserva legal presentificar-se-ia:

- a) em sua dimensão formal, no tocante à lei como fonte primária da inovação da ordem jurídica;
- b) em sua dimensão material, na inviabilidade jurídica da restrição legal aos direitos e garantias fundamentais por leis não genéricas.

A concretude da lei genérica será admitida quando restritora de direitos, desde que, evidentemente, não implique distinções indevidas entre pessoas ou grupo de pessoas.⁷³

Tendo em mente que toda manifestação da função administrativa deve ser autorizada por lei, é de se presumir que essa limitação aplica-se às funções individuais, concretas, gerais e abstratas, de modo que todos os meios de confecção de elementos normativos infralegais devem se ater à norma formal, principalmente quando impõem

⁷³ SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **O Desvio de Poder na Função Legislativa**. Coleção Juristas da Atualidade. São Paulo: FDT, 1997, p. 194.

restrições jurídicas. "As volições secundárias genéricas são os regulamentos administrativos, normas jurídicas gerais e abstratas editadas pela Administração Pública. Trata-se de norma infralegal, que se encontra num escalão hierárquico inferior ao da lei formal"⁷⁴.

Para inovar a ordem legislativa, é imperioso observar o comando constitucional indicado no inciso II do artigo 5º, de forma que apenas a lei no cumprimento típico da função legislativa pode ingressar no ordenamento jurídico com a imposição de novas diretrizes normativas.

No campo do direito administrativo sancionador, o princípio da legalidade exige que o ilícito administrativo e a respectiva sanção sejam criados por lei formal. Apenas o legislador pode tipificar uma conduta como ilícito administrativo e imputar à sua prática uma sanção administrativa. Trata-se de aplicação, no direito administrativo, do princípio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, previsto no inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal.⁷⁵

Na esfera do Direito Administrativo Sancionador, as normas tendem a ingressar no sistema muito mais por meio de delegação secundária, tendo em vista que as atividades administrativas muitas vezes dependem de competências específicas, requerendo maior conhecimento técnico e o acompanhamento perene das atividades. Ilustram o exposto as Agências Reguladoras, criadas com a finalidade específica de fiscalizar e coordenar os segmentos que demandam verificação permanente, ante a natureza de sua especialidade e importância para o desenvolvimento e/ou controle da economia brasileira, como as indicadas no artigo 2º da Lei 13.848, de 25 de junho de 2019.

Ainda, destaca Maurício Zockun, que a indicação da expressão “lei” prevista no corpo do inciso II do artigo 5º não pode ser entendida apenas como o produto oriundo de um processo legislativo, como mero sinônimo de ato oriundo do Poder Legislativo, ao que acresce:

Não estamos, com isso, pretendendo ampliar as taxativas e já delimitadas exceções ao princípio da estrita legalidade estampadas na Constituição da República. Afinal, não bastasse o art. 5º, II, da CF assinalar que ninguém

⁷⁴ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 115.

⁷⁵ Ibidem, p. 120.

será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo – ideia pedagogicamente reiterada em inúmeras passagens do texto –, o art. 48 da nossa Carta Nacional outorgou ao Congresso Nacional a prerrogativa para dispor sobre todas as matérias de competência da União.

Ora, se o art. 48 da Carta é um princípio que informa as Constituições estaduais e as Leis Orgânicas municipais, isso significa dizer que encargos adicionais só podem derivar por obra das Casas de representação da vontade popular.

A despeito disso, a própria Constituição da República indica outros veículos normativos – que não apenas aqueles originários do processo legislativo – capazes de introduzir inauguralmente novos encargos na ordem jurídica.

É o que ocorre, por exemplo, com os *convênios* (arts. 155, §2º, XII, “g”, da Constituição da República e art. 34, §8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias/ACDT), com as denominadas *instruções* (art. 91, §4º, do ADCT) e, ainda, com certas espécies de *resoluções* (art. 5º, §2º, do ADCT e, supostamente, art. 103-B, §4º), dentre outras espécies de instrumentos normativos.

Vale dizer: pode-se obrigar uma pessoa a fazer ou deixar de fazer algo não apenas por meio de ato oriundo de processo legislativo, como sugere o art. 5º, II, da Constituição da República, mas também por convênio, instruções, resoluções etc. E isso tudo por expressa autorização do texto constitucional.⁷⁶

A regulamentação de normas formais pela Administração Pública tem por finalidade diminuir a margem de interpretação dos agentes públicos no uso de sua competência discricionária, no momento de fazer cumprir as normas.

Sob esse aspecto, cumpre sempre ressaltar que o regulamento administrativo não pode inovar na seara jurídica ao criar um tipo sancionador. Para prevenir a inovação e em nome da segurança jurídica, a lei formal deve indicar com elementos suficientes, mesmo que de forma geral, o fato a ser tipificado.

O preceito secundário da norma sancionadora, que define a pena, deve igualmente ser indicado na lei formal, facultando ao regulamento apenas estipular de forma mais objetiva sua aplicação diante do caso concreto.

No campo do Direito Administrativo Sancionador, entendemos que a complementação da norma por meio de delegação da atividade legiferante pode ser mais flexível e genérica, não se comparando estritamente à norma penal em branco, uma vez que no espectro penal a rigidez da fixação da pena apenas possibilita a complementação da

⁷⁶ ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade Patrimonial do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 69-70.

tipificação da conduta por norma alienígena, sendo a pena fixada na norma base⁷⁷. Ademais, a natureza dos objetos tutelados pelo Direito Administrativo Sancionador é mais volúvel e, por isso, demanda um sistema dinâmico que permita que a Administração Pública se amolde com maior rapidez para atender as necessidades que permeiam o interesse público.

Ainda quanto à observância do princípio da legalidade no Direito Administrativo Sancionador, a instituição de medidas punitivas por meio de medidas provisórias leva à discussão quanto aos efeitos produzidos durante a vigência destas, principalmente quando não convertidas em lei.

Tendo em vista que a tipificação de condutas ilícitas e consequente atribuição de pena dependem de lei, convém analisar se a medida provisória cumpriria o padrão de legalidade necessário para prescrever medidas punitivas.

Denota-se que apenas a conversão da medida provisória em lei habilitaria referido instrumento no que concerne à tipificação e aplicabilidade de sanção⁷⁸.

Por outro lado, Seabra Fagundes amplia o espectro da legalidade ao diferenciar lei em sentido formal e material, alargando assim o alcance da atividade legislativa:

No sentido formal ou orgânico, a lei é o ato do órgão investido, constitucionalmente, na função legislativa. Todo ato emanado das entidades às quais a Constituição atribua função legislativa, se praticado no uso da competência constitucionalmente outorgada, é lei, do ponto de vista formal. Tem a forma de lei. Poderá acontecer que, ao mesmo tempo, apresente a substância do ato legislativo, como se contiver uma regra geral e impessoal

⁷⁷ “Realmente, mesmo com a construção e o desenvolvimento de um Direito Administrativo Sancionador que se torna autônomo em relação ao poder de polícia administrativo, um ponto que distingue sanções penais e administrativas – em matéria de reserva de lei, competências sancionadoras e alcance da legalidade – é a maior amplitude das sanções administrativas em termos de alcance material, com o que a legalidade opera funções distintas. Com efeito, os tipos do Direito Administrativo Sancionador são, em regra, mais elásticos que os tipos penais, dada a utilização da dinâmica própria do terreno administrativo e a permanente inspiração dos interesses públicos e gerais a orientar a feitura e aplicação das normas. As leis administrativas mudam com grande rapidez, tendem a proteger bens jurídicos mais expostos à velocidade dos acontecimentos e transformações sociais, econômicas, culturais, de modo que o Direito Administrativo Sancionador acompanha essa realidade e é, por natureza, mais dinâmico do que o Direito Penal, cuja estabilidade normativa já resulta da própria estrita competência da União Federal. Eis um panorama possível a ser descrito” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 225).

⁷⁸ “As medidas provisórias são espécies normativas novas, surgidas com a Constituição Federal de 1988, que vieram ocupar o lugar do antigo decreto-lei. Diferem deste pela circunstância de que produzem imediatamente efeitos que só poderão ser suspensos diante da rejeição por parte do Congresso Nacional, que pode ser de maneira explícita ou implícita, pelo decurso do prazo de trinta dias, sem apreciação pelo Congresso. Tem sido praxe, quando o Congresso não aprecia no tempo hábil as medidas provisórias, o chefe do Executivo reeditá-las. Mas o que nos importa saber é que depois de aprovadas tornam-se leis, e, como tais, também são fontes do direito administrativo” (BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 19).

de conduta, imperativamente imposta para o ordenamento da vida coletiva. Neste caso, será também lei no sentido material.⁷⁹

A Constituição da República brasileira contempla no artigo 62 a possibilidade de o presidente da República adotar medida provisória com força de lei, em caso de relevância e urgência.

Quando convertida em lei, perpetuam-se os efeitos da medida provisória, parecendo viável sua utilização com caráter sancionatório na seara administrativa. Essa via, no entanto, torna-se questionável para tal fim na hipótese de sua não conversão em lei.

A qualificação da medida como "provisória" revela sua natureza cautelar, pautada em urgência e excepcionalidade, sendo imperiosa a conversão em lei para que seus efeitos permaneçam.

A medida provisória tem prazo de vigência limitado a sessenta dias, prorrogável automaticamente por igual período uma única vez, caso não seja convertida em lei.

A Emenda Constitucional nº 32/2001 alterou consideravelmente a aplicabilidade da medida provisória, cujos efeitos até então se extinguiriam caso a medida não se convertesse em lei, situação ainda almejada pelo §3º do artigo 62 da Constituição da República, mas com as ressalvas acrescentadas pelos §§ 11 e 12⁸⁰.

O artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê a impossibilidade de referência a conceitos vagos em julgamentos. A excepcionalidade da medida provisória carrega em sua construção a combinação de dois conceitos vagos – relevância e urgência –, a ponto de suprimir do legislativo a possibilidade de tramitação ordinária de um projeto de lei dispondo sobre sua validade, residindo aí, a nosso ver, a impossibilidade de norma punitiva por meio de medida provisória na seara administrativa sancionatória.

⁷⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 23-24.

⁸⁰ “Ora, este §11 mantém regidas pela medida provisória não convertida as situações dela decorrentes. Entretanto, nos primeiros sessenta dias posteriores à perda de eficácia da medida, decreto legislativo poderá dispor sobre as relações jurídicas, consoante prevê o §3º, in fine. Há nisso profunda modificação relativamente ao que resulta do texto primário. Neste, os efeitos da medida provisória não convertida se desconstituíam, salvo se decreto legislativo dispusesse em contrário. Ao invés, hoje eles perduram válidos, salvo se o decreto legislativo dispuser em contrário. E isto, no prazo de sessenta dias mencionado” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 239-240).

Acresce anotar que o parágrafo primeiro do artigo 62 da Constituição da República oferece um rol indicativo de matérias sobre as quais é vedada a edição de medidas provisórias, figurando entre elas os assuntos de Direito Penal.

O poder punitivo do Estado é uno, sendo a divisão entre crime e ilícito administrativo uma ponderação do legislador diante dos fatos apresentados e sua correlação social no tempo e no espaço, vale dizer, define-se a tipificação da conduta diante de sua importância social, reservada a tipificação penal apenas às condutas absolutamente excepcionais e a administrativa para os comportamentos que envolvam a Administração Pública, ou entre a Administração Pública e a sociedade ou da sociedade sob tutela da Administração para coordenar a convivência entre as pessoas (vide as normas de trânsito). Vale ressaltar que somente a lei material pode tipificar ambas as condutas.

No Direito Penal, o princípio da legalidade é tido como princípio de reserva, nos termos do que preconiza o inciso II do artigo 5º da Constituição da República.

A legalidade penal se completa com o princípio geral da legalidade, que Pontes de Miranda preferia chamar de “legaliteralidade” e também costumava ser designado por princípio de reserva, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º, inc. II CR). Legalidade e reserva constituem dois indícios da própria garantia de legalidade, correspondentes a um único requerimento de racionalidade no exercício do poder, emergente do princípio republicano de governo. Do ponto de vista formal, a legalidade significa que *a única fonte produtora de lei penal no sistema brasileiro são os órgãos constitucionalmente habilitados e a única lei penal é a formalmente deles emanada.*⁸¹

Outro aspecto que obsta a tipificação de condutas administrativas sancionatórias por meio de medida provisória consiste na necessária observância do princípio da segurança jurídica, o que na prática incide sob a forma da máxima taxatividade, significando que o legislador deve descrever com precisão a conduta punitiva de tal sorte a tornar seguramente indubitável o que não é permitido pela lei. Sob essa perspectiva, uma medida que se afigura provisória e urgente afronta mencionado princípio.

⁸¹ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo Batista; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 202-203.

Há ainda outro argumento. Como foi visto, o princípio da legalidade é um corolário do princípio do Estado de Direito, acolhido pela Constituição Federal já em seu art. 1º. A opção feita pelo legislador constituinte tem um significado jurídico relevante: num Estado de Direito não há espaço para arbitrariedade, entendida como ausência de limites jurídicos à atuação dos entes estatais. Num Estado de Direito há limites jurídicos à atuação estatal, na medida em que os próprios órgãos estatais estão subordinados à ordem jurídica. Foi também afirmado que é pressuposto de um Estado de Direito a separação das funções estatais entre órgãos distintos, autônomos no exercício de suas atividades.

Ora, as sanções administrativas são impostas pela Administração Pública, estrutura hierárquica que tem em seu topo, no âmbito federal, o Presidente da República, a quem a Constituição Federal outorga competência para editar medidas provisórias. Admitir que as sanções administrativas sejam criadas por medida provisória significa aceitar que um mesmo sujeito crie a norma e a aplique – situação que vai de encontro ao princípio do Estado de Direito e à ideia de separação de poderes, que é seu pressuposto. Até que fosse apreciada pelo Poder Legislativo, as sanções administrativas criadas por medidas provisórias seriam impostas pelo mesmo ente que as criou – o que dá margem ao exercício arbitrário do poder estatal.⁸²

Corroborando, portanto, o conjunto dos aspectos que vedam a imposição de sanção por meio de medida provisória a afronta ao princípio do Estado Democrático de Direito e a separação de poderes: não pode o Executivo, a quem compete a edição de medida provisória, efetivá-la e aplicá-la. Em outro prisma, o caráter emergencial da medida provisória torna impraticável o trâmite processual legislativo, o qual constitui requisito essencial para validar a tipificação da conduta como ilícita, que é restrita, portanto, à função legislativa.

À guisa de conclusão do presente tópico, relacionamos o princípio da legalidade como raiz de sustentação da garantia da individualização da conduta.

Podemos destacar que a aplicação da sanção corresponde à necessária verificação de uma conduta descrita em lei ou outros dispositivos legais, desde que previamente autorizado por lei.

Para chegar ao ponto de conclusão de aplicação de uma sanção, é necessário correlacionar o fato praticado pelo agente com o núcleo do objeto tutelado por meio da norma sancionadora.

⁸² MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo, Malheiros: 2007, p. 131.

A única forma de evidenciar que o núcleo do objeto foi praticado, ou seja, que se exercitou o verbo descrito na conduta, é justamente individualizando-se o comportamento do agente e estudando este comportamento conforme a norma jurídica.

Desta forma, a individualização da conduta nos julgamentos provenientes de processos administrativos sancionadores encontra fundamento de sustentação no próprio princípio da legalidade.

3.1.2. Princípio da Tipicidade

Corolário do princípio da legalidade, o princípio da tipicidade implica a indicação precisa dos fatos apontados na lei como ilícitos, de modo que o destinatário da norma possa conhecer e compreender com segurança e previamente a licitude ou ilicitude de seus atos e assim decidir de forma livre sua conduta.

Em decorrência do princípio em análise, a lei que indica condutas ilícitas na seara do Direito Administrativo Sancionador deve prever, ainda que de forma genérica, as ações e omissões que serão objeto de regulamentação, quando necessária a complementação da medida por órgão regulamentador, devendo igualmente ao menos apontar o balizamento das sanções a serem impostas, objetivando prevenir seja o sancionado surpreendido com a aplicação de uma penalidade arbitrariamente determinada pela Administração Pública.

Trata-se de decorrência do princípio da legalidade, que afasta a possibilidade de a Administração praticar atos inominados; estes são possíveis para os particulares, como decorrência do princípio da autonomia da vontade. Esse atributo representa uma garantia para o administrado, pois impede que a Administração pratique atos dotados de imperatividade e executividade, vinculando unilateralmente o particular, sem que haja previsão legal; também fica afastada a possibilidade de ser praticado ato totalmente discricionário, pois a lei, ao prever o ato, já define os limites em que a discricionariedade poderá ser exercida. A tipicidade só existe com relação aos atos unilaterais; não existe nos contratos porque, com relação a eles, não há imposição de vontade da Administração, que depende sempre da aceitação do particular; nada impede que as partes convençionem um contrato inominado, desde que atenda melhor ao interesse público e ao do particular.⁸³

⁸³ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 248.

Ademais, a tipificação das medidas deve também se ater aos princípios da razoabilidade – em consonância com os coeficientes da adequação –, necessidade e proporcionalidade, como assinala José Roberto Pimenta Oliveira:

Dispõe a Magna Carta, como corolário do princípio da legalidade, que *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX)*. É o princípio da tipicidade, o qual embora literalmente atrelado à esfera criminal, tem sua força normativa extensível a toda forma de *jus puniendi*, inclusive ao sancionamento administrativo. Todavia, enfrenta o princípio certos balizamentos, em razão das características próprias à atividade administrativa.

[...]

Na tipificação, há obrigatoriedade de conformação de tipos que assegurem, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas, de forma ótima, a segurança jurídica dos atingidos pelo gravame, possibilitando a satisfação do fim a que servem, qual seja, expressar, com a suficiente clareza e densidade quais comportamentos são sancionados, de modo a permitir a análise de cada fato que pretende subsumido na hipótese normativa. Existe o dever de se adotar a solução menos onerosa à segurança jurídica, a qual, concomitantemente, dê satisfação adequada ao interesse público normativamente protegido pela tipificação, que, com a referida compostura, acaba também prestigiando o princípio da boa-fé, fundamental em matéria sancionatória.⁸⁴

O princípio da tipicidade tem por objetivo delimitar o comportamento a ser indicado como proibido e com isso dar sustentação ao princípio da legalidade, a possibilitar que o destinatário da norma tenha a plena percepção do que é relevante no comportamento descrito e indicar o resultado a ser aplicado no caso de violação deste comportamento.

Neste ponto é crucial estudarmos sua correlação com o Direito Administrativo Sancionador.

Verificamos que o princípio da legalidade na seara do Direito Administrativo Sancionador comporta instrumentos de complementação não oriundos de lei em sentido formal, em razão principalmente da dinâmica oriunda da prática administrativa e da relação da Administração Pública com o Estado e com a sociedade, que requer muitas vezes a alteração do núcleo normativo das normas sancionadoras com uma certa agilidade, de modo que não caberia a tramitação de um processo legislativo.

⁸⁴ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 473-476.

Todavia, é imperioso que as normas administrativas compreendam em sua formação os elementos característicos e mandatórios dos tipos sancionadores, sendo a tipicidade o processo de encontro do tipo. Explicamos.

Consideremos uma ação da vida real, como dirigir um veículo automotor, cujo exercício implica o cumprimento de diversas normas que operam desde a habilitação até a observância de comportamentos coletivos que permitem a fluidez do tráfego e a segurança contra acidentes, presumindo que todos os motoristas se adequarão às convenções de trânsito. Quando no plano fenomênico um motorista ultrapassa o sinal vermelho, verifica-se que referida conduta está prevista no artigo 208 do Código de Trânsito Brasileiro (avancar sinal vermelho do semáforo ou de parada obrigatória). A correlação do fato ao tipo descrito indica a tipicidade.

No campo do Direito Administrativo Sancionador, o tipo deve observar alguns requisitos para que se efetive a legalidade e a consequente tipicidade sob o viés do exercício das garantias fundamentais e do Estado de Direito.

O tipo deve conter a previsão da pretensão punitiva do Estado, ou seja, deve indicar os verbos que caracterizam a conduta ilícita para que, diante de sua ocorrência, legitime-se a aplicação da sanção. Concede-se assim, igualmente, segurança jurídica aos jurisdicionados, administrados, agentes públicos⁸⁵.

A descrição funcional do tipo assegura à sociedade o conhecimento prévio da conduta e garante a segurança jurídica, além de permitir a análise do resultado com base no comportamento do sancionado.

O fundamento da tipicidade correlaciona-se à garantia de individualização da conduta, a partir da qual é possível identificar a vontade do agente e com isso analisar seu comportamento sob o aspecto subjetivo. A análise da responsabilidade subjetiva passa necessariamente pela descrição individual do comportamento do agente.

Nesse sentido, a descrição do tipo, redigido de forma clara e hábil a dispensar interpretação, é indubitavelmente relevante no que se refere ao estudo e aplicação do poder punitivo do Estado, oferecendo à sociedade a identificação dos comportamentos tidos como ilegais e passíveis de sanção, de modo que essas condutas se tornem previsíveis.

⁸⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 231.

Ainda que de passagem, vale mencionar a tipificação permissiva, que descreve as condutas dos agentes públicos no cumprimento de normas ou representando a Administração Pública, também oriunda da legalidade estrita, impondo a prática administrativa nos termos dos atos autorizados pela lei.

Não é possível e tampouco recomendável permitir ou ordenar comportamentos administrativos com suporte em normas de elevada indeterminação e grande generalidade, pois se assim fosse possível estar-se-ia burlando a exigência material de submissão do administrador público aos limites do legislador.

De modo diverso, o sancionamento e a tipificação das condutas socialmente patológicas e atentatórias aos princípios que regem a Administração Pública são admissíveis através da utilização adequada das cláusulas gerais. No fundo, a tipicidade da proibição ocorre quando é inobservada a tipicidade da permissão. Daí que a legalidade administrativa, em tal medida, fornece substrato básico na compreensão da possibilidade de o Estado proibir e sancionar condutas por meio de cláusulas gerais, sem ofensa ao sistema constitucional pátrio.⁸⁶

A partir da entrada em vigor da Lei 13.655/2018, o denominado "conceito jurídico indeterminado" tornou-se relevante para efeito de tipificação e aplicação de sanção administrativa:

Michel Fromont relata que, no direito alemão, a teoria da margem de apreciação (quando a lei utiliza conceito indeterminado) permite à Administração a escolha entre várias qualificações jurídicas do fato, e, conseqüentemente, a escolha entre várias decisões possíveis, assinalando que se o poder discricionário permite à Administração a escolha do conteúdo de sua decisão entre vários objetos possíveis quando reunidas as condições previstas em lei para sua intervenção, a margem de apreciação permite à Administração a escolha entre várias apreciações possíveis na situação. Hartmurt Maurer relata que pela doutrina do espaço de apreciação "os conceitos jurídicos indeterminados admitem valorações diferentes, já que por fundamentos lógico-normativos não pode haver somente uma solução 'correta'". Em verdade, a adoção de conceitos normativos indeterminados situa-se numa zona em que a norma jurídica oferece oportunidade de interpretação de seu conteúdo, o que para muitos não caracteriza discricionariedade (por conduzir a uma única solução), mas, em algumas

⁸⁶ OSÓRIO, Fábio Medina. Princípio da Proporcionalidade Constitucional: Notas a Respeito da Tipificação Material e do Sancionamento aos Atos de Improbidade Administrativa Reprimidos na Lei 8.429/92. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 26/1999, p. 259.

situações, tem a possibilidade de fornecimento de opção entre duas ou mais alternativas ao administrador público.⁸⁷

A utilização de um conceito jurídico indeterminado pelo legislador não afeta a constitucionalidade da norma, sendo um expediente válido quando a situação jurídica demanda complementação interpretativa diante do caso concreto, contanto que não dificulte ou impossibilite a compreensão do tipo ilegal pelo destinatário da norma.

A descrição do ilícito deve levar em conta o critério da pessoa-média, ou seja, deve alcançar com suficiente clareza o conjunto de pessoas cujo comportamento pretende-se afetar com a descrição da norma jurídica.

Já no que tange às decisões sancionatórias, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro determina que estas não podem se valer de conceitos jurídicos indeterminados (artigo 20, parágrafo único do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942).

Nesses termos, a decisão deve pautar-se invariavelmente por um dado da realidade e destacar o seu efeito prático, obstado o uso tão somente de formulações genéricas como “devido processo legal”, “interesse público”, “boa-fé” em sua motivação. A decisão que deixar de agregar em sua motivação os componentes fáticos e a norma concreta a embasá-la estará em conflito com a lei.

O dever de motivação também consiste em um desdobramento do princípio da publicidade, previsto expressamente no artigo 37 da Constituição Federal e nas leis processuais que regem tanto o processo civil⁸⁸ como o processo administrativo.

O Decreto Federal nº 9.830, de 10 de junho de 2019, regulamentou o disposto nos artigos 20 a 30 da LINDB, conceituando os valores jurídicos indeterminados como aqueles previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação e abstração (artigo 3º, §1º), com ênfase na necessidade de sua motivação.

⁸⁷ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva; PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 324-325.

⁸⁸ Verifique-se que a indicação normativa da nova lei já constava expressamente do artigo 489 do Código de Processo Civil: “não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja interlocutória, sentença ou acórdão, que: se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; e empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso”.

A motivação deverá indicar os fundamentos e a congruência entre as normas e os fatos que embasam a decisão, bem como indicar as consequências práticas e a adequação da medida imposta.

Romeu Felipe Bacellar Filho⁸⁹ assim discorre sobre o dever de motivação das decisões tomadas pela Administração Pública:

A motivação dos atos processuais, instrumento efetivador do princípio da publicidade da Administração, garante o cumprimento dos outros princípios constitucionais: legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência. Aplicada ao processo administrativo, a motivação dos atos processuais representa um dos aspectos do fenômeno da extensão dos princípios processuais à atividade administrativa.

Com efeito, o art. 2º, da Lei 9.784/1999 elenca entre os princípios do processo administrativo o da motivação e, no inc. VII de seu parágrafo único, estabelece como critério geral a ser observado o da "indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão".

O dever de motivação já integrava o ordenamento jurídico, a nova legislação especificou que da motivação da medida deve constar sua “*necessidade*” e “*adequação*”, impondo ao julgador ater-se à proporcionalidade da medida a ser aplicada.⁹⁰

O obstáculo causado aos órgãos de controle no momento da decisão consiste na indicação das consequências práticas da decisão de invalidação: ao paralisar um edital de licitação, por exemplo, deve-se descrever a consequente conduta do administrador público, no caso, a contratação emergencial enquanto os novos termos do edital são discutidos.

⁸⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Tratado de Direito Administrativo e procedimento administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 549-550.

⁹⁰ Não é possível confundir a motivação de uma decisão, seja em relação a um processo ou formação de um ato administrativo, com o motivo. O motivo é a situação empírica que deve ser verificada para realização do ato. É o dado do mundo fenomênico que justifica a realização do ato, enquanto a motivação são os apontamentos relacionados ao evento que indicam a necessidade de atuação da Administração Pública. Quando o motivo é relacionado como fonte única de motivação surge a ocorrência do fenômeno da Teoria dos Motivos Determinantes, vinculando o Administrador ao motivo invocado.

Conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello: “Não se confunde o motivo do ato administrativo com a “motivação” feita pela autoridade administrativa. A motivação integra a “formalização” do ato, sendo um requisito formalístico dele (cf. ns. 53 e ss.). É a *exposição* dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de Direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a *enunciação da relação de pertinência lógica* entre os fatos ocorridos e o ato praticado. Não basta, pois, em uma imensa variedade de hipóteses, apenas aludir ao dispositivo legal que o agente tomou como base para editar o ato. Na motivação, transparece aquilo que o agente apresenta como “causa” do ato administrativo, noção que será melhor esclarecida a breve trecho (cf. ns. 50 e ss.)” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 412).

O parágrafo único do artigo 22 da LINDB apresenta uma espécie de modulação de efeitos, indicando as condições para a regularização do ato impugnado.

A indicação das consequências práticas e a modulação dos efeitos poderiam, em tese, transferir a responsabilidade do resultado aos órgãos de controle, impingindo uma corresponsabilidade de seus agentes, diante da argumentação de que não seria possível vislumbrar as medidas futuras a serem tomadas.

Nada mais natural do que indicar nas fundamentações de uma decisão as suas consequências e, em colaboração com os administradores públicos, apontar os meios de correção.

Denota-se que a indicação das medidas para a regularização ou correção do ato operam apenas no caso de reconhecimento de boa-fé objetiva do administrador público que, ao cumprir os condicionamentos, não pode ser responsabilizado ou sofrer punição contra sua conduta comissiva, desde que atue em conformidade com os parâmetros indicados pelos órgãos de controle.

Por outro lado, quando a norma descreve conteúdos gerais ou baseados em conceitos jurídicos indeterminados, torna-se imprescindível a observância do princípio da proporcionalidade pelos agentes do Estado, tanto ao legislar quanto ao aplicar a lei.

A proporcionalidade, juntamente com o preceito da proibição de excesso, é resultante da essência dos direitos fundamentais. Proíbem-se intervenções desnecessárias e excessivas. "Uma lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público. Assim, a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado, nem deve gravar em excesso o afetado, i.e., deve poder ser dele exigível".⁹¹

Neste caso, o princípio da tipicidade restará efetivado quando o aplicador da sanção, diante do fato praticado abrangido pelo conceito jurídico indeterminado, identificar o núcleo infracional violado e, ao motivá-lo, descrevê-lo de forma precisa a permitir que se extraia de sua leitura a previsibilidade da conduta e correta aplicação da sanção

⁹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. Princípio da Proporcionalidade Constitucional: Notas a Respeito da Tipificação Material e do Sancionamento aos Atos de Improbidade Administrativa Reprimidos na Lei 8.429/92. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 26/1999, p. 261.

correspondente. Naturalmente, tanto na ponderação do legislador quanto do aplicador da lei, é indispensável a conjugação desses valores com o princípio da proporcionalidade.

3.1.3. Princípio da Anterioridade

O princípio da anterioridade relaciona-se intrinsecamente com o princípio da legalidade e abriga o mandamento de que ninguém pode ser punido sem prévia definição da ilicitude por lei (artigo 5º, inciso XLVI).

Desdobra-se da segurança jurídica, ao sustentar que apenas as condutas tipificadas antes da ocorrência dos fatos podem ser enquadradas como ilícitas e passíveis de sanção.

Sob o mesmo caráter repreensivo do Direito Penal, a anterioridade garante a prevenção do Estado de exceção, em que vetores não indicados no ordenamento são passíveis de emprego *a posteriori* para caracterizar a ilicitude de condutas até então lícitas, em regra para a punição persecutória contra inimigos do governo perseguidos pelos regimes autoritários. Trata-se de uma verdadeira garantia contra abusos do Estado.

A anterioridade também encontra fundamento de validade nos princípios máximos da dignidade da pessoa humana e do Estado de Direito, paradigmáticos para o ordenamento constitucional pátrio e de efetivo suporte para a interpretação de todas as normas subjacentes.

Na perspectiva do Direito Administrativo Sancionador, ressaltam-se os efeitos operados pela anterioridade, especialmente quanto à sua retroatividade.

A correlação entre os princípios da anterioridade, legalidade e tipicidade opera sob uma perspectiva lógica. Mesmo com a mitigação da legalidade na esfera do Direito Administrativo Sancionador, impõe-se a descrição prévia do núcleo da conduta vedada. Entretanto, persistiriam efeitos retroativos em face de uma nova norma que desconsidere conduta tida como ilícita anteriormente, de modo equiparável ao Direito Penal?

A regra geral em Direito prescreve como válida a lei vigente à época de ocorrência do fato (*tempus regit actum*).

Assim, a extratividade, a aplicação da lei desbordando seu período de vigência, constitui exceção à regra. No âmbito do Direito Penal, a extratividade opera em duas

situações: a) em retroatividade, quando uma lei torna lícita a conduta anteriormente considerada criminosa, ou ao menos diminui os efeitos, trata-se de norma mais benéfica; b) em ultratividade, quando uma norma perde a vigência, mas, por ser mais benéfica, é aplicada a casos posteriores.

A dicção do inciso XL do artigo 5º da Constituição da República pode ser estendida para todas as ações do Estado no exercício de seu *jus puniendi*, incluindo todas as medidas sancionadoras do Direito Administrativo. Desta forma, toda alteração normativa que resulte em melhor situação para o sancionado deve ser observada, principalmente em relação aos processos em curso e sanções disciplinares, ou ainda quando a conclusão do processo possa resultar na aplicação de sanções oriundas da Lei de Improbidade Administrativa.

Parte da doutrina, integrada também por Fábio Medina Osório⁹² e Rafael Munhoz de Mello⁹³, pugna pela irretroatividade da lei mais benéfica, por entender que a dinâmica do Direito Administrativo Sancionador desdobra em uma realidade diversa do Direito Penal. Neste campo, a retroatividade encontra uma fundamentação humanitária, o que não ocorre na seara administrativa.

No entanto, verificamos que as decisões jurisdicionais caminham pelo reconhecimento da retroatividade no campo do Direito Administrativo Sancionador, com destaque para a decisão da Ministra Regina Helena Costa, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento de Recurso no Mandado de Segurança nº 37.031-SP, que considerou atenuantes indicadas em lei posterior aos fatos para fundamentar a dosimetria da sanção imposta⁹⁴.

⁹² OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 287-289.

⁹³ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 150-156.

⁹⁴ "DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APLICABILIDADE. EFEITOS PATRIMONIAIS. PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - As condutas atribuídas ao Recorrente, apuradas no PAD que culminou na imposição da pena de demissão, ocorreram entre 03.11.2000 e 29.04.2003, ainda sob a vigência da Lei Municipal n. 8.979/79. Por outro lado, a sanção foi aplicada em 04.03.2008 (fls. 40/41e), quando já vigente a Lei Municipal n. 13.530/03, a qual prevê causas atenuantes de pena, não observadas na punição.

III - Tratando-se de diploma legal mais favorável ao acusado, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente.

A retroatividade da norma em relação às sanções administrativas se correlaciona profundamente ao tema, uma vez que na individualização da conduta não se admite a aplicação de medidas diversas para o mesmo fato, mesmo que ocorrido em tempos diversos.

3.1.4. Princípio da Moralidade

Sobre este tema, imprescindível a remissão à obra de Márcio Cammarosano, "O Princípio Constitucional da Moralidade e o Exercício da Função Administrativa". Em singular incursão sobre o Direito e as normas morais, o autor explora o tema da ética e da possível antinomia entre a moral e o Direito para esclarecer como os valores são juridicizados e assim fazem fluir no ordenamento o princípio da moralidade. Aborda como a integração entre premissas gerais e conceitos abstratos de moral transcende à legislação e passa a pertencer ao mundo jurídico.

Em resumo, determinada conduta moral existente no tempo e no espaço serve para influenciar o legislador, que passa a tratá-la como arrazoadado legal. Inserindo-a no ordenamento por meio das regras legiferantes, a regra moral transforma-se em jurídica, integra o sistema normativo e reforça o poder coativo do Estado⁹⁵, sendo cobrada do cidadão sua observância.

Na visão de Márcio Cammarosano:

Na medida em que o próprio Direito consagra a moralidade administrativa como bem jurídico amparável por ação popular, é porque está outorgando ao cidadão legitimação ativa para provocar o controle judicial dos atos que sejam inválidos por ofensa a valores ou preceitos morais juridicizados. São esses valores ou preceitos que compõem a moralidade administrativa. A moralidade administrativa tem conteúdo jurídico porque compreende valores juridicizados, e tem sentido a expressão moralidade porque os valores

IV - Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se indenados os demais atos processuais.

V - A pretensão relativa à percepção de vencimentos e vantagens funcionais em período anterior ao manejo deste mandado de segurança, deve ser postulada na via ordinária, consoante inteligência dos enunciados das Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal. STJ. Mandado de Segurança nº 37.031-SP".

⁹⁵ "Uma vez que o princípio da moralidade só pode ser entendido como preceitos morais acolhidos pelo ordenamento jurídico, há verdadeira relação de vinculação do princípio da moralidade à legalidade, o que significa dizer que a moralidade não possui aplicação apartada da ordem jurídica" (SERRANO, Juliana Salinas. O Princípio da Moralidade Administrativa e o Nepotismo Político. In: CAMMAROSANO, Márcio (coord). **Controle da Administração Pública: temas atuais**. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 91).

juridicizados foram recolhidos de outra ordem normativa do comportamento humano: a ordem moral. Os aspectos jurídicos e morais se fundem, resultando na moralidade jurídica, que é moralidade administrativa quando reporta à Administração Pública.

O princípio da moralidade administrativa está referido, assim, não diretamente à ordem moral do comportamento humano, mas a outros princípios e normas que, por sua vez, juridicizam valores morais.

É por essa razão que o princípio da moralidade administrativa não agrega ao mundo do Direito, por si só, qualquer norma moral que, se violada, implicaria invalidade do ato. Não há que se falar em ofensa à moralidade administrativa se ofensa não houver ao Direito. Mas só se pode falar em ofensa à moralidade administrativa se a ofensa ao Direito caracterizar também ofensa a preceito moral por ele juridicizado, e não é o princípio da moralidade que, de per si, juridiciza preceitos morais.⁹⁶

O Direito Administrativo Sancionador encontra suporte no princípio da moralidade no que tange à vinculação de práticas relacionadas ao primor da boa administração, o agente público deve se pautar pela honestidade para atingir o interesse público. Honestidade que se traduz não apenas em comportamento social regular diante das normas jurídicas e éticas, mas também na capacitação profissional. O agente honesto deve dominar tecnicamente a matéria aos seus desígnios, para buscar o melhor caminho para a prática do ato administrativo e, conseqüentemente, conter abusos ou desvios nesse sentido.

A escolha que o agente público faz para a consecução de um objeto sob sua incumbência deve circunscrever-se às previsões normativas pertinentes. Mesmo que a intenção seja inovar ou aperfeiçoar a prática, o desvio da finalidade pode acarretar conduta inválida.

Descumpre-se o princípio da moralidade quando este encontra-se juridicizado, como no caso de descumprimento de uma ordem legal hierárquica que ocasione prejuízo público, além do resultado danoso o agente ofende a moralidade para efeitos de improbidade administrativa.

Quando as decisões dos Tribunais de Contas evidenciam a prática de ato de improbidade administrativa, por exemplo, impingem aos julgadores a necessária remessa dos instrumentos probatórios e do Acórdão para ciência do Ministério Público⁹⁷.

⁹⁶ CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 113-114.

⁹⁷ Lei nº 8.443/1992. Art. 16, § 3º: "Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis".

A normatização da moralidade ocorre quando premissas explícitas por meio de regras ou princípios, bem como implícitas e reveladas pela leitura do ordenamento jurídico são balizadas na ponderação do resultado investigado pela ação jurídica.

Por exemplo, espera-se que as decisões administrativas sejam cumpridas, não existe uma norma expressa que exija que a Administração Pública do Município de São Paulo cumpra as determinações do Tribunal de Contas do Município. No entanto, quando o Tribunal de Contas do Município determina ao gestor público a alteração de um edital de licitação em razão de vício aparente em uma das cláusulas, se o gestor, cientificado desta decisão, escolhe manter a redação ignorando a ordem da Corte de Contas, pode, em tese, responder por crime de desobediência⁹⁸ (artigo 330 do Código Penal⁹⁹), crime de prevaricação (artigo 319 do Código Penal¹⁰⁰) ou ato de improbidade administrativa (artigo 11 da Lei Federal 8.429/92¹⁰¹).

No dia a dia da Administração Pública, as determinações dos Tribunais de Contas para ajuste de procedimentos ou atos administrativos, quando inobservadas por aquela, ofendem a moralidade administrativa, uma vez que o ordenamento jurídico estabeleceu o controle externo como mecanismo fundamental para o controle dos gastos públicos. Justamente nesse ponto reside a normatização da moral perante o Direito.

Dado que o resultado de uma imposição de uma determinação oriunda de julgamento das Cortes de Contas pode resultar em tamanha consequência aos gestores públicos e pessoas circunscritas à sua jurisdição, mais uma vez encontra-se sustentação para a necessária individualização da conduta e descrição das sanções e obrigações decorrentes de um julgamento.

⁹⁸ Quanto à possibilidade de funcionário público ser sujeito ativo do crime de desobediência, Delmanto observa: “trata-se de questão controvertida: Existem três posições a respeito: a. Não poder, a menos que aja despido da qualidade de funcionário ou fora de sua função (Hungria, Comentários ao CP, 1959, IX/424-425). b. Só poder ser, se for inferior hierárquico do ofendido (Bento de Faria, CP Brasileiro, 1959, VII/140). c. Pode ser, independentemente de ser inferior ou superior hierárquico (H. Fragoso, Lições D. Penal, 1965, parte especial, IV/1156; Magalhães Noronha, D. Penal, 1979, IV/318)” (DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 501).

⁹⁹ Art. 330 - "Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa".

¹⁰⁰ Art. 319 - "Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa".

¹⁰¹ Art. 11. "Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: [...]

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício; [...]

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo; [...]"

3.1.5. Princípio da Publicidade

Trata-se da necessidade da Administração Pública transparecer para toda sociedade e principalmente aos órgãos de controle a realização de seus atos.

A publicidade pode se efetivar por meio da publicação dos atos administrativos no Diário Oficial do ente administrativo respectivo, bem como por audiências públicas, convites afixados em locais visíveis da sede do órgão público, intimação das partes, entre outras formas.

A Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) é corolário do princípio da publicidade, disciplina o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, ao assegurar a todo cidadão “receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Como bem destaca Wallace Paiva Junior, este princípio traduz a ideia de transparência, um conceito abrangente que se viabiliza por meio da publicidade, motivação e participação popular, para garantir acesso, visibilidade e conhecimento das atividades administrativas e para instrumentalizar a vigilância social e o controle institucional sobre a Administração Pública¹⁰².

Sua correspondência com o Direito Administrativo Sancionatório refere-se à extensão das garantias processuais, a ser discutida em tópico específico, em razão de sua significativa importância para a relação entre o agente sancionador e o sujeito sancionado.

3.1.6. Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência figurava inicialmente implícito em nosso ordenamento jurídico, uma vez que não seria possível conceber um sistema que previsse expressamente a obrigatória observância da moralidade e finalidade administrativa sem que na prática não se buscasse o melhor de um ato de iniciativa da Administração Pública.

¹⁰² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord). v. 1. **Tratado de Direito Administrativo**: Teoria Geral e Princípios do Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Preferiu o constituinte derivado alçá-lo à categoria de princípio expresso no corpo do artigo 37 da Constituição por meio da Emenda Constitucional nº 19, batizada como Emenda da Reforma da Administração Pública.

Consoante seus ditames, deve a Administração Pública extrair de seus feitos a maior efetividade possível, sem ignorar os preceitos normativos e os procedimentos legais¹⁰³.

Verifica-se a influência deste princípio em diversos dispositivos da Constituição Federal, constituindo um imperativo mesmo antes da reforma administrativa promovida pelo constituinte derivado, como observa Silvio Luís Ferreira da Rocha:

O princípio da eficiência é o princípio da boa administração. Ele impõe ao agente público um modo de atuar que produza resultados favoráveis à consecução dos fins que cabe ao Estado administrar. O princípio da eficiência é princípio que soma aos demais princípios impostos à Administração; não pode sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade. Tal princípio “não pode ser concebido [...] senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”.

Na Constituição visualizamos alguns institutos influenciados pelo princípio da eficiência, como: a profissionalização dos agentes públicos, pela exigência de realização de concurso público para o provimento de cargos efetivos (art. 37, II); a otimização de gastos com pessoal, com o estabelecimento de limite remuneratório conhecido como “teto” (art. 37, XI); a participação do usuário na Administração direta e indireta (prevista no art. 37, §3º); a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira de órgão e entidade da Administração direta e indireta (art. 37, §8º); a gestão associada de serviços públicos (art. 241); a criação de Conselhos de Política de Administração e Remuneração de Pessoal (art. 39); a exigência de escolas de governo (art. 39, §2º); o desenvolvimento de programas de qualidade, produtividade, treinamento, desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização dos serviços públicos (art. 39, §7º); a avaliação especial de desenvolvimento para aquisição de estabilidade (art. 41, §4º); a perda do cargo do servidor estável por reprovação em avaliação periódica de desempenho (art. 41, §1º, III).¹⁰⁴

¹⁰³ Existe a discussão quanto a um novo modelo de aplicação da eficiência administrativa outorgando-lhe um papel de gestão pública, em que a finalidade poderia ser o objeto principal sendo o procedimento de formação do ato flexionado para atingir esse fundamento. Todavia, enquanto existir o modelo constitucional presente no Estado brasileiro, imperioso ao administrador público seguir a máxima do princípio da legalidade, conforme indicado no ponto 2.1 deste estudo. Em que pese o respeito às escolas hodiernas que visam a implementação de uma administração desburocratizada, esta como sinônimo de eficaz, mister ressaltar que dita “burocracia” ainda é o meio mais transparente para lidarmos com a verdadeira epidemia brasileira da corrupção na máquina pública. Enquanto este grande monstro não for vencido, impossível lidar com a flexibilização de normas em nome de uma suposta eficiência em matéria de gestão administrativa.

¹⁰⁴ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 81-82.

Celso Antônio Bandeira de Mello apresenta de forma muito bem fundamentada a desnecessidade da referência expressa ao princípio da eficiência no caput do artigo 37, uma vez que seu cumprimento decorre de maneira lógica do próprio sistema normativo.

A Constituição se refere, no art. 37, ao princípio da eficiência. Advirta-se que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca da eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”. Esse último significa, como resulta das lições de Guido Falzone, em desenvolver a atividade administrativa “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto”. Tal dever, como assinala Falzone, “não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera aplicação deontológica, senão como um dever atual e estritamente jurídico.”¹⁰⁵

Consubstancia a tarefa do bom administrador, que implica extrair de sua atuação os maiores e melhores resultados possíveis, no alcance de todos os atos praticados, desde a escolha de um modelo de contratação, da implantação de um sistema de fiscalização, a disponibilização de recursos financeiros tendo em vista a melhor relação custo-benefício, a otimização de recursos (desdobramento do princípio da economicidade previsto no artigo 70 da Constituição Federal).

Não se trata, obviamente, de uma equação apenas econômica, em que a melhor alternativa é medida por uma régua estritamente financeira, deve contemplar outros aspectos relativos ao papel do Estado, nos termos do artigo 3º da Constituição Federal, como construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos.

Como bem pontua Edson Luís Kossamann¹⁰⁶:

¹⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 126.

¹⁰⁶ KOSSMANN, Edson Luís. **A Constitucionalização do Princípio da Eficiência na Administração Pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015, p. 148.

O Estado nunca poderá ser considerado eficiente se sua eficiência pautar-se somente no objetivo de atingir melhores resultados econômicos, numa simples equação matemática da maximização dos resultados pelo menor custo possível. Essa bem sucedida equação econômica não demonstra eficiência do Estado; pode, no máximo, demonstrar uma eficiente atuação gerencial-administrativa, mas não uma atuação eficiente do Estado, pois a sua função não se limita à eficiência econômica, sob o prisma gerencial.

[...]

Assim, o grau de eficiência do Estado está ligado primeiro à estrutura que dispõe para o desenvolvimento de suas funções e atividades, seja essa estrutura material ou pessoal; e segundo, do correto e bom uso que é feito dessa estrutura, para o cumprimento integral e universal de suas funções. Portanto, é plenamente verificável que o grau de eficiência deve ser comparado diretamente à estrutura existente, conjugado com o seu correto uso. Estrutura escassa, que não possibilita o atendimento das demandas de forma universal, conjugado com o seu bom uso, pode ser no máximo entendido como eficiência do Estado. O Estado somente será eficiente se atender as necessidades sociais que lhe são impostas de forma satisfatória e universal.

A satisfação do princípio da eficiência na composição diária da Administração Pública ganha relevo em face da atual polarização entre segmentos políticos, que representam posicionamentos atinentes a uma política não intervencionista de um lado e, de outro, a sociedade que demanda do Estado mais garantias.

O Estado pode compactuar com uma certa política econômica ao pretender afastar a atuação da máquina pública do cotidiano das pessoas, por preferir uma exploração do mercado absolutamente aberta, interferindo apenas em atividades econômicas que podem gerar concentração de mercado com o enfraquecimento de setores econômicos.

Sob o enfoque social também compete ao Estado a prestação de serviços essenciais como saúde, assistência social, educação pública e gratuita nos estabelecimentos oficiais, transporte público, entre outros, de forma isolada ou subsidiária à iniciativa privada.

Em diversos momentos históricos foram apresentadas no Brasil tentativas de desburocratização administrativa com a finalidade de tornar a máquina pública mais eficiente¹⁰⁷, todavia, o que mais chama a atenção é a escolha das ferramentas aptas para

¹⁰⁷ Podemos citar alguns exemplos de implementação de planos no Brasil, como em 1964 com a instituição da Comissão Especial de Estudos da Reforma Administrativa – COMESTRA, em 1979 o Programa Nacional de Desburocratização; em 1995 o Plano de Reforma do Aparelho do Estado, sendo uma das consequências a aprovação da Emenda Constitucional nº 19, objeto do presente estudo. Ainda, em 2016, a criação da Comissão Mista de Desburocratização, encerrada em 2018, cujo funcionamento fomentou diversos projetos de lei com a finalidade de tornar a máquina administrativa mais eficiente.

auferir, em alguns segmentos considerados de maior interesse em razão do dispêndio econômico, o grau de eficiência com a subsequente imputação de ineficácia aos agentes responsáveis e suas consequências jurídicas.

Para tratar dos meios de cumprimento do princípio da eficiência pelo Estado, ainda que em breves linhas, é oportuno comentar sobre a composição histórica da Administração Pública brasileira.

A formação do Estado brasileiro orientou-se por uma cultura de conquista e exploração do território nacional por Portugal, tendo sido criado sob a perspectiva dos privilégios voltados à Coroa portuguesa.

Os colonizadores portugueses imprimiram uma dinâmica de exploração privada do bem público, favorecida por relações pessoais entre a monarquia e seus súditos, com a divisão das funções administrativas determinada por acordos interpessoais que alimentaram o patrimonialismo vivenciado mesmo cotidianamente em boa parte na estrutura de nossa federação.

Portanto, na discussão acerca da eficiência da máquina pública, deve também ser levada em consideração a percepção do povo brasileiro sobre a Administração Pública como um espaço de privilégios pessoais, escolhas arbitrárias, abuso de poder e exploração financeira da sociedade por meio de elevados impostos.

Para ultrapassar a margem normativa de indicação do princípio da eficiência como regramento constitucional faz-se mister, antes de tudo, uma transformação cultural para que a sociedade brasileira entenda o bem público como o bem da coletividade e o serviço público como um direito a ser exigido dos prestadores do Estado¹⁰⁸.

As escolhas realizadas pelos administradores públicos envolvem a verificação da necessidade de ajustes legais, embora voltadas ao bem público, e devem assegurar que os interesses coletivos prevaleçam sobre vontades egoístas.

Na confecção de um ato administrativo que manifesta a vontade da Administração Pública, deve-se inicialmente adequá-lo à expressão da norma jurídica, enquanto resultado de uma vinculação normativa ou de escolha discricionária.

¹⁰⁸ O combate à corrupção iniciado graças ao fortalecimento das instituições de fiscalização, como a Polícia Federal, o Ministério Público, os Tribunais de Contas, principalmente na última década, pode ser a semente de indignação de que o povo necessita para começar a prestar a devida atenção aos conceitos basilares do Estado Democrático de Direito e a assumir a titularidade desse poder, revertendo-o propriamente em cobranças aos administradores públicos.

Desta forma, as escolhas do Estado devem sempre ser avaliadas principalmente em razão dos nortes constitucionais fixados na lei maior, o que também vale para as motivações dessas escolhas, emanadas dos administradores.

As decisões genéricas fundamentadas basicamente em conceitos abertos, como conveniência e oportunidade, não servem para albergar a indicação de um caminho como o mais eficaz, é imperioso somar-se as questões sociais, econômicas, financeiras, ambientais, entre outras, na máxima do direito fundamental à boa administração¹⁰⁹.

Juarez Freitas conceitua o direito fundamental à boa administração de maneira bastante elucidativa:

O Estado Democrático de Direito, em sua crescente afirmação (nem sempre linear) da cidadania, tem o compromisso de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a coerência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades.¹¹⁰

Deveras, o poder público é o meio unificador da ordem jurídica e é essencial para que o Estado persevere, de sorte que as escolhas arbitrárias ou mal elaboradas que não atingem a finalidade pública em sua essência acarretam a responsabilização do agente público.

O juízo de ponderação quanto à realização do princípio da eficiência diante do exercício de gestão pública depende da separação dos objetos propostos pelo ordenamento, pelo plano de metas do governo e de cada um dos agentes envolvidos.

Após o candidato vencer o pleito eleitoral e assumir o cargo perante o Poder Executivo, impõe-se a formulação do plano plurianual, em cumprimento ao disposto no artigo 165 da Constituição Federal, pelo qual deve se estabelecer “de forma regionalizada, as

¹⁰⁹ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.22.

¹¹⁰ Ibidem, p. 21.

diretrizes, objetivos e metas da Administração Pública Federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”.

Todavia, apesar das consequências da incidência da Lei de Responsabilidade Fiscal e da necessidade de cumprimento das diretrizes atinentes à indicação dos gastos públicos, verificou-se que nem sempre o planejamento se correlacionava diretamente ao programa de governo apresentado durante as campanhas eleitorais¹¹¹.

A partir de 2007, a sociedade civil organizada e encampada pela Rede Nossa São Paulo estabeleceu um debate com os poderes instituídos, reivindicando maior transparência da gestão pública.

Com início em São Paulo, a organização apresentou um projeto prevendo que todo chefe do Poder Executivo, assim que eleito ou reeleito, apresentasse o programa de metas de sua gestão, que deveria contemplar as promessas de sua campanha eleitoral.

O debate culminou com a publicação da Emenda nº 30, que acrescentou o artigo 69-A à Lei Orgânica do Município de São Paulo, que prevê a obrigatoriedade de elaboração e cumprimento do programa de metas pelo Poder Executivo.

Desta forma, o plano de metas apresentado durante o pleito eleitoral passou a constar como elemento obrigatório entre as demais realizações a serem efetivadas, constantes do plano plurianual do Poder Executivo do Município de São Paulo.

Nesse sentido, constitui obrigação do Prefeito apresentar, em até 90 (noventa) dias após sua posse, o programa de metas que deverá conter, além das diretrizes de seu programa de governo apresentado na eleição, as prioridades de sua gestão, tais como: as ações estratégicas, os indicadores e metas quantitativos para cada um dos setores da Administração Pública Municipal, observando os objetivos, as ações estratégicas e as demais normas da lei do Plano Diretor Estratégico.

A lei também prevê a realização de audiências públicas nos 30 (trinta) dias subsequentes e a prestação de contas à população a cada 6 (seis) meses, bem como a publicização de relatório anual sobre o andamento das metas.

Trata-se de iniciativa inédita e inovadora no país, uma ferramenta eficaz de controle social, com força de lei, que possibilita o acompanhamento e a avaliação objetiva da

¹¹¹ Disponível em: <<https://www.cidadessustentaveis.org.br/arquivos/revista-pec-plano-de-metas.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2019.

gestão municipal. É também uma forma do governo selar compromissos com a população quanto à implementação, ao longo de sua gestão, das propostas que fizeram eleger o representante da sociedade, com a possibilidade de acompanhamento e responsabilização de suas condutas nos termos da lei.

Atualmente 53 municípios já adotaram propostas semelhantes em suas Leis Orgânicas.

Uma vez consignado e registrado o plano de metas como diretriz a ser perseguida pelo Administrador Público, torna-se fundamental assegurar sua vinculação normativa.

A vinculação às metas não consubstancia mero indicativo formal não sujeito à responsabilidade direta de seu executor.

As escolhas realizadas pelos administradores públicos devem contemplar a possibilidade de ajustes legais, pois implicam e se relacionam com o bem público, em relação ao qual os interesses coletivos devem prevalecer sobre vontades individuais.

A atribuição de força de lei a uma determinação que anteriormente se enquadrava apenas no espectro da moralidade civil promove-a a uma obrigatoriedade de natureza cogente e esta mesma moralidade passa a ser tipificada como administrativa em razão do imperativo legal.

Desta forma, para efeito de verificação do cumprimento do princípio da eficiência, deve-se ter como norte os princípios idealizadores do Estado brasileiro previstos no artigo 3º da Constituição da República, sendo que, quanto à execução administrativa, constituem obrigações do administrador público:

- a) respeitar as regras financeiras, orçamentárias, operacionais e patrimoniais (Lei de Responsabilidade Fiscal, leis orçamentárias, etc.);
- b) adotar o procedimento correto para a contratação de obras e serviços;
- c) basear-se nas escolhas defendidas durante o pleito eleitoral, inseridas no plano de metas.

Nesse contexto, faz-se mister que as decisões dos Tribunais de Contas, ao julgarem a aplicação dos recursos financeiros, tenham sob perspectiva esse norte de avaliação e, principalmente, na análise de feitos concretos, indique como cada um dos partícipes colaborou de forma a não atingir a eficiência pretendida pela norma de regência.

3.2. Princípio do Devido Processo Legal

O inciso LIV do artigo 5º da Constituição da República prevê que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Facilmente denota-se tratar de um predicado para todas as funções do Estado, principalmente em seu aspecto sancionador.

Na precisa colocação de Carolina Zancaner Zockun:

O processo administrativo, posto ser instrumento de atuação administrativa, deve obediência aos princípios que o informam, em especial, ao princípio da legalidade.

Assim, os atos que compõem um processo administrativo devem estar em conformidade com o disposto na legislação de regência.

Na esfera federal, a lei que trata da matéria é a Lei nº 9.784/99 que, em seu artigo 2º, estabelece a necessidade de obediência da Administração Pública aos princípios da legalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.¹¹²

Tendo em vista que o escopo do presente trabalho não se relaciona diretamente ao tema, mas a suas consequências, propositadamente deixaremos de nos ater sobre sua constituição histórica e sobre sua ampla aplicação, focando estritamente em sua análise no que concerne ao Direito Administrativo Sancionador.

O dispositivo constitucional em questão visa garantir que toda manifestação da Administração Pública que resulte tanto em uma ordem de comando como em sanção privativas de liberdade ou de bens, ou que de alguma forma interfiram nesse sentido, seja precedida de um processo¹¹³ que permita às partes envolvidas o conhecimento prévio de todos

¹¹² ZOCKUN, Carolina Zancaner. Do Processo Administrativo e da Convalidação. In: SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães; SILVA, Alessandra Obara Soares da (orgs.) **Teoria Geral do Processo Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 216.

¹¹³ “Etimologicamente, “processo” significa “marcha avante”, “caminhada” (do latim, *procedere* = seguir adiante). Por isso, durante muito tempo foi ele confundido com a simples sucessão de atos processuais (procedimento), sendo comuns as definições que o colocavam nesse plano. Contudo, desde 1869, com a obra de Bülow (Teoria dos Pressupostos Processuais e das Exceções Dilatórias), apercebeu-se a doutrina de que há, no processo, uma força que motiva e justifica a prática dos atos do procedimento, interligando os sujeitos processuais. O processo, então, pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo e das relações entre eles e igualmente pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos.

O procedimento é, nesse quadro, apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível. A noção de processo é essencialmente teleológica, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder (no caso, jurisdicional). A noção de atos que se sucedem. Conclui-se, portanto, que o procedimento (aspecto formal do

os fatos apontados e que estas sejam devidamente intimadas e cientificadas sobre a movimentação processual, com a oportunidade de se manifestarem em todas as fases procedimentais, produzir provas etc.

É princípio universal, inscrito na legislação dos povos cultos, o de que ninguém poderá ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade senão em virtude de processo legal.

Trata-se de norma cristalizada na Magna Carta (art. 39), nas Emendas V e XIV à Constituição americana de 1787 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral da ONU (arts. X e XI).

A exigência do devido processo legal, nos casos em que a vida, a liberdade e a propriedade estejam afetadas ou possam vir a ser atingidas, destina-se a garantir o indivíduo contra a ação arbitrária do Estado e a colocá-lo sob a imediata proteção da lei.

A jurisprudência dos tribunais norte-americanos é, neste campo, extremamente valiosa para a elucidação do real sentido da cláusula atinente ao devido processo legal.

Assim, nos casos *Dimke vs. Finke*, 209 Minn 29; 295 NW 75, 79, e *Di Maio vs. Reid*, 13 NJL 17, 37; A 2 d 829, 830, decidiu-se que: “The essential elements of due process of law are notice and opportunity to be heard and to defend in orderly proceeding adapted to nature of case, and the guarantee of due process requires that every man have protection of day in Court and benefit of general Law”.

A cláusula do devido processo legal, que é ampla, abrange, dentre outros, os seguintes direitos e princípios: a) direito à citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis “ex post facto”; f) direito à plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito à assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação.

Finalmente, impõe-se esclarecer que a cláusula do “due process of law” também se aplica ao campo do processo civil, caracterizando-se pela observância dos seguintes princípios: a) igualdade das partes; b) garantia do “Jus actionis”; c) respeito ao direito de defesa; d) contraditório.¹¹⁴

processo) é o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 277).

¹¹⁴ MELLO FILHO, José Celso de. A Tutela Judicial da Liberdade. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. v. 5, DTR/2012/735, p. 885-904, ago. / 2011.

Em complementação à lição esposada acima, é possível afirmar que este princípio contempla garantia constitucional de interesse de toda a sociedade, que beneficia não apenas as partes envolvidas, mas preserva o correto desenvolvimento do sistema. Ao se assegurar um direito individual, toda a sociedade é favorecida. Fortalecendo-se a fiel observância das normas jurídicas vigentes, reafirma-se o Estado Democrático de Direito.

Dessas premissas resultam desdobramentos práticos que devem ser observados em todos os processos administrativos, principalmente no tocante à investigação de infrações administrativas passíveis de sanção. Vejamos.

3.2.1. Da Publicidade dos Atos Processuais

A primeira resultante do postulado do devido processo legal consiste no direito da parte de conhecer da instauração e apuração de fatos a ela atribuídos, desde o começo de sua persecução.

Essa garantia é de grande importância para obstar que autoridades públicas se valham de expedientes pouco republicanos na prática processual brasileira, como recolher informações de maneira informal e, após vasto acúmulo unilateral, partir para a formalização dos autos de um processo com a instrução praticamente realizada.

Na lição de Fredie Didier Junior, o processo devido é o processo público, tratando-se de verdadeiro direito fundamental:

Os atos processuais hão de ser públicos. O princípio da publicidade gera o direito fundamental à publicidade. Trata-se de direito fundamental que tem, basicamente, duas funções: a) proteger as partes contra juízos arbitrários e secretos (e, nesse sentido, é conteúdo do devido processo legal, como instrumento a favor da imparcialidade e independência do órgão jurisdicional); b) permitir o controle da opinião pública sobre os serviços da justiça, principalmente sobre o exercício da atividade jurisdicional.

Essas duas funções revelam que a publicidade processual tem duas dimensões: a) interna: publicidade para as partes, bem ampla, em razão do direito fundamental ao processo devido; b) externa: publicidade para os terceiros, que pode ser restringida em alguns casos, como se verá.

A Constituição Federal estabelece possibilidade de restrição (mas não eliminação) da publicidade externa: “a lei só poderá restringir a publicidade

dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem” (art. 5º, LX, CF/1988).¹¹⁵

No processo administrativo sancionador, o princípio da publicidade reflete o direito de qualquer interessado (cidadão) de consultar os autos, a intimação prévia das partes no processo para o exercício do direito de defesa e, principalmente, o direito de não ser surpreendido por medida restritiva de direitos sem o prévio conhecimento da apuração dos fatos¹¹⁶.

O artigo 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro inova ao prever um regime de transição para novos deveres ou condicionamentos oriundos de interpretação ou orientação inédita de conteúdo indeterminado.

Referido regime de transição decorre da necessidade de publicidade das decisões que derem novo significado a normas com conteúdo indeterminado, uma vez que essa hermenêutica promove novo entendimento sobre a matéria, como no caso das decisões do Tribunal de Contas que passem a considerar obrigatório um determinado trâmite em todos os processos licitatórios até então facultativo.

Em razão de uma nova orientação que poderá afetar o andamento ordinário da Administração Pública, a decisão do Tribunal de Contas deverá outorgar um prazo razoável para que os gestores tomem conhecimento deste entendimento e com isso ajustem-se a essa nova realidade, por exemplo.

Ademais, a publicidade no processo está intrinsecamente relacionada ao problema da individualização da conduta nas decisões proferidas pelas Cortes de Contas.

Para cumprir efetivamente o princípio da publicidade no processo administrativo sancionador, inicialmente deverá a autoridade destacar dentre as apurações verificáveis quais

¹¹⁵ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 100.

¹¹⁶ "RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO CIVIL. DILIGÊNCIAS EM CURSO. DADOS DE TERCEIROS. ACESSO RESTRITO. 1. Segundo jurisprudência assentada no STJ, "Não é lícito negar ao advogado constituído o direito de ter acesso aos autos de inquérito civil", relativamente "[...] aos elementos já documentados nos autos e que digam respeito ao investigado", aplicando-se, quanto ao ponto, a orientação da Súmula Vinculante 14/STF, segundo a qual "é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa" (RMS28.949/PR, Min. Denise Arruda, DJe 26.11.2009). 2. Recurso ordinário parcialmente provido. (STJ. RMS: 31747, SP 2010/0019948-9. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, T1 - Primeira Turma, j. 11 out. 2011, publ. DJe 17/10/2011)".

se relacionam à pessoa a ser intimada e, com isso, conferir amplo conhecimento da imputação.

Importante destacar a dinâmica do processo administrativo perante os Tribunais de Contas, com a finalidade de destrinchar a importância do princípio da publicidade.

Em regra, os processos são iniciados mediante ordens de serviços, impulsos oficiais de autoria ou representações, salvo no caso dos processos de prestação de contas de cunho normativo.

Os auditores investigam o gasto público por meio da análise de contratações específicas ou dos gastos em determinado segmento ou órgão público.

Dessa investigação surgem os relatórios de auditoria, peça processual que indica o modo de apuração, os responsáveis pelo setor e os apontamentos de auditoria, conforme será detalhado adiante.

O problema evidente na maioria dos Tribunais de Contas consiste em relacionar cada um dos responsáveis aos fatos determinados. Como veremos, por exemplo, em regra, ao agente público encarregado da pesquisa de preços e ao ordenador de pesquisas são atribuídos indistintamente os mesmos fatos.

Para cumprimento efetivo da publicidade, é indispensável que o relatório de auditoria (que na prática equivale à peça de acusação) discrimine de maneira individualizada os fatos imputados a cada um dos agentes.

3.2.2. Ampla Defesa e Contraditório

A Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regulamenta o processo administrativo na esfera federal, estabelece em diversas passagens o exercício de defesa como garantia efetiva de validação dos atos praticados (artigo 2º, caput e incisos V e VIII, artigos 3º, 4º, inciso IV, 26 a 28, 30, 36 a 39, 41, 44, 46, 50, 56 a 58, 68).

O foco primordial da ampla defesa no Direito Administrativo Sancionador é a resposta às acusações, com a consequente possibilidade de produção de provas.

Denota-se que o contraditório relaciona-se diretamente com a publicidade e a necessária individualização da conduta. Trata-se do meio de confronto da prova ou da reconstrução dos fatos sob as óticas da acusação e da defesa.

O contraditório, na concepção do autor, deve ser visto em duas dimensões: no primeiro momento, é o direito à informação (conhecimento); no segundo, é a efetiva e igualitária participação das partes. É a igualdade de armas, de oportunidades.¹¹⁷

Verifica-se nos processos perante as Cortes de Contas uma peculiaridade quanto ao ônus da prova.

Quando a imputação de irregularidade recai sobre a aplicação de recursos públicos na figura do gestor ou do ordenador de despesas, ocorre a inversão do ônus probatório em razão de sua obrigação de prestar contas quando da consolidação das contas para análise ordinária, ou quando solicitado por parte dos agentes vistoristas.

Entretanto, quando a conduta apurada recai sobre agente público que, no exercício da função não está incumbido da liberação de recursos, mas que dentro da contratação agiu de forma danosa, afasta-se a possibilidade de lhe atribuir a obrigatoriedade de prestar contas, os órgãos auditores devem diligenciar no sentido de formar o instrumento probatório apto a reconstruir os fatos e atestar sua veracidade.

O direito à produção de provas não se reveste de caráter negativo em relação à parte acusada, ou seja, não lhe cabe demonstrar que não praticou o ato, apenas defender-se discordando dos fatos que lhe são imputados e apontando os elementos que reforçam sua defesa¹¹⁸.

¹¹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 101.

¹¹⁸ Entendimento do TJSP – Reexame Necessário n. 1037306-31.2017.8.26.0053 Recorrente: Juízo *Ex Officio* Recorrido: Thiago Bonfim Moreira Origem: 6ª Vara de Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de São Paulo, MM. Juíza: Alexandra Fuchs de Araújo.

"REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRÂNSITO. Pretensão de anulação de procedimento administrativo em razão de ausência de notificação para apresentação de defesa. Ausência de comprovação da notificação. Ofensa ao art. 265 do Código de Trânsito Brasileiro e ao art. 5º, LIV, LV, da Constituição Federal. Segurança concedida. Sentença mantida. Reexame necessário não provido.

Não se alegue que deveria o Impetrante provar que não recebeu a notificação, porquanto o ordenamento jurídico brasileiro não permite atribuir à determinada pessoa que produza prova negativa, em razão de ela constituir verdadeira prova diabólica. Assim, nas circunstâncias em análise, cabe ao DETRAN comprovar o envio da notificação, não sendo suficiente simples alegação nesse sentido, desacompanhada de comprovante ou protocolo de que foi enviada ao endereço cadastrado pelo condutor.

Inclusive, eventuais teses acerca da não comunicação, ao órgão de trânsito, de mudanças de endereços, só fazem sentido se houver prova, ao menos, do envio da comunicação, ainda que não se exija prova do recebimento pelo condutor.

Portanto, ante a ausência de comprovação da notificação do infrator para apresentação de defesa, é nulo o procedimento administrativo que resultou na penalidade por ofensa aos princípios constitucionais que asseguram o devido processo legal, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, Constituição Federal)" (TRF. 1ª Região. 3. T. Processo nº 0008619-47.2011.4.01.3340/BA reconhece a nulidade da prova decorrente de sigilo bancário

Admitem-se todas as provas previstas nos códigos processuais penal e civil, entre as quais inquirição de partes e testemunhas, apresentação de documentos, realização de perícia.

A indicação de provas obtidas por meios ilícitos deve ser válida para inocentar o acusado, como vem decidindo a jurisprudência nacional há anos¹¹⁹. Em função do princípio da proporcionalidade, bem como da interpretação dada ao artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República, que dispõe serem inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, e ainda em função do artigo 157 do Código de Processo Penal, entende-se que a prova ilícita poderá ser aproveitada para esse fim. Dado o conflito entre a busca da verdade real¹²⁰, presunção de inocência e provas ilícitas, prevalecem os dois primeiros aspectos em vez da mera formalidade do terceiro.

A evidência de um dado favorável ao acusado, mesmo diante de um procedimento ilegal, afeta a leitura dos fatos de forma contundente. Como bem descreve Malatesta¹²¹, a verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade, com a verdade ontológica. Por esta lógica de análise, o julgador, em busca da verdade real, não pode ignorar o conteúdo dos autos, ainda que produzido de forma ilegal, se referido conteúdo estiver apto a favorecer o acusado.

Quando o princípio da verdade real incide em processo administrativo sancionador, em julgamentos perante os Tribunais de Contas pode ocorrer, em tese, uma possível convalidação do fato apurado com a prova ilícita mediante um pedido de diligência à auditoria responsável pela condução do processo administrativo. Vejamos.

sem autorização judicial, a Turma, nos termos do voto do relator, negou provimento ao recurso apresentado pelo MPF).

¹¹⁹ TJSP, Apelação nº 1500389-30.2018.8.26.0599, Voto nº 37.806: "Tráfico – Prisão do réu e apreensão de drogas por guardas municipais – Ausência de flagrante – Não incidência do art. 301 do CPP – Exorbitância dos poderes atribuídos no art. 144, §8º, da CF – Prova ilícita – absolvição".

¹²⁰ A doutrina nacional, na seara criminal e processual penal, discute o uso da expressão "verdade real". Podemos citar Aury Lopes Jr: "Assim, no processo penal, só se legitimaria a *verdade formal ou processual*. Trata-se de uma verdade perseguida pelo modelo formalista como fundamento de uma condenação e que só pode ser alcançada mediante o respeito das regras precisas e relativas aos fatos e circunstâncias considerados como penalmente relevantes" (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 373). Todavia, como foge ao escopo do presente trabalho o ingresso no tema, adotamos para fins de pesquisa a expressão "verdade real" como aquela destinada a chegar o mais próximo possível da verdade dos fatos. O que no processo administrativo, ante a sua natureza informal, permite avanços e diligências de todas as partes para que se alcance este propósito.

¹²¹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Tradutor: J. Alves de Sá. Campinas: Servanda, 2013, p. 34.

Considere-se a situação de recebimento de uma denúncia anônima através de gravação clandestina que indica o pagamento de serviços contratados por meio de licitação, que não foram entregues. O gestor público administra bens e valores da sociedade, daí a máxima popular de que o gestor público é responsável por cuidar do nosso dinheiro. Da gestão de bens públicos decorre o dever de prestar contas, principalmente quando solicitado. O conhecimento de um potencial ilícito obriga a diligência por parte dos órgãos de controle, sob pena de o agente controlador responder por prevaricação. Mesmo que a denúncia esteja amparada em prova ilícita, a condução processual supera referida irregularidade, pois será baseada em fonte autônoma. Mesmo que o impulso processual derive de narrativa captada por meio inidôneo, o dever de prestar contas e as diligências complementares fazem superar eventual nulidade processual¹²².

Outro fator correlacionado à produção de provas que comporta análise diante do caso concreto é a aplicação do princípio da presunção de verdade e de legitimidade.

Como consequência da aplicação do *princípio da verdade ou da veracidade*, todos os atos da administração, jurídicos ou não jurídicos, isto é, fatos administrativos ou atos administrativos, fazem fé pública, até prova em contrário. A administração não mente, não informa erradamente, não induz ao erro. A boa-fé caracteriza os atestados e certificados fornecidos pelos agentes do Poder Público.

Como consequência da aplicação do *princípio da legitimidade*, todos os atos administrativos são conforme o direito. A Administração ao editar o ato administrativo não comete erros técnicos, observando com rigor todos os preceitos que regulam a entrada.

[...]

Com efeito, toda a doutrina está de acordo em que “o deslocamento do ônus da prova, relativamente à legitimidade ou ilegitimidade do ato administrativo, no sentido de que não é a Administração que é obrigada a demonstrar a legitimidade antes de proceder à execução do ato, mas ao destinatário do ato é que incumbe o encargo de alegar e de provar a ilegitimidade, dando início a um exposto juízo de impugnações. Nisto consiste a denominação *presunção de legitimidade dos atos administrativos*, “*presunção iuris tantum*”, geralmente, ou seja, que pode ser destruída por prova em contrário” (Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo*, 1953, p. 181).

Sob a forma de proposição, o *princípio da verdade e da legitimidade* dos atos administrativos pode ser exposto do seguinte modo: “Os atos

¹²² Acórdão 1379/2019 – Plenário – TCU – 12/06/2019 – Relator: Ministro Augusto Nardes. Enunciado: “As provas declaradas ilícitas pelo Poder Judiciário não contaminam o processo de controle externo que esteja amparado em outras provas obtidas por fontes autônomas, que não guardem relação de dependência nem decorram das provas originariamente ilícitas” (Boletim de Jurisprudência nº 269. Sessões: 11 e 12 jun. 2019).

administrativos trazem em si a presunção da veracidade e da legitimidade, sendo, pois verdadeiros e legítimos até prova em contrário, cabendo o *ônus probandi* a quem constestar-lhes tais atributos”.¹²³

As presunções de veracidade e legitimidade relacionam-se diretamente ao escopo do presente trabalho, uma vez que na individuação da conduta em atos complexos, compostos e procedimentos administrativos, quando um agente público de nível superior recebe uma informação de um agente subalterno, presume-se que a informação transmitida é real, a exemplo da realização de um procedimento licitatório cujas fases internas de composição do escopo e do preço competem a diferentes agentes, sendo o ordenador de despesas indicado geralmente como fiador das informações, quando na realidade apenas roga pela forma e não pelo conteúdo, pois estes se presumem verdadeiros.

3.2.2.1 As provas e a presunção de inocência nos processos administrativos sancionatórios

Plano de sensível discussão prática na seara administrativa criminal nos últimos anos, diante dos eventos relacionados à gama de processos judiciais batizada de “Lava Jato”, a presunção de inocência também ganha destaque na seara administrativa, porém sem tanta repercussão social.

O artigo 5º da Constituição Federal, em seu inciso LVII prescreve que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

A qualificação da sentença condenatória como penal pela Constituição Federal suscita o questionamento: a regra do referido inciso incide apenas na seara penal ou estende-se a todo o sistema punitivo do Estado?

Vale considerar que a regra em comento está inserida no dispositivo constitucional que trata dos direitos fundamentais, cuja principal finalidade é a proteção da dignidade humana em qualquer circunstância, principalmente no que afeta as garantias individuais.

¹²³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 142-143.

Note-se, nesse aspecto, que os Direitos Fundamentais passam a assumir também uma dimensão institucional, na medida em que pontuam a forma de ser e atuar do Estado que os reconhece. Como cogitar de um Estado Democrático Social de Direito, se liberdades públicas e direitos sociais não são reconhecidos e protegidos. Assim sendo, porém, o Estado que os proclama e protege assume uma formação específica, ditada pela pauta de Direitos Fundamentais que encampa.¹²⁴

Desta forma, não obstante a delimitação da natureza da sentença condenatória como penal pelo texto constitucional, visando à máxima efetividade da proteção dos direitos fundamentais, deve-se estender o alcance da regra em questão também às pessoas sujeitas às sanções administrativas, uma vez que estas também compõem a esfera punitiva estatal.

Em sua acepção mais óbvia, a presunção de inocência exige que a sanção seja imposta apenas ao final do processo instaurado para investigar a prática do ilícito, ocasião em que o particular deixa de ser apenas acusado e passa a ser considerado culpado, podendo, então, sofrer os efeitos negativos da medida sancionadora. Tratando-se de sanção penal, sua aplicação depende da conclusão do processo judicial, que se dá com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Tratando-se de ilícito administrativo, a imposição da sanção somente poderá ocorrer após o encerramento do processo administrativo, com a prolação de decisão da qual não recorra o acusado ou já não caiba mais recurso administrativo algum. Antes disso, como bem ensina Daniel Ferreira, “só haverá um juízo de probabilidade fática”.¹²⁵

A presunção de inocência acarreta a impossibilidade da autoincriminação¹²⁶, a necessidade de regras sobre a distribuição das provas e de julgamento exclusivamente a partir das provas trazidas aos autos¹²⁷.

¹²⁴ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JR. Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Verbatim, 2018, p. 179.

¹²⁵ MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 245.

¹²⁶ "COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO – PRIVILÉGIO CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO – DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA – IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE, ESSA PRERROGATIVA – PEDIDO DE HABEAS CORPUS DEFERIDO" (Habeas Corpus nº 79.812 / Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 16.02.2001, p. 21).

¹²⁷ Parecer/AGU nº GQ-136, 26 jan. 1998: Ementa: "A penalidade do servidor deve adstringir-se às faltas sobre as quais existam, nos autos, elementos de convicção capazes de imprimir a certeza quanto à materialidade da infração e à autoria. No processo disciplinar, o ônus da prova incumbe à Administração".

Parecer/AGU nº GQ-182, 28 dez. 1998: Ementa: "A Administração deve editar o ato punitivo apenas na hipótese em que esteja convencida a respeito da responsabilidade administrativa do indiciado. A dúvida induz à exculpação".

Conforme veremos no momento de discutirmos a natureza das sanções, o princípio da presunção de inocência pode ser facilmente defendido quando está em voga a relação sancionatória envolvendo a Administração Pública e seus agentes ou aquela e os administrados. Porém, diante de uma relação de controle externo perante a Corte de Contas, existe a peculiaridade da obrigação do gestor público de prestar contas e apresentar todos os elementos necessários para tal mister.

O artigo 70 da Constituição Federal descreve ser responsabilidade do gestor público a prestação de contas, ou seja, incumbe à Administração Pública demonstrar que gasta os valores de acordo com as normas impostas pelo ordenamento jurídico.

A Súmula Vinculante nº 3 do STF destaca que nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando a decisão puder resultar anulação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

O aporte sumulado refere-se à necessidade de participação das partes interessadas nas fases processuais, sem afastar o curso probatório, principalmente no que tange às obrigações aplicadas aos ordenadores de despesas e demais agentes públicos que se relacionam com o financiamento público no exercício de suas ações.

A prova, meio instrumental de afirmação dos fatos, baseia as decisões tomadas, indicando os aspectos empíricos que orientam a indicação das normas referentes ao caso concreto.

Sob a ótica processual penal, em paralelo ao processo administrativo sancionador, o ônus da prova, ou seja, a incumbência de provar os fatos apresentados, é de quem exerce a acusação.

Como corolário do estado de inocência está o ônus da prova no processo penal, como atribuição da acusação. Por isso, “em matéria penal, é incogitável a adoção de institutos como a inversão do ônus da prova ou outros que forcejam pela presunção de culpa e não o contrário.

A máxima do direito de dar a cada um o que é seu, ou em outras palavras, tutelando jurisdicionalmente “a quem tem razão, negando proteção a quem não a tenha”, não tem aplicação na jurisdição penal.

O princípio do estado de inocência obriga o Estado, especialmente o Poder judiciário a tutelar tanto o investigado como o acusado em toda a persecução penal. Mesmo que as provas produzidas indiquem que o indivíduo não tem razão, ou seja, que praticou a infração penal. Perde a condição de inocente

somente com a decisão penal condenatória que impõe uma sanção que não caiba mais recurso pela preclusão da faculdade conferida às partes.¹²⁸

Consoante o entendimento de Roberto Ferreira Archanjo da Silva acima exposto, é inadmissível a inversão do ônus da prova no processo penal, no entanto, no processo administrativo sancionador, o grau de responsabilidade do investigado e de sua relação com a Administração Pública enseja apuração.

Tratando-se de uma relação de sujeição especial, em que compete ao agente público a obrigação de prestar contas dos gastos efetuados com o dinheiro público, o dever de provar que todas as diligências foram regulares no sentido de melhor atingir a eficiência é do agente, caracterizando inversão do ônus da prova no processo administrativo sancionador perante os Tribunais de Contas.

Entendemos que a responsabilidade de bem cuidar dos proventos públicos é de tamanha importância que não se trataria nem da aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, na presunção de que a prova incumbe a quem melhor tem condições de produzi-la. O agente público, quando incumbido da responsabilidade de prestar contas, sempre terá o ônus probatório de todos os questionamentos apresentados pelos órgãos de controle.

Quando investidos no exercício do poder controlador, os agentes vistoros encarregados de analisar e avaliar a destinação dos gastos públicos devem diligenciar para trazer aos autos do processo administrativo todos os elementos que embasam a conclusão de seu laudo pericial (auditoria externa), justificando expressamente qualquer óbice ou impedimento relativos à produção dos instrumentos probatórios.

Os auditores externos, todavia, possuem a prerrogativa de exigir dos agentes públicos todos os instrumentos que entenderem necessários para o desenvolvimento de seu trabalho de fiscalização externa dos gastos públicos, sendo que a negativa por parte dos agentes apurados sujeita-os a responsabilização civil pela prática de ato de improbidade administrativa¹²⁹, além de suscitar presunção de irregularidade na condução da coisa pública.

¹²⁸ SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. **Por uma teoria do Direito Processual Penal**: organização sistêmica. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 229.

¹²⁹ A recusa ao atendimento de uma diligência de agente de controle externo pode configurar ato de improbidade administrativa (Lei 8.429, 2 ju. 1992, artigo 11, inciso VI).

Jacoby pontua alguns aspectos relativos ao dever de provar em processo perante o Tribunal de Contas:

Nesse momento, vem à baila a questão de saber se o Tribunal de Contas tem a obrigação de provar se está sujeito ao ônus da prova. A questão constituiu ponto angular da ação de controle, pois, se está sujeito ao dever de provar, não poderá, em tese, ter o direito de julgar, posto que se inserem em órbitas distintas os deveres de quem acusa e os daqueles que devem ter isenção para julgar. De forma tópica, cabe destacar:

- a) o ônus da prova em relação à boa e regular aplicação de recursos públicos incumbe a quem os recebe, posto que é inerente à função de administrar coisa alheia o dever de prestar contas;
- b) a regra geral, mesmo com o advento da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, permanece inalterada: em caso de contas, a prova da correta aplicação é do recebedor do recurso, harmonizando-se o preceito com a regra do art. 36 desta Lei;
- c) é comum, nos Tribunais de Contas, destacarem pontos para defesa, considerando já suficientemente provado determinado indício de irregularidade. Quando o fazem, visam sobretudo aclarar pontos para a defesa neles se concentrar, dada a complexidade da temática que é intrínseca ao tema contas;
- d) os denominados “achados de auditoria” constituem fatos que merecem ser esclarecidos, não possuindo natureza de libelo acusatório;
- e) um ponto basilar da jurisdição do controle é o princípio do impulso oficial, segundo o qual cabe ao julgador determinar a apuração dos fatos e movimentar o processo na busca da verdade;
- f) na execução judicial de decisão condenatória dos Tribunais de Contas, seus agentes, se regularmente notificados, comparecem em juízo na condição de peritos do juiz e não como auxiliares da acusação, posto que continuam preservando a imparcialidade que fez a Corte firmar o direito e o débito pertinentes à conta julgada.¹³⁰

No mais, utiliza-se o sistema do Código de Processo Civil para a produção de provas, com sua dispensa em relação a fatos notórios, fatos admitidos em processo como incontroversos e admitidos pela parte ou em grau de confissão.

Na órbita de atuação dos Tribunais de Contas, presume-se a legalidade e a legitimidade dos atos produzidos por agente público, de forma a indicar em grau relativo a condição de validade do ato praticado ou como meio de indicar a responsabilidade do agente em sua realização, na formação da culpabilidade, como será exposto adiante.

¹³⁰JACOBY FERNANDES, Jorge. Ulisses. **Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 195-196.

3.2.2.2. Direito a Defesa Técnica

Outra vertente da ampla defesa com reflexos diretos no Direito Administrativo Sancionador refere-se à aplicação ou não do direito a defesa técnica.

A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado. Explica Fenech que a defesa técnica é levada a cabo por pessoas peritas em Direito, que têm por profissão o exercício dessa função técnico-jurídica de defesa das partes que atuam no processo penal, para pôr de relevo seus direitos.

A justificação da defesa técnica decorre de uma *esigenza di equilibrio funzionale* entre defesa e acusação e também de uma acertada presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder de autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz. Pode existir uma dificuldade de compreender o resultado da atividade desenvolvida na investigação preliminar, gerando uma absoluta intranquilidade e descontrole. Ademais, havendo uma prisão cautelar, existirá uma impossibilidade física de atuar de forma efetiva.¹³¹

A justificativa jurídica para equiparação de armas foi relevada na esfera do Direito Administrativo Sancionador, diante do entendimento esposado na Súmula Vinculante nº 5¹³² do STF, que dispensou a presença de advogados e defensores nos processos disciplinares, entendimento que foi estendido para todos os processos administrativos de caráter sancionador.

Esse posicionamento justifica-se em razão da inafastabilidade de revisão por parte do Poder Judiciário das decisões sancionatórias tomadas na esfera administrativa, o que por si só preserva o acusado de possíveis erros de julgamento.

Nas relações entre Administração e administrados, o suporte da função jurisdicional é capaz de sanar a relação de hipossuficiência diante das garantias do devido

¹³¹ LOPES JR. Amauri. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 101.

¹³² Súmula Vinculante 5: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição".

processo legal. Por outro lado, na relação interna da Administração Pública com seus agentes, principalmente nos processos disciplinares¹³³, o funcionário público é dotado de notório conhecimento técnico para o desenvolvimento de suas atividades, reconhecidos pelo Direito em razão da presunção de veracidade e legalidade dos atos por ele praticados, o que mitiga a relação de hipossuficiência entre as partes.

A ausência de defesa técnica não se confunde com a ausência de defesa nos autos do processo, o direito de defesa é garantia inquestionável do acusado, sendo-lhe assegurada inclusive, na ausência de defensor por ele escolhido, a constituição de defensor dativo¹³⁴ (artigo 164 da Lei 8.112/1990).

Na área disciplinar, como não poderia deixar de ser, o servidor indicado não é obrigado a se defender. Todavia, isso não significa dizer que possa ele, ao seu inteiro alvedrio, dispor dessa garantia não só legal, como também natural. Ele não poderá ser coagido a tanto, mas também não poderá, de forma expressa ou tácita, renunciar a essa franquia individual.

Por conseguinte, pode-se assentar que não terá validade jurídica alguma a manifestação de vontade do indiciado externando que dispensa a elaboração de sua defesa escrita. Tal colocação omissiva de defesa, caso fosse aceita pelas normas processuais disciplinares, poderia acarretar um juízo disciplinar truncado. E isso não é permitido, em princípio, pelo Direito Punitivo Geral. Com esse desfalque de defesa, o processo disciplinar, com certeza, inclinar-se-á para o desaguadouro da nulidade absoluta.

Caso não pretenda exercer, por iniciativa própria, esse direito, será o indiciado considerado como revel. E, nessa qualidade, passará a ser assistido por defensor dativo, nomeado de ofício.¹³⁵

¹³³ "Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o direito de ampla defesa consiste na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em questão. Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da CF/1988. [...] Por si só, a ausência de advogado constituído ou de defensor dativo com habilitação não importa nulidade de processo administrativo disciplinar [...]. Ressalte-se que, mesmo em determinados processos judiciais – como no *habeas corpus*, na revisão criminal, em causas da Justiça Trabalhista e dos Juizados Especiais –, esta Corte assentou a possibilidade de dispensa da presença de advogado. [...] Nesses pronunciamentos, o Tribunal reafirmou que a disposição do art. 133 da CF/1988 não é absoluta, tendo em vista que a própria Carta Maior confere o direito de postular em juízo a outras pessoas" (STF, RE 434.059, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 7 maio 2008, DJE 172, de 12 set. 2008).

¹³⁴ "Conforme já assentado pela decisão ora agravada, tendo sido o recorrente omissor quanto à apresentação de defesa, a comissão processante cuidou de nomear, em substituição ao advogado oficiante no feito, um defensor dativo, a fim de que fosse sanada tal omissão. [...] Assim, ao contrário do afirmado pelo recorrente, não houve cerceamento de defesa. Ademais, o fato de a defesa final ter sido realizada por bacharel em direito, em vez de advogado inscrito na OAB, não viola o texto constitucional, pois, conforme entendimento já firmado por esta Corte, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição (Súmula Vinculante 5). Dessa forma, não há fundamentos capazes de infirmar a decisão agravada". (RE 570.496 AgR, voto do rel. min. Gilmar Mendes, 2. T, j. 28 fev. 2012, DJE 52, 13 mar. 2012).

¹³⁵ DA COSTA, José Armando. **Processo Administrativo Disciplinar**: teoria e prática. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 254-255.

Em que pese a vinculação do Pretório Excelso ao fixar o entendimento da Súmula 5, concebemos tratar-se de medida político-administrativa ante a possível nulidade de processos disciplinares em instâncias menores e sem a estrutura necessária para garantia efetiva deste exercício de defesa.

A Constituição Federal é clara ao outorgar a garantia do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV) e da defesa (artigo 5º, inciso LV); ao afirmar indispensável a presença de um advogado como meio de administrar a justiça (artigo 133); ao designar a Defensoria Pública como órgão apto a garantir a defesa em todos os órgãos (judicial e extrajudicial) e instâncias, de forma integral e gratuita (artigo 134).

Também nos processos disciplinares e sancionadores consideramos necessário que se designe, se não o tiver o administrado, advogado *ad hoc*. Só assim se garantirá o *due processo of law*, com ampla defesa, contraditório suficiente e, como corolário lógico, o direito de ser ouvido devidamente.

Parece-nos, ainda, que, se houver necessidade de prova pericial, v.g., inspeções de mercadorias, de pessoas etc., o administrado terá direito de indicar assistente técnico de sua confiança a acompanhar a prova.¹³⁶

Em 2003, o Superior Tribunal de Justiça, diante dos inúmeros pedidos de anulação de procedimentos disciplinares, exarou a Súmula 343¹³⁷, que considera imprescindível a presença de causídico para efetivar o direito de defesa, o que passou a ser apontado em todos os processos sancionadores na seara administrativa.

De modo geral, o fundamento dos precedentes que fulminaram na prescrição da Súmula 343 gira em torno da proteção de um bem jurídico de grande valia, passível de ameaça com a aplicação de sanções. E, no caso, a defesa técnica deveria ser patrocinada de forma exclusiva por advogado inscrito junto à Ordem dos Advogados do Brasil ou Defensor Público¹³⁸.

¹³⁶ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 340.

¹³⁷ Súmula 343: "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar".

¹³⁸ "Defesa técnica e consequência grave, e a aplicação da regra constitucional em toda a sua extensão. Ainda no que tange à assistência de advogado, não se vê porque tal assistência e defesa técnica seja essencial no processo judicial e possa ser dispensada num processo administrativo frequentemente de grande relevância, em que o indiciado acha-se ameaçado com a pena de demissão! É o já mencionado *Tucci* quem salienta a *necessidade de defesa técnica*, consumada por advogado, em qualquer processo, em acatamento ao princípio da ampla defesa consagrado na Carta Magna e extensivo também ao processo administrativo, como adiante transcrito. Diz Tucci:

Em resposta à fixação do entendimento sumular pelo Superior Tribunal de Justiça, e diante da possibilidade de inúmeros pedidos de nulidade oriundos dos milhares de casos espalhados pela Administração, entes federativos e todas as esferas públicas de atribuição e contratação de pessoal, preferiu o Pretório Excelso fixar entendimento diverso dispensando a figura do advogado.

Para Egon Bockmann Moreira, a defesa técnica consubstancia a faculdade da parte de ser representada por advogado ou perito nos autos, entretanto destaca como necessária a presença de causídico quando se trata de imposição de sanção. De acordo com seu entendimento, a Súmula Vinculante nº 5 não exige como condição de validade do processo a existência de defesa técnica nos autos, apenas alerta quanto à possibilidade da constituição de advogado. "A parte pode decidir promover sua defesa de forma autônoma, abdicando da presença do advogado, e essa escolha há de ser respeitada (com todos os ônus e ônus daí resultantes)"¹³⁹.

O princípio da ampla defesa no Direito Administrativo Sancionador é tão relevante que qualquer óbice ao seu regular exercício, normalmente materializado por meio de defesa técnica, acarreta a natural declaração de nulidade dos atos praticados.

A Súmula Vinculante nº 5 do STF discute o papel da defesa realizada por advogado em processo administrativo disciplinar, o que em tese pode partir do entendimento de que a ampla defesa estaria assegurada por meio de representação de outro profissional ou pelo próprio acusado, porém, diante do exposto anteriormente, filiamo-nos ao texto constitucional a partir de uma interpretação cuja tradução literal alcança seu verdadeiro expoente, qual seja, o advogado é essencial à administração da Justiça.

“[...] indubitavelmente, a assistência de defensor técnico ao indiciado, tanto quanto ao acusado, passa a ser inarredável elemento componente de garantia da ampla defesa, na generosa concepção (e, portanto, infensa a qualquer restrição) que lhe outorga a Carta Magna de nossa República Federativa”.

No processo administrativo, a ausência de defesa técnica grave prejuízo pode causar ao indiciado. Pondera, ainda, aquele jurista que o dispositivo constitucional assecuratório da ampla defesa, “além de tornar certo que o preceptivo se volta aos litigantes em processo judicial, conferiu igual destinação aos envolvidos em processos administrativos. Esta inclusão foi extremamente oportuna porque veio consagrar uma tendência que já se materializava no nosso direito, qual seja: a de não dispensar estas garantias aos indiciados em processos administrativos. Embora saibamos que as decisões proferidas no âmbito administrativo não se revestem do caráter de coisa julgada, sendo passíveis portanto de uma revisão pelo Poder Judiciário, não é menos certo, por outro lado, que já dentro da instância administrativa podem perpetrar-se graves lesões a direitos individuais cuja reparação é muitas vezes de difícil operacionalização perante o Judiciário”.

Essas “graves lesões” a que alude o eminente jurista podem configurar penalização gravíssima ao indiciado e perda do cargo público, ocasionando-lhe, assim, danos praticamente irreversíveis” (FORSTER, Nestor José. **Direito de Defesa**. São Paulo: LTr, 2007, p. 221-222).

¹³⁹ MOREIRA, Egon Bockman. **Processo administrativo**: princípios constitucionais, a Lei 9.784/1999 e o Código de Processo Civil/2015. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 429-430.

O Tribunal de Contas da União prevê em disposição expressa, em seu Regimento Interno, que as partes podem praticar diretamente os atos processuais ou por procurador constituído, ainda que este não seja advogado¹⁴⁰. Ainda, com a finalidade de bem cumprir o disposto constitucional, descreveu os procedimentos sobre o exercício da ampla defesa no âmbito do Tribunal de Contas da União a Resolução nº 36, de 30 de agosto de 1995, sendo que seu artigo 13 considera a constituição de advogado nos autos faculdade concedida à parte e não obrigatoriedade.

Nos processos perante os Tribunais de Contas, a relação entre o poder de controle e os gestores e agentes públicos é especialmente peculiar.

Conforme descreve Jacoby Fernandes, em que pese o disposto constitucional acerca da indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, a relação processual estabelecida perante a Corte de Contas, de natureza diferenciada, permite a postulação direta do interessado.

Com referência à jurisdição de controle, com muito mais razão deve ser mantida a possibilidade da parte fazer-se representar diretamente perante as Cortes de Contas. Para o caso, devem ser lembrados os seguintes fundamentos.

- a) o julgamento não é restrito à legalidade, mas abrange a legitimidade e a economicidade;
- b) os julgadores têm formação multidisciplinar, favorecendo a argumentação, também multidisciplinar;
- c) os argumentos e a demonstração dos motivos da prática dos atos, como regra, já são previamente documentados, em matéria de contas públicas. Aqui há uma inversão do princípio da legitimidade, pois quem lida com recursos públicos administra algo que não lhe pertence e que está ineludivelmente associado ao dever de prestar contas. Logo, a documentação é um princípio não apenas da contabilidade pública, como de todas as atividades que envolvem recursos públicos;
- d) os agentes públicos, mesmo perante a Corte, devem ser leais às instituições a que servem, declarar a verdade dos fatos e servir ao interesse público. De fato, mesmo que, numa primeira impressão, pareçam estar em condição oposta à do julgador e do julgado, pela peculiar situação de que desfrutam como vinculados ao interesse público;
- e) é da tradição dos Tribunais de Contas, no Brasil e no exterior, o exercício do *jus postulandi*.¹⁴¹

¹⁴⁰ Regimento Interno TCU: Art. 145 "As partes podem praticar os atos processuais diretamente ou por intermédio de procuradores regularmente constituídos, ainda que não seja advogado".

¹⁴¹ JACOBY FERNANDES. Jorge Ulisses. **Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 626-627.

Mesmo diante de tal peculiaridade, entendemos que o principal apontamento consiste na obrigação de prestar contas, o que pode colocar o gestor público diante de situações extremamente técnicas que extravasam o conhecimento ordinário mesmo daqueles que estão à frente da Administração Pública, razão pela qual deve-se garantir no processo a assistência de profissional da advocacia¹⁴² ou especializado em contabilidade pública, quando necessário.

Tendo em vista a análise de processos perante as Cortes de Contas, entendemos que a diversidade multidisciplinar afeta aos temas ali discutidos pode suscitar, além da autodefesa, a representação do interessado por profissional habilitado em finanças públicas, gestão pública, advocacia.

3.3. Princípio da Motivação

Conforme visto, as garantias processuais resguardam o direito a ampla defesa do acusado e protegem-no de arbitrariedades, sua legitimação depende naturalmente da devida motivação de todos os atos praticados no processo.

A motivação deve esclarecer o caminho interpretativo tomado pelo julgador no desenvolver de sua decisão e na prática dos atos por ele proferidos, vinculando os mesmos, de modo que a defesa seja exercitada considerando seus parâmetros. Nestes termos, a motivação se cumpre a evitar surpresas na realização do ato proposto.

¹⁴² “Para nós, o procedimento de apreciação das contas anuais, em face das graves repercussões que podem ensejar na esfera jurídica dos responsáveis, exige a presença de advogado para bem desempenhar uma defesa adequada. Muitos processos de apreciação de contas anuais podem gerar procedimentos apartados, com julgamento feito diretamente pelo Tribunal e cujas consequências são de expressiva gravidade, caso não seja o administrador bem defendido. De toda sorte, a decisão que aprecia o parecer prévio impõe a necessidade de o responsável conseguir maioria qualificada de dois terços para reverter tal decisão na edilidade, lembrando que, em caso de rejeição por restrição de natureza insanável, pode ainda ocorrer a inelegibilidade do responsável pelas contas anuais (talvez evitável, se bem defendido)” (SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Procedimento Administrativo nos Tribunais de Contas e Câmaras Municipais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 123-124).

Antonio Carlos de Araújo Cintra¹⁴³ destaca que a motivação reduz o risco da prática de arbitrariedades, facilita o controle interno e externo, bem como indica o real alcance da interpretação utilizada na realização do ato administrativo.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:

O princípio da motivação encontra seu embasamento constitucional em todos estes preceptivos supracitados (art. 1º, II, e parágrafo único, respeitantes, à valorização da cidadania e à soberania popular; art. 5º, XXXIII, XXXIV, “b”, e LXXII, atinentes ao direito de informação sobre dados e registros administrativos; e art. 37, relativo ao dever administrativo de publicidade) e, ainda, no art. 93, IX e X, por aplicação analógica de seus termos.

É que todos copiosamente concorrem para exhibir um prestígio conferido à cidadania e conseqüentemente o reconhecimento de um direito, genericamente conferido aos administrados, de se informarem sobre atos administrativos e terem conhecimento de informações de interesse geral ou particular em poder desta. Ora, bem: o mínimo que daí se pode extrair é que existe um projeto constitucional assecuratório de “transparência” da Administração. Disto decorre que aos administrados em geral haverá de ser dado não apenas o direito de saber o que a Administração faz, mas também, por que o faz. Se tal inteligência é devida como corolário dos aludidos versículos, com maior carga de razão sê-lo-á **quando esteja em pauta o conhecimento dos motivos de decisões concretamente tomadas em processo administrativo no qual o cidadão seja parte direta e pessoalmente interessada.**¹⁴⁴

A limitação interpretativa imposta com a motivação do ato administrativo encontra amparo, ainda, no princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário¹⁴⁵, que poderá inclusive rever o posicionamento da Administração Pública nos casos em que o resultado dos atos praticados diferirem daqueles motivados no momento de sua expedição.

Diante de uma decisão a ser proferida, em sede de um processo administrativo sancionador, acompanha a motivação o princípio do livre convencimento do julgador.

¹⁴³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 112-113.

¹⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 523-524 (grifos nossos).

¹⁴⁵ STJ: Segundo a teoria dos motivos determinantes, “a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada” (RMS 20.565/MG, 5 T. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 15 mar. 2007, DJ 21 maio 2007).

O livre convencimento significa que o julgador, no âmbito do conjunto probatório apresentado, por meio de uma análise lógica e racional sobre os fatos, decide com base em sua experiência, bom senso e consoante os parâmetros normativos de regência.

Como esse princípio deve ser coordenado com o da motivação, segue-se que o julgador, conselheiro ou ministro, não pode servir-se de fatos que conheça como pessoa privada, mas apenas dos fatos cuja prova esteja, ainda que de forma indiciária, constando do processo. Assim, embora se reconheça que é lícito servir-se da experiência, esta só interfere na apreciação da prova que existe no processo.

Há, nesse ponto, estreito caminho entre conhecer os fatos e conhecer os envolvidos de modo profundo antes do início do processo, o que levaria ao comprometimento da imparcialidade e obrigaria o julgador a afastar-se do processo por suspeição ou impedimento.

Se o julgador tem conhecimento de fatos decisivos para julgar regular ou irregular uma conta, ou possui, como pessoa, meio de prova em seu poder, suficiente para influir decisivamente no mérito, deverá declarar-se impedido, ficando livre para atuar a favor do interesse público, até mesmo, desde que não remunerado, orientando o citado ou órgão apurador do próprio tribunal, em peça dirigida à Corte, como qualquer cidadão. O que não se admite é que permaneça deliberando com base em fatos que conheça em razão de anterior exercício de cargo na administração jurisdicionada ou como pessoa privada. Mais lamentável ainda é desconsiderar a prova dos autos e julgar apenas com base na presunção do conhecimento do caráter das pessoas envolvidas em absoluto arbítrio e desprezo aos mais mezinhos princípios do Estado Democrático de Direito, em atitude criminosa.¹⁴⁶

Assim, mesmo que o processo administrativo, em regra, seja regido pelo princípio do formalismo moderado¹⁴⁷, as decisões devem sempre ser pautadas em provas instruídas nos autos, respeitadas as garantias processuais das partes, e devidamente motivadas.

¹⁴⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunal de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 191.

¹⁴⁷ “De acordo com os estudiosos que se têm dedicado à análise do tema, o princípio do formalismo moderado tem suporte no caráter instrumental atribuído à forma dos atos em geral. Nessa linha de pensamento, prevalecem os elementos de fundo sobre os de forma, o que demanda uma verificação mais acurada no que tange ao núcleo em si dos atos, relegando-se à forma uma função de exteriorização da manifestação volitiva e, por isso mesmo, nem sempre considerado seu vício como fator de invalidação do ato.

[...] Para finalizar, vale a pena destacar que alguns meios de prova utilizados no processo administrativo são também adotados no processo judicial, mas a fase instrutória naquele não se submete a tantas exigências, como a lei impõe na instrução deste último. Portanto, ainda que não possa afirmar a inexistência de elementos formais, é correto concluir que são eles de caráter moderado no processo administrativo, fato que indica a tendência cada vez mais consolidada em tempos modernos” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Formalismo Moderado como Dogma do Processo Administrativo. In NOHARA, Irene; MORAES FILHO, Marco Antonion Praxedes (orgs.) **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 109-111).

Quanto ao julgamento perante a Corte de Contas, cabe ressaltar o princípio da documentação, em que todas as movimentações financeiras e atos administrativos atinentes a contratações devem ser registrados em processos específicos para a finalidade a que se cumprem. O exercício regular da motivação muitas vezes também se verifica na confecção dos formulários próprios para realização da contratação ou despesa.

Em um paralelo com o Direito Punitivo criminal, não seria possível falar em indícios, uma vez que a incidência do ato apurado revela os elementos de sua constituição (dentre os quais a competência), a indicar os agentes que dele participaram ou se responsabilizaram por sua confecção.

O ordenador de despesas, com a edição da Lei de Responsabilidade Fiscal LRF, passou a assumir novos desafios: de especialista em sistemas de pagamentos públicos foi promovido a verdadeiro analista de finanças públicas. Foi extremamente valorizado no aspecto da responsabilidade: a norma, agora, exige como condição de validade de determinados atos, não só que ordene a despesa mas que proceda previamente à análise dos fatores que ensejam ou não a sua regularidade e à avaliação da compatibilidade do ato com o orçamento, com a lei de diretrizes orçamentárias e com o plano plurianual.

[...]

O ordenador de despesas deve pautar seus atos tendo em conta três preceitos fundamentais do controle da despesa pública: legalidade, fidelidade funcional e cumprimento do programa de trabalho. A aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal será, pois, abordada sob essa tríplice percepção.¹⁴⁸

A ciência contábil acompanhou o desenvolvimento do controle, aplicando ao setor público regramentos aptos a transparecer à toda sociedade as fontes de arrecadação e gastos públicos, de tal sorte que, somados às normas públicas de contratação, pouco espaço resta à ponderação de elementos fáticos em face de processo de prestação de contas, no âmbito da análise dos gastos públicos.

Os registros orçamentários (natureza de informação orçamentária) devem atender aos princípios orçamentários, previstos na Constituição Federal e na legislação do direito financeiro, respeitando, inclusive, ao citado artigo. Na sua literalidade, ele não trata de caixa e competência, mas da necessidade de

¹⁴⁸ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. A Lei de Responsabilidade Fiscal e os novos desafios do ordenador de despesas. **Fórum Administrativo de Direito Público FA**, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, jun. 2001, p. 2. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=240>>. Acesso em: 23 maio 2019.

que a receita orçamentária seja contabilizada no momento da arrecadação (o que se tornou praxe associar a regime de caixa) e a despesa orçamentária, a partir do empenho (que se associou ao longo do tempo com o regime de competência contábil, quando deveria ser a competência do exercício orçamentário em que se emitiu o empenho).

De forma independente, os registros do controle e das variações do patrimônio (bens, direitos e obrigações – ativos, passivos e variações do patrimônio líquido) devem atender aos princípios da ciência contábil (entidade, continuidade, oportunidade, registro pelo valor original, competência e prudência), sem nenhuma restrição. Nesse caso, as receitas e despesas do setor público quando escrituradas por competência são reconhecidas, respectivamente, como variações patrimoniais aumentativas (VPA) e variações patrimoniais diminutivas (VPD).

O olhar mais atento à legislação contábil do país demonstra que, além do registro dos fatos ligados à execução orçamentária, se exige a evidenciação dos fatos relacionados à administração financeira e patrimonial, obrigando que os classificados como modificativos sejam levados à conta de resultado e as informações contábeis permitam o conhecimento da composição patrimonial e dos resultados econômicos e financeiros de determinado exercício.

Com o objetivo de evidenciar o impacto no patrimônio, deve haver o registro da variação patrimonial aumentativa e diminutiva em função do fato gerador, observando-se os princípios contábeis da competência e da oportunidade.¹⁴⁹

Naturalmente, diante da individualização da conduta dos agentes públicos e da análise do caso concreto, a ponderação sobre as provas e a livre convicção dos julgadores permanece sob o crivo das normas processuais. Quando o ato praticado deriva de uma delegação, no caso das contas públicas, impõe-se a análise da motivação e do resultado. Em relação a uma contratação por meio de licitação, também ocorre a participação de diversos agentes.

A materialização documental¹⁵⁰ da prova nos processos perante as Cortes de Contas pode facilitar a motivação, mas não exclui sua necessidade.

¹⁴⁹ FEIJÓ, Paulo Henrique; CARVALHO JÚNIOR, Jorge Pinto de; BARBOSA, Diogo Duarte; ALMEIDA, Fernando Carlos Cardoso de; SANTOS, Vitor Maciel dos. **Entendendo a Contabilidade Patrimonial Aplicada ao Setor Público**: do Ativo ao Patrimônio Líquido. Brasília: Gestão Pública, 2017, p. 43-44.

¹⁵⁰ "Como consequência desse sistema de apreciação e julgamento de contas, tornou-se necessária a criação de um instrumento legal que viabilizasse a sua concretização. Este instrumento legal é o processo, que deve ser organizado por um conjunto de atos, no sentido de possibilitar a verificação de regularidade da ação administrativa, quanto à boa ou má gerência dos recursos financeiros e administração dos bens públicos. Nesse aspecto, a Lei Federal nº 4.320/64, no seu art. 84, previu o processo chamado Tomada de Contas, ao dispor que “ressalvada a competência do Tribunal de Contas, a tomada de contas dos agentes responsáveis por bens ou dinheiros públicos será realizada ou superintendida pelos serviços de contabilidade”, mas sem proceder à regulamentação dos procedimentos processuais necessários a sua aplicação. Foi o Decreto-Lei nº 200/67 que estruturou legalmente o processo de tomada de contas, determinando os documentos que o integram, o prazo de instauração e quem se submete ao procedimento processual – “todo

3.4. Medidas Cautelares

Em consonância com a norma processual civil, atribuída aos processos administrativos de forma supletiva e subsidiária, conforme prevê o artigo 15 do Código de Processo Civil, medidas acautelatórias podem ser emitidas, nos casos de urgência independentemente da prévia manifestação do interessado¹⁵¹, e ainda, quando da expedição de atos administrativos, em caso de urgência, independente da formação de processo.

O expediente da medida cautelar pode ser utilizado pelos órgãos de controle quando estiverem diante da iminência de uma prática ilegal ou para evitar que efeitos oriundos de um ato administrativo possam resultar em prejuízo maior à coletividade e à própria Administração Pública.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento realizado nos autos do processo nº 2002936-71.2017.8.26.0000 (Voto nº 31734 – Relator Nogueira Diefenthaler), reconheceu o poder geral de cautela da Corte de Contas para impedir a realização de ato administrativo a ser praticado pela Administração Pública.

Nesse caso, a Corte de Contas apurou que a Administração Pública, em relação aos contratados realizados por meio de concessão dos serviços divisíveis de limpeza pública, estava para efetivar um termo de aditamento de reequilíbrio econômico-financeiro das tarifas cobradas pela concessionária, constando do processo administrativo que as tarifas deveriam ser aumentadas.

Diante do descumprimento parcial do contrato quanto a certas contrapartidas avençadas, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo suspendeu a realização do ato,

ordenador de despesa ficará sujeito a tomada de contas realizada pelo órgão de contabilidade e verificada pelo órgão de auditoria interna, antes de ser encaminhada ao Tribunal de Contas” (art. 81)” (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Responsabilidade do ordenador de despesas nas contratações administrativas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 11, n. 121, jan. 2012. p. 923).

¹⁵¹ “Não obstante ser implícito o poder cautelar a quem tem o poder de julgar, o Tribunal de Contas da União, por meio da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, que dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal, dispõe em seu artigo 44 que tanto no início como no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público de contas, “determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento”” (MAIA, Renata C. Vieira. As Tutelas Provisórias de Urgência no CPC/15 e sua repercussão no âmbito dos Tribunais de Contas. In MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (coords.) **Processo Civil Aplicado aos Tribunais de Contas**: novas tendências a partir do CPC de 2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 73).

antes de sua concretização, por decisão cautelar do Relator Conselheiro João Antonio da Silva Filho, impedindo a celebração do mencionado termo de aditamento até que estudos complementares fixassem se o reequilíbrio deveria recair em prol da Administração Pública ou da concessionária.

A decisão cautelar do Relator João Antonio, tomada nos autos dos processos n^{os} 1025/2016 e 3066/2016, foram referendadas pelo Plenário. A concessionária, inconformada com a decisão, acionou o poder jurisdicional do Estado, que por sua vez entendeu pela validade da decisão do sodalício de contas, mantendo-se então a sentença em julgamento da 5ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

APELAÇÃO – CONTRATO DE CONCESSÃO – SERVIÇOS DE LIMPEZA URBANA – SUSPENSÃO DE PROCEDIMENTO DE REVISÃO DE TARIFA E DE IMPLANTAÇÃO DE TARIFA ADICIONAL – EXISTÊNCIA DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL – COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO. Pretensão deduzida por concessionária de serviço público de limpeza urbana e infraestrutura municipal, que colima o reajuste de tarifa contratual como forma de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Impossibilidade. Previsão expressa no Contrato de Concessão de reajuste tarifário a ser realizado desde que comprovado desequilíbrio econômico-financeiro. Observância das regras contratuais estipuladas para apurar defasagem do preço do serviço, desde que se comprove evidentemente algum prejuízo financeiro à autora. Existência de comprovação de irregularidades apuradas pelo Tribunal de Contas. Competência do TCM-SP para decidir acerca da suspensão de procedimento administrativo de reajuste e implantação de tarifa extraordinária. Manutenção da sentença. Recurso desprovido.

As normas que regulamentam os procedimentos administrativos em geral preveem expressamente a possibilidade de medidas cautelares, como o parágrafo único do artigo 62 da Lei Estadual paulista nº 10.177/1998 e o artigo 45 da Lei Federal nº 9.784/1999, ambas fazem menção ao risco iminente como requisito de concessão cautelar, enquanto o artigo 32 da Lei paulistana nº 14.141/2006 destaca a necessidade de demonstração de risco iminente à saúde ou à integridade de pessoas e bens para que a Administração Pública tome medidas liminares¹⁵².

¹⁵² STF: Mandado de Segurança 24510/DF: "**PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO.** 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal

Destacamos um dos poderes de imputação cautelar conferido às Cortes de Contas, cuja correlação com a individualização da conduta é direta. Trata-se da determinação cautelar de afastamento temporário do responsável para fins de apuração, prevista no artigo 44 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992¹⁵³.

Segregar as atribuições e identificar cada um dos agentes é de suma importância, desde a peça inaugural da demanda de apuração de controle externo, em razão das possíveis consequências pessoais acarretáveis aos agentes envolvidos. É preciso que tanto os auditores quanto os Ministros e Conselheiros de Contas mantenham a percepção de que a imputação de uma ação faltosa a um agente impinge não apenas uma carga profissional para colher elementos de defesa, bem como um dispêndio de tempo para a defesa de fatos genéricos, sem contar, ainda, o impacto psíquico em função do abalo à sua imagem e honra.

As decisões cautelares afetam o dia a dia da Administração e de seus agentes, por isso a importância do tema.

3.5. A Efetivação da Garantia da Imparcialidade

O princípio da imparcialidade serve de norte para todas as relações processuais tanto na esfera jurisdicional quanto na administrativa, promovendo efetivamente a justiça da decisão a ser tomada.

Por meio de um julgador distante das partes e revestido de garantias aptas ao exercício da função de julgar, realiza-se o Estado Democrático de Direito previsto no texto constitucional.

de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem" (STF-MS: 24510DF, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 19/11/2003, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 19-03-2004 PP – 00018 EMENT VOL – 02144-02 PP – 00491 RTJ VOL – 00191-03 PP – 00956).

¹⁵³ Art. 44. "No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento".

O ordenamento jurídico brasileiro determina que a escolha do julgador a ser investido da função jurisdicional deve preferencialmente ocorrer por concurso público, concedendo-lhe as garantias da vitaliciedade, irredutibilidade de vencimentos e inamovibilidade, com a finalidade precípua de que, afastado da vontade popular, efetive a aplicação da lei.

O sistema democrático não se resolve pela mera vontade da maioria, mas com a efetiva aplicação da norma posta no ordenamento jurídico, independente da vontade ocasional da maioria. Ou seja, quem julga precisa estar ciente que por vezes decide contra a vontade popular¹⁵⁴.

Diante do desenvolvimento da jurisdição no sistema brasileiro, que confere ao Poder Judiciário a prioridade¹⁵⁵ do exercício jurisdicional para solução dos litígios de natureza pública e privada, o texto constitucional e as leis esparsas enfatizaram a imparcialidade no delineamento do exercício profissional dos magistrados, que também não deve ser afastada da seara administrativa sancionadora.

A imparcialidade no processo administrativo materializa-se através dos institutos do impedimento e da suspeição¹⁵⁶, previstos nas legislações processuais civil e penal brasileiras¹⁵⁷.

¹⁵⁴ “Apropriamo-nos das lições de Lenio sobre o tema e criticamos a posição adotada por alguns autores que acentuam o papel da jurisdição constitucional para além da sua função contramajoritária na defesa dos direitos fundamentais e como instrumento de freio às maiorias ocasionais (ultrapassando-se a tese da insuperável tensão dialética entre democracia e constitucionalismo), e que lhe conferem, equivocadamente, um poder político de criação do direito – a chamada “judicialização da política” –, na vertente cunhada pela filosofia da consciência, que possibilita a posição de um juiz solipsista, decisionista e até absolutista. Este último, levado à radicalidade nos casos dos mecanismos de exceção adotados, representado pelo modelo schmittiano, como veremos oportunamente.

Esse alerta se faz necessário logo de início, pois o que retratamos neste trabalho como exceção na jurisdição não se identifica indistintamente com qualquer discricionariedade judicial, própria das concepções analíticas do direito; com a figura do juiz solipsista que decide segundo sua consciência; ou com qualquer caso inequívoco de ativismo judicial ou outras formas de decisionismo. A decisão jurisdicional de exceção não se confunde também com o erro judiciário.

A exceção estará presente na jurisdição quando suas decisões se apresentarem como mecanismos de desconstrução do direito, com finalidade eminentemente política, seja pela suspensão da própria democracia – como ocorreu, por exemplo, na América Latina, em países como Paraguai e Honduras –, seja pela suspensão de direitos da sociedade ou parcela dela, como de fato ocorreu e ainda ocorre no Brasil em inúmeras situações que teremos a oportunidade de abordar no próximo capítulo” (SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**. São Paulo: Alameda. Edição do Kindle. Posição 1585 de 3052).

¹⁵⁵ Trata-se de prioritária e não exclusiva, pois exercidas como função atípica do legislativo nos casos de julgamento do Presidente da República por crime de responsabilidade, membros do STF (art. 52, CF).

¹⁵⁶ “A vedação de oposição de suspeição às autoridades policiais não as isenta de imparcialidade. Tanto que a norma determina o dever de se declararem suspeitos quando existir motivo legal.

[...]

O Ministério Público, como instituição essencial à Justiça, especialmente criminal, incumbido de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, também deve participar

A legislação adjetiva processual civil, utilizada nos processos administrativos de forma supletiva e subsidiária (conforme o artigo 15, CPC), prevê em seu artigo 144¹⁵⁸ as causas de impedimento da atuação do julgador. A proibição resulta da presunção de que nos casos indicados a imparcialidade estaria veementemente comprometida em função da natureza do espírito humano de conduzir as análises subjetivas sob o crivo do interesse pessoal.

da investigação criminal de forma imparcial. Isso não significa descaracterizá-lo como órgão de acusação, mas apenas um parâmetro para exigir uma atuação moral, sem perseguições a determinadas pessoas” (SILVA, Roberto Ferreira Archanjo da. **Por uma teoria do Direito Processual Penal: organização sistêmica**. f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 136-137).

¹⁵⁷ "MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA. SINDICÂNCIA E PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MEMBRO PARTICIPANTE DA SINDICÂNCIA E DA COMISSÃO DE INQUÉRITO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EMISSÃO DE JUÍZO DE VALOR. INEXISTÊNCIA DE IMPARCIALIDADE. ANULAÇÃO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1 - A Terceira Seção desta Corte já se manifestou no sentido de que não se verifica imparcialidade se o servidor integrante de Comissão Disciplinar também participou da Sindicância, ali emitindo juízo de valor pela instauração do Processo Administrativo Disciplinar.

2 - In casu, Paulo César Bastos Dias participou da comissão de sindicância, bem como foi integrante da Comissão de Inquérito no Processo Administrativo Disciplinar n. 23142002845/2000, que culminou na demissão da servidora.

3 - O servidor sindicante que realiza as investigações e exara juízo preliminar acerca de possível responsabilidade administrativa e determina a instauração do PAD não pode aprovar o relatório final produzido pela Comissão de Inquérito.

Segurança concedida a fim de reconhecer a nulidade do Processo Administrativo Disciplinar n. 23142002871/9 e, consequentemente, do ato demissório exarado pelo Exmo. Sr. Ministro de Estado da Educação (Portaria n. 792 do MEC, de 22.02.2001), devendo ser ratificada a liminar para a devida reintegração da servidora nos quadros do Centro Federal de Educação Tecnológica da Bahia" (STJ. MS: 7758 DF 2001/0087607-0. Rel. Min. Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP). S3. 3. Seção. j. 22 abr. 2015, DJe 29 abr. 2015).

¹⁵⁸ Art. 144. "Há impedimento do juiz, sendo-lhe vedado exercer suas funções no processo:

I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha;

II - de que conheceu em outro grau de jurisdição, tendo proferido decisão;

III - quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;

V - quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;

VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes;

VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;

VIII - em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;

IX - quando promover ação contra a parte ou seu advogado.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o impedimento só se verifica quando o defensor público, o advogado ou o membro do Ministério Público já integrava o processo antes do início da atividade judicante do juiz.

§ 2º É vedada a criação de fato superveniente a fim de caracterizar impedimento do juiz.

§ 3º O impedimento previsto no inciso III também se verifica no caso de mandato conferido a membro de escritório de advocacia que tenha em seus quadros advogado que individualmente ostente a condição nele prevista, mesmo que não intervenha diretamente no processo".

Os casos de suspeição, previstos no artigo 145¹⁵⁹ do mesmo diploma legal, pontuam indícios de parcialidade, a norma aponta elementos jurídicos indeterminados diante da impossibilidade de aduzir em um rol taxativo todas as situações que representariam ameaça à imparcialidade.

A imparcialidade no processo administrativo sancionador também reflete na exigência de boa-fé objetiva, conforme introduzido pelo Código de Processo Civil em sua nova redação dada pela Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Não se pode confundir o princípio (norma) da boa-fé com a exigência de boa-fé (elemento subjetivo) para a configuração de alguns atos ilícitos processuais, como o *manifesto propósito protelatório*, apto a permitir a tutela provisória prevista no inciso I do art. 311 do CPC. A boa-fé *subjetiva* é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é *fato*, portanto. A boa-fé *objetiva* é uma *norma* de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passivas. Não existe *princípio da boa-fé subjetiva*. O art. 5º do CPC não está relacionado à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito processual: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé *objetivamente* considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções.

[...]

O *princípio da boa-fé* extrai-se de uma *cláusula geral processual*. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é mais correta. É que a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o art. 5º do CPC é bastante, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral.¹⁶⁰

A imparcialidade no processo sustenta-se com a indicação precisa dos julgadores, observados os casos de impedimento e suspeição, sendo aqueles forçados a declararem essas

¹⁵⁹ Art. 145. "Há suspeição do juiz:

I - amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados;

II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;

III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive;

IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.

§ 1º Poderá o juiz declarar-se suspeito por motivo de foro íntimo, sem necessidade de declarar suas razões.

§ 2º Será ilegítima a alegação de suspeição quando:

I - houver sido provocada por quem a alega; [...]"

¹⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 119-120.

situações com fundamento na regra da boa-fé objetiva, que exprime uma lealdade processual cabível a todas as partes, inclusive aos julgadores.

Outra matriz constitucional que pode ser invocada para fundamentar a imparcialidade no processo administrativo sancionador, com a obrigação de escolha de julgadores isentos, está no artigo 3º da Constituição da República, principalmente no teor do inciso I, que destaca o dever de solidariedade, impedindo as partes de agir com deslealdade diante de um julgamento administrativo.

3.5.1. O Princípio do Juiz Natural no Processo Administrativo Sancionador

O princípio do juiz natural revela-se na figura do juiz competente, ou o destinatário previamente investido dos poderes para atuar como tal, antes do acontecimento do fato. A escolha feita *a posteriori* culmina em julgamento arbitral e conduz à sensação de insegurança jurídica.

Isso visa exatamente à segurança jurídica: o juiz natural, o juiz competente, deve ser aquele já designado pela norma legal, ou, como afirmamos, o administrador anteriormente já com competência para tal.

A competência deve preexistir ao fato, e não ser atribuída apenas para dada situação. Faça-se ressalva, é claro, da mudança legal de competências para situações em geral, e não para específica. Ou, ainda, a comissões que tenham de ser formadas para situações singulares.

E só existe *Estado de Direito* – e aí lembramos o Prof. Geraldo Ataliba –, só existe *República* quando existe *juiz natural* para julgar as controvérsias.

Ainda, algumas garantias, necessárias ao devido processo legal e consagradas na Constituição, jamais poderiam ser suprimidas, como, por exemplo, o poder cautelar do juiz, como também do administrador, nos *processos*, como, v.g., para o afastamento compulsório enquanto durar o processo disciplinar.¹⁶¹

O que se pretende, nesse sentido, no processo administrativo sancionador é a definição prévia das competências de julgamento, como ocorre em relação aos Tribunais de Contas, consoante o artigo 71 da Constituição da República e, por simetria, nos Estados e Municípios, com a referência precisa em suas leis orgânicas respectivas.

¹⁶¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 419.

No caso das Comissões Processantes, deve a norma, mesmo que por resoluções, prever a forma de sua constituição e o meio de escolha dos integrantes, assegurando-se que essa escolha recaia sobre membros isentos (preferencialmente de carreira e concursados).

A Lei 8.112, de 1990, ao regulamentar o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, estabeleceu regras prévias de escolhas de membros, de competências e dos procedimentos a serem adotados.

Porém, tendo em vista que sua efetivação ocorre somente com a aplicação das garantias aos membros e julgadores, bem como às partes envolvidas, algumas previsões dogmáticas indicam os meios para tanto, como assinala Rafael Munhoz de Mello:

Deve-se abrandar a indesejável e inevitável situação com a divisão das atividades próprias da Administração-parte das típicas da Administração-juiz entre órgãos distintos: um órgão administrativo deve ser competente para praticar os atos próprios de parte; outro, os atos próprios de condutor do processo e julgador. É o que Ramón Parada Vázquez denomina “el principio de separación entre la fase instructora y sancionadora, encomendándolas a órganos distintos”, que constitui, segundo o autor espanhol, um dos “principios esenciales y sagrados de todo procedimiento administrativo”.

[...]

Ainda que não haja previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode aceitar que sejam concentradas num mesmo órgão administrativo as atividades de instrução e de julgamento. Trata-se de situação que ofende ao princípio da isonomia das partes e retira a necessária imparcialidade do órgão que vai decidir se foi, ou não, praticada a infração e se deve, ou não, ser imposta a correspondente sanção administrativa. Para que o princípio da isonomia seja respeitado e a imparcialidade seja efetivada, no processo administrativo sancionador deve haver distinção entre o órgão que atua como parte na fase instrutória e o órgão que exerce a competência de julgar. Processo que não respeite tal divisão não pode ser considerado devido processo legal.¹⁶²

Dentro dessa concepção formalista do processo administrativo, torna-se imprescindível a diferenciação dos componentes das comissões processantes, julgadores e partes no processo administrativo sancionador, como forma de minimizar as possibilidades de parcialidade¹⁶³.

¹⁶² MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 231-233.

¹⁶³ DECISÃO: "ACORDAM os magistrados integrantes da Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em impõe-se dar provimento à apelação do réu, parcial provimento à apelação da autora e reformar em parte, em sede de reexame necessário, a sentença recorrida, nos moldes do

A Lei nº 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, concentra nas mãos da comissão processante a condução do inquérito (artigo 155¹⁶⁴) e atribui à mesma comissão a elaboração do relatório que deverá dispor sobre a inocência ou responsabilidade do servidor (artigo 165, §1º¹⁶⁵). Por fim, o artigo 168¹⁶⁶ praticamente vincula a decisão da autoridade às conclusões tomadas pela comissão, impondo o acatamento ao relatório, salvo quando contrário às provas dos autos.

A regra é fielmente observada nos julgamentos perante as Cortes de Contas, uma vez que a atribuição de suas competências e limites atinentes à sua força sancionatória vem previamente descrita em lei.

voto do Relator. EMENTA: AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SERVIDORA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE FERNANDES PINHEIRO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. IMPOSIÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE IMPARCIALIDADE DOS MEMBROS DA COMISSÃO PROCESSANTE, DE ALGUMAS TESTEMUNHAS E, PRINCIPALMENTE, DA AUTORIDADE JULGADORA. COMPROVAÇÃO DA ALEGADA PERSEGUIÇÃO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO NO CARGO PÚBLICO COM O PAGAMENTO DAS VERBAS SALARIAIS QUE DEIXARAM DE SER PERCEBIDAS. DANOS MORAIS. OCORRÊNCIA NO CASO EM EXAME. VALOR ARBITRADO QUE SE MOSTRA JUSTO E PROPORCIONAL AO ABALO PSICOLÓGICO SOFRIDO. POSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE, DE RESPONSABILIZAÇÃO DO MUNICÍPIO EM LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO COM OS AGENTES PÚBLICOS CAUSADORES DOS DANOS MORAIS SUPOSTOS PELA AUTORA. APELAÇÃO DO RÉU PROVIDA. APELAÇÃO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE, EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO, NO TOCANTE AOS ACESSÓRIOS MÓVEIS DA CONDENAÇÃO (JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA) E À VERBA HONORÁRIA, ARBITRADA EM DESCOMPASSO COM OS PARÂMETROS DO § 4.º DO ART. 20 DO CPC" (TJPR. 5. C. Cível. ACR - 1263611-8 - Teixeira Soares. Rel. Adalberto Jorge Xisto Pereira – Unânime. j. 07 jul. 2015). (TJ-PR. REEX: 12636118 PR 1263611-8 (Acórdão), Rel. Adalberto Jorge Xisto Pereira, 5. C. Cível. j. 07 jul. 2015, DJ 16 jul. 2015).

¹⁶⁴ Art. 155. "Na fase do inquérito, a comissão promoverá a tomada de depoimentos, acareações, investigações e diligências cabíveis, objetivando a coleta de prova, recorrendo, quando necessário, a técnicos e peritos, de modo a permitir a completa elucidação dos fatos".

¹⁶⁵ Art. 165. "Apreciada a defesa, a comissão elaborará relatório minucioso, onde resumirá as peças principais dos autos e mencionará as provas em que se baseou para formar a sua convicção.

§ 1º O relatório será sempre conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor".

¹⁶⁶ Art. 168. "O julgamento acatará o relatório da comissão, salvo quando contrário às provas dos autos.

Parágrafo único. Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade".

4. DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Como parte integrante e necessária à complementação deste estudo, cumpre analisar a abrangência da sanção administrativa dentro do ordenamento jurídico, para estabelecer os critérios de sua apuração e aplicação diante do caso concreto e então abordar as garantias constitucionais e a culpabilidade dentro do espectro da individualização da conduta.

Daniel Ferreira¹⁶⁷ considera a dificuldade semântica da terminologia, entendendo que se deve partir do posicionamento jurídico adotado para percorrer suas nuances dentro da esfera jurídica. De acordo com o autor, a função da sanção "não seria a de impor castigos, mas sim, num primeiro e mais elevado plano, a de garantir a eficácia das normas de conduta previamente reguladas"¹⁶⁸.

Embora permitimo-nos divergir do autor quanto ao aspecto do caráter retributivo da sanção, sua obra é fundamental para a elucidação do tema e, conseqüentemente, para a incursão na análise da culpabilidade, cerne de nossa pesquisa.

Hans Kelsen afirma não existir norma jurídica sem a respectiva sanção, aponta a natureza coativa como o principal atributo para qualificar como jurídica a norma, pertencente ao ordenamento jurídico e, como tal, devendo ser observada e respeitada.

Uma outra característica comum às ordens sociais a que chamamos Direito é que elas são ordens coativas, no sentido de que reagem contra as situações indesejáveis – com um ato de coação, isto é, com um mal – como a privação de vida, da saúde, da liberdade, de bens econômicos e outros – um mal que é aplicado ao destinatário mesmo contra a sua vontade, se necessário empregando até a força física – coativamente, portanto. Dizer-se que, com o ato coativo que funciona como sanção, se aplica um mal ao destinatário significa que este ato é normalmente recebido pelo destinatário como um mal.¹⁶⁹

A ideia é que a sociedade ou o destinatário da norma deve observá-la porque ela representa o meio de interagir com aquilo que o corpo social entendeu apto e necessário para o regular funcionamento equitativo do ordenamento jurídico, razão pela qual opera o

¹⁶⁷ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 101.

¹⁶⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Batista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 35.

raciocínio de que o cumprimento do comportamento exigido pela lei realiza-se como parte integrante desse sistema, sendo que a resposta à interrupção desta engrenagem não configuraria uma punição em primeira ordem, mas um estímulo a não praticar o ilícito.

Apesar das argumentações nesse sentido, entendemos que o sistema brasileiro ainda não chegou nessa linha de atuação. No Estado de Direito brasileiro, a infringência a uma norma de conduta suscita a aplicação de uma sanção correspondente, de caráter retributivo, portanto, uma punição em razão da conduta. O que se nominaria como caráter preventivo espelha antes o temor da incidência da sanção, muito mais do que um estímulo à conduta almejada pelo sistema.

A perspectiva da punição contra o descumprimento do comando normativo, a sanção, passa ao largo da leitura medieval de que a pena consistia em sofrimento físico, não configura castigo desumano ou contrário ao senso de justiça, revela-se apenas como o resultado de um sistema punitivo que não beneficia ou recompensa quem cumpre a lei, mas pune quem a desacate.

Com as novas conquistas liberais, ocorreu, no campo penal, o fim gradativo dos suplícios impostos pela vingança pública. A partir de então, deveria a sociedade encontrar uma forma humana e justa de punir os criminosos, com proporção entre a transgressão e o castigo, o que ocasionou a mitigação das penas. Com o fim do absolutismo, as sanções, por via de consequência, perderam a função de reafirmar o poder do rei e passaram a constituir uma represália em nome da própria sociedade. O delinquente, por sua vez, passou a ser considerado violador do pacto social, tornando-se inimigo da sociedade.

A pena, nesse contexto, perdia igualmente seu caráter religioso. O predomínio da razão sobre as questões espirituais, por influência dos enciclopedistas e filósofos iluministas, contribuiu para afastar o caráter de penitência, outrora inserido na anatomia dos suplícios. As leis penais e as punições teriam então de passar pelo crivo da racionalidade em interesse da sociedade, afastando-se das justificativas metafísicas ou teleológicas, como concluiu Oscar Mellim Filho.¹⁷⁰

Michel Foucault situa a evolução do sistema punitivo quando o Estado liberal passa a ponderar sobre a necessidade de uma intervenção mínima e, consequentemente, penas

¹⁷⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016, p. 103-104.

proporcionais; das penas de suplício durante o Estado de Polícia à maior racionalidade das punições.

Para isso, é preciso que o castigo seja considerado não só natural, mas também interessante; é preciso que todos possam ver nele a sua própria vantagem. Acabe-se com as penas espetaculares, mas inúteis. Acabe-se com as penas secretas; que os castigos possam ser vistos como uma retribuição que o culpado faz a todos os seus concidadãos pelo crime que a todos lesou: penas «que se mostrem incessantemente aos cidadãos» e que «sublinhem a utilidade pública dos movimentos comuns e particulares». O ideal seria que o condenado fosse visto como uma espécie de propriedade rentável: um escravo posto ao serviço de todos. Porque iria a sociedade suprimir uma vida e um corpo de que ela se poderia apropriar? Seria mais útil fazê-lo «servir o Estado numa escravidão que seria mais ou menos longa segundo a natureza do seu crime»; a França tem muitos caminhos impraticáveis que dificultam o comércio; os ladrões, que também constituem um obstáculo à livre circulação de mercadorias, terão então de reconstruir as estradas. Mais do que a morte, seria eloquente «o exemplo de um homem que está sempre sob vigilância, a quem se retirou a liberdade e que é obrigado a passar o resto da vida a reparar a perda que causou à sociedade».¹⁷¹

Destarte, o caráter retributivo da sanção não deve ser malvisto como um simples castigo imposto, mas como a consequência da prática de um ilícito. A aplicação de uma sanção não pode ser lida como estímulo ou meio de inibição, mas resposta proporcional ao ato praticado. Nesse ponto, *data máxima venia*, concordamos com Fábio Medina Osório, quanto ao caráter repressor previsto na norma sancionadora¹⁷².

¹⁷¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2013, p. 75-76.

¹⁷² "Antes de analisar o conceito mencionado, cabe reconhecer que tal proposta teórica sinaliza quatro elementos fundamentais na estruturação da sanção administrativa, numa dimensão tipicamente europeia, da qual, *a priori*, somos herdeiros: a) autoridade administrativa (elemento subjetivo); b) efeito aflictivo da medida em que se exterioriza (elemento objetivo), subdividindo-se nesse tópico, em: b1) privação de direitos preexistentes e b2) imposição de novos deveres; c) finalidade repressora (elemento teleológico) consistente na repressão de uma conduta e no restabelecimento da ordem jurídica; d) natureza administrativa do procedimento (elemento formal)" (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 87).

O autor pondera a necessidade de adaptação dos elementos alienígenas apresentados para, a partir dessa análise, chegar a uma conceituação brasileira da sanção administrativa. Para isso, reconhece a possibilidade de sua aplicação pelo Poder Judiciário (ausência da jurisdição dual no Brasil); destaca que a sanção é um castigo por significar reduções na esfera de direitos, como da liberdade e da propriedade. Pondera que o efeito aflictivo da medida é mais objetivo do que subjetivo. Destacamos mais um trecho da obra que ajuda a entender o caráter sancionatório administrativo em paralelo ao Direito Penal: "Sabe-se que há sanções administrativas que se assemelham bastante àquelas de natureza penal. Tal é o caso de suspensão dos direitos políticos, restrições a direitos de contratar ou receber benefícios *lato sensu* da administração pública, e inclusive perde de cargos públicos, as quais, dependendo do ordenamento jurídico em que inseridas, podem assumir feições de natureza penal.

Note-se que, em tais casos, a autoridade sancionadora sopesará com maior cuidado a relação de proporcionalidade da sanção com o ilícito, ajustando a resposta estatal aos ditames constitucionais. Existem

Sob esse prisma, é imprescindível que previamente à aplicação da sanção seja indicado qual preceito protegido pela sociedade e pela ordem jurídica está em jogo, o que deve se dar com a descrição precisa de seu objeto e de maneira adequada à leitura por parte da sociedade, considerando sua cognição cultural média.

O delito e a infração administrativa têm conteúdo material similar e idêntica estrutura lógica. Tanto as penas quanto as sanções administrativas encontram justificção na magnitude da lesão a um bem jurídico determinado de modo que se justifique sua imposição. Entre crime e infração administrativa, portanto, existem apenas diferenças quantitativas ou de grau, nunca de essência.

As infrações administrativas, portanto, não se esgotam em simples mandatos e proibições de Direito, desprovidos de qualquer sentido. Referem-se igualmente à gravidade da lesão ou do perigo de lesão a um bem jurídico, pois, se o injusto administrativo fosse puramente formal, seria impossível a gradação das diferentes sanções administrativas.

Incumbe ao legislador traçar os limites entre o ilícito penal e o ilícito administrativo, pautando-se preferencialmente pela gravidade das infrações do ponto de vista material e, secundariamente, por considerações de ordem político-criminal (rapidez e eficácia da sanção).

As relações entre o Direito Penal e o Direito Administrativo são estreitas e complexas, especialmente no contexto de proteção a bens jurídicos metaindividuais, onde a interrelação penal/administrativa fica ainda mais evidenciada.¹⁷³

Destarte, cabe ao sistema normativo indicar quais os efeitos correspondentes aos ilícitos praticados para tornar possível a catalogação dos tipos de penas.

De uma forma geral, a sanção¹⁷⁴ é uma resposta a um ato infracional tipificado pelo legislador, visando a proteger a integridade física e moral das pessoas, o patrimônio, as atividades inerentes ao bom funcionamento do Estado e ao equilíbrio econômico das relações.

sanções, portanto, que reclamam intervenções mais cuidadosas das autoridades competentes para a prática do ato punitivo.

Todavia, não se pode dizer que a existência de sanções administrativas de distintos níveis ou patamares representa uma quebra de unidade do regime jurídico aplicável. Há graus variados de intensidade da sanção e do próprio efeito afliitivo da medida, porém isso é normal e inerente ao Estado de Direito” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 101).

¹⁷³ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 1. Parte Geral – Arts. 1º a 120. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 76-77.

¹⁷⁴ Daniel Ferreira destaca os tipos de sanções, sem a incursão em sua natureza – penal, administrativa, civil etc. – mas correlacionadas ao ilícito efetivamente praticado e com a intenção de traçar uma linha divisória com outros desestímulos a práticas sociais cujo resultado não implique numa sanção.

A sanção é um resultado oriundo da prática de uma conduta proibida pelo ordenamento jurídico, todavia, a ponderação de sua real natureza jurídica relacionada à conduta que a motivou é que vai delinear como seguirá o processo e como o Estado deverá se portar diante da situação.

Entendemos que a sanção vista enquanto mecanismo de cooperação com o Estado, em que o indivíduo percebe-a como um estímulo para se atingir a finalidade da norma sem correlacioná-la com o mal causado, diverge do modelo jurídico sancionatório aplicado no Brasil¹⁷⁵.

Conceitos e estruturas jurídicas alienígenas servem para muito bem inspirar nossos legisladores e doutrinadores no desenho ideal de Estado e das relações postas, porém, a tônica da atividade jurídica é exercida com base nas normas constitucionais pátrias e no comportamento civil de sua sociedade perante o respectivo ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico e praxe de julgamento nas cortes brasileiras impõem um reconhecimento da sanção enquanto resposta aflitiva, um mal ou castigo inflingido àquele que praticou a conduta, uma resposta repressora que se revela em punições de natureza física e pessoal – como o cárcere, outras restrições de liberdade e certas proibições pertinentes ao direito de ir e vir –, de natureza administrativa – como as sanções disciplinar e pecuniária – e de natureza civil.

Os efeitos práticos oriundos das sanções, como a reeducação do sancionado e a ressocialização daquele submetido ao cárcere, bem como os estímulos para sua mitigação, como os acordos de leniência e delações premiadas, são resultados oriundos da prática ilícita que não retiram a natureza da sanção, apenas dialogam com seus efeitos.

"Assim, ainda que neste prelúdio, conformam tipos genéricos de sanção aquelas que impõem:

- a) restrição à liberdade (pessoa humana);
- b) restrição à atividade (pessoa humana ou jurídica);
- c) restrição ao patrimônio econômico (pessoa humana ou jurídica);
- d) restrição ao patrimônio moral (pessoa humana ou jurídica).

Concluindo, qualquer outra “desvantagem” advinda do ordenamento normativo, ainda que restritiva de direitos, não será sanção, ao menos nos moldes que estabelecemos" (FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 29).

¹⁷⁵ “A sanção administrativa, como se disse antes, não é expressão exclusiva de um poder sancionador das Administrações Públicas, visto que pode ser imposta por juízes e tribunais, inclusive em respeito às deliberações do Poder Legislativo e às estruturas de funcionamento de nossos Poderes de Estado. Daí porque, com o devido respeito, é errônea a tese de que busca atrelar o poder administrativo punitivo à ideia de gestão” (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 139-140).

A natureza jurídica do acordo de leniência e da delação premiada é de meio de obtenção de prova, esses instrumentos possibilitam uma melhor efetivação da persecução por parte do Estado, porém, o impulso que leva o colaborador a praticar a ação de corresponder com o chamado processual é justamente o temor da sanção final.

Segundo a Instrução Normativa nº 2, de 16 de maio de 2018, do Ministério da Transparência, da Controladoria Geral da União e da Advocacia-Geral da União, o instituto do acordo de leniência tem a finalidade precípua de potencializar a capacidade investigativa, com a cooperação plena e permanente com as investigações e com o processo.

A Lei nº 13.655/2018, que instituiu novos paradigmas à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, em seu artigo 27, apresenta a compensação como forma de substituir a sanção e com isso indicar a presença de um Estado conciliador.

Os acordos substitutivos flexibilizam a atuação imperativa do Estado na aplicação das sanções, desde que em sua aplicação mostre-se visível a meta de atingir o interesse público.

Consoante Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹⁷⁶, os acordos decisórios são previstos e incentivados no controle das políticas públicas, consubstanciando-se em: a) Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), previsto no artigo 5º, §6º, da Lei nº 7.347/1985 (Ação Civil Pública); b) Termo de Compromisso, consoante o artigo 11, §5º, da Lei nº 6.385/1976 (Comissão de Valores Mobiliários – CVM); c) Acordos Terminativos de Processos Administrativos, nos termos do artigo 46 da Lei nº 5.427/2009 (Lei de Processo Administrativo do Estado do Rio de Janeiro); d) Termo de Compromisso de Cessação de Prática e Acordo de Leniência, conforme os artigos 85 e 86 da Lei nº 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC); e) Acordo de Leniência, previsto no artigo 16 da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), entre outros.

Denota-se que o Estado Democrático de Direito brasileiro caminha para uma alteração da visão do Direito Administrativo, passando de uma imagem repressora para conciliadora, todavia, entendemos persistir a natureza da sanção independente das formas de sua aplicação e meios de ajustes aptos a evitá-las.

¹⁷⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal**: Administração Pública de resultados e análise do impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 202.

Nesse contexto, a atividade sancionadora por parte das agências reguladoras é compreendida como instrumento para efetivação do duplo resultado previsto no ordenamento jurídico: prevenir e reprimir a prática de ilícitos definidos pelo regulador.

Ocorre que, em determinadas hipóteses, a aplicação da sanção tipificada em lei pode frustrar a efetividade dos resultados esperados pela legislação que poderiam ser implementados por outras vias alternativas definidas pelo regulador.

Imagine-se, por exemplo, a celebração de acordo decisório (Termo de Ajuste de Gestão – TAG) entre o regulador e o agente econômico, que infringe a legislação ambiental, com o intuito de substituir a multa prevista em lei por imposição de investimentos do mesmo montante financeiro na restauração do meio ambiente (compensação ambiental).

Nesse caso, o acordo decisório que substitui a possibilidade da multa por investimento satisfaz com maior intensidade o resultado subjacente à própria sanção regulatória, qual seja, a restauração do dano gerado pela atuação ilícita do agente regulado.¹⁷⁷

Desta forma, não obstante a evolução do sistema normativo para tornar o Estado mais participativo e a criação dos meios de acordo para colocar a sanção como o último meio de pacificação social, entendemos que ainda não se pode falar da alteração de sua natureza repressora e preventiva da conduta reprovável por meio de um temor diante do resultado oriundo da prática ilícita.

Para conceituar a sanção administrativa, cumpre fixar inicialmente o entendimento lato de que as sanções consubstanciam resposta a ato infracional definido em lei, com nítida intenção repressora, imputando ao agente infrator um mal como resultado do ilícito praticado. Também convém separar a sanção administrativa das demais restrições a direito impostas pela Administração.

A sanção administrativa insere-se em contexto geral ou especial. No primeiro caso, quando envolve a relação do Estado com a sociedade e, no segundo, quando inserido no âmbito da relação entre Administração Pública e seu quadro, quando incide o regramento próprio do regime de sujeição especial, em que conta o quesito volitivo do agente público, ou seja, este voluntariamente se submete ao regime especial ao compor o quadro¹⁷⁸, ou nas

¹⁷⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Novo Perfil da Regulação Estatal**: Administração Pública de resultados e análise do impacto regulatório. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 202.

¹⁷⁸ "Fizemos alusão à questão da competência sancionatória nas chamadas relações de sujeição especial. Este problema surge desde a peculiaridade da chamada competência disciplinar, que é a que a Administração exerce normalmente sobre os agentes que estão integrados em sua organização. Mesmo nos países que mantêm com maior rigor o monopólio sancionatório dos juizes, a Administração, para manter a “disciplina” interna de sua organização, dispôs sempre de um poder disciplinar correlato, em virtude do qual pode impor sanções a seus

profissões regulamentadas, no regime militar, nas relações dos usuários de serviços públicos, em suma, em situações cujo regramento destaca uma qualidade especial de sujeição.

Ressaltamos, ainda, a figura do agente sancionador. Sob o entendimento de que apenas à Administração Pública competiria a aplicação de sanção administrativa, seria possível vincular a ideia de que a figura sancionatória caberia somente no contexto da função administrativa.

Neste aspecto, concordamos com Fábio Medina Osório, ao situar a figura da sanção administrativa como parte integrante material e formal do Direito Administrativo.

Dessa leitura decorrem consequências práticas, uma vez que a aplicação de sanções administrativas não é restrita à Administração Pública¹⁷⁹. Consoante o autor em referência, o Direito brasileiro expressamente prevê a possibilidade da aplicação de sanção administrativa pelos magistrados, no exercício, portanto, da função jurisdicional, desde que assim atribuído pelo Legislador, como no caso da Lei nº 8.096/90, de 13.07.1990, o Estatuto da Criança e Adolescente¹⁸⁰.

Em síntese, constitui a sanção administrativa resposta coativa imposta pela Administração Pública no exercício da função administrativa ou pelo Poder Judiciário, quando autorizado por Lei, de caráter repressivo, em razão da prática de uma conduta ilícita prevista previamente no ordenamento jurídico¹⁸¹.

agentes, sanções que se referem normalmente ao regime funcional dos sancionados. É muito característico o regime da disciplina militar. Esta competência disciplinar experimenta logo duas ampliações, a partir desse núcleo essencial: usuários dos serviços públicos (estudantes, presos, internados em instituições de saúde, de forma característica), cuja disciplina se apresenta também como uma exigência do funcionamento regular do serviço; e membros das profissões com diploma, integrados para tais efeitos em Entidades de Classe profissionais, cuja articulação sobre o modelo corporativo lhes permite considerar a atuação de seus membros como um problema interno (Lei de Entidades de Classe profissionais, de 13 de fevereiro de 1974, art. 5.º.i)" (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo II**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Título quinto – A posição jurídica do administrado. Capítulo XVIII. As Sanções administrativas. Livro Digital. Disponível em:

<<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/101988566/v1/document/102673116/anchor/a-102673116>>. Acesso em: 10 set. 2019.

¹⁷⁹ Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello: "é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade administrativa no exercício de função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera".

Para o autor, a sanção deve desestimular a prática das condutas ilícitas ou constranger as pessoas ao seu devido cumprimento, uma vez que não seria uma retribuição a um mal causado ou castigo. Também entende o caráter exclusivo de ser a Administração Pública, no exercício da função administrativa, o ente que aplica a sanção e, mesmo que precise do auxílio da função jurisdicional, não perderia esse caráter. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: 2016, p. 876-878).

¹⁸⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 95.

¹⁸¹ "Sendo muito variadas as relações de Direito Administrativo, são também muito variadas as modalidades de sanção. Assim, existem: a) advertência; b) sanções pecuniárias – isto é, multas; c) interdição de local ou

4.1. Análise da Culpabilidade (Tipicidade) na Aplicação das Sanções Administrativas

Discutida a unidade do poder sancionador do Estado, cuja divisão entre as esferas penal e administrativa é feita sob os enfoques político e legislativo no momento de tipificação da conduta, procedemos ao estudo da culpabilidade.

Os pressupostos da culpabilidade constituem um dos aspectos do debate quanto à aplicação da sanção administrativa.

Entende-se por culpabilidade na esfera do Direito Administrativo Sancionador a análise dos elementos subjetivos¹⁸² que possibilitam aferir se o agente possuía condições de entender o caráter ilícito da conduta prevista em lei.

Parte significativa da doutrina nacional¹⁸³ entende que apenas a presença da vontade¹⁸⁴ enquanto elemento subjetivo que propicia o cometimento da infração é suficiente

estabelecimento – como o fechamento de uma fábrica por poluir as águas; d) inabilitação temporária para certa atividade – como a suspensão do direito de licitar, ou da carteira de habilitação de motorista; e) extinção de relação jurídica entretida com o Poder Público – como as cassações de licença de funcionamento ou a decretação de caducidade de uma concessão de serviço público; f) apreensão ou destruição de bens – como, respectivamente, de equipamentos de pesca ou de caça utilizados fora das normas e de edificação construída em desobediência à legislação edilícia (neste caso, apenas quando aplicada depois de ser dada oportunidade de defesa. Já na apreensão preliminar é simplesmente medida acautelatória e não sanção, cf. n. 15). A figura da prisão administrativa, hoje não mais subsiste, pois o STF a considera como sanção inconveniente com o art. 5º, LV e LVI, da Constituição Federal" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 33. ed. São Paulo: 2016, p. 877).

¹⁸² "A responsabilidade objetiva é exceção no direito brasileiro, empenhando expressa previsão normativa nesse sentido (arts. 21, XXIII, d e 225, § 3.º, CF; art. 927, parágrafo único, Código Civil) para a imposição do dever de ressarcimento do dano (moral ou material) em uma visão lata compreensiva da obrigação de dar (indenização), fazer (prestação de atividade devida) ou não fazer (cessação de atividade nociva). Afigura-se controversa a dispensa da culpabilidade (lato sensu) para a imposição de sanções (penas) civis ou administrativas (como apregoa a literatura focalizando as que são previstas nos arts. 87 e 88 da Lei 8.666/1993),¹⁰⁵ pois, a voluntariedade¹⁰⁶ é, no mínimo, exigível, ainda que se trate de pessoa jurídica,¹⁰⁷ à exceção de infração ambiental por força do art. 225, § 3.º, da Carta Magna" (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (coord). **Tratado de direito administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 373-374).

¹⁸³ "A ocorrência da infração administrativa exige, além da tipicidade e da culpabilidade, a voluntariedade da conduta.

O princípio da voluntariedade, destacado por Celso Antônio Bandeira de Mello, não exige a existência de culpa ou dolo para a configuração da infração administrativa, condição necessária para a aplicação da sanção, mas apenas a constatação do *animus* em praticar a conduta repelida pelo Direito.

A voluntariedade revela a vontade do sujeito de se comportar se modo contrário à prescrição legal que disciplina o fato por ele praticado.

Para a caracterização da infração basta que a conduta externa, comissiva ou omissiva, seja resultado de uma decisão do sujeito. O elemento subjetivo – dolo ou culpa – será útil para aquilatar a extensão da decisão a ser aplicada" (PETIAN, Angélica. Princípios da culpabilidade e da voluntariedade. CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo Gonzaga; FREIRE, André Luiz (coords.). Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: **Direito Administrativo e Constitucional**. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano; ZOCKUN,

para ensejar a sanção, dispensável o dolo ou a culpa para confirmar a prática de um ilícito administrativo.

Daniel Ferreira considera a voluntariedade como pressuposto de existência do ilícito administrativo, como o fazem Celso Antônio Bandeira de Mello, Marcello Caetano, Regis Fernandes de Oliveira:

Entretanto, nosso posicionamento é sempre no sentido de se reconhecer a voluntariedade como elemento constitutivo do próprio ilícito, ou, melhor dizendo, como um seu requisito de existência.

Onde inexistir espontaneidade na contraposição à ordem jurídica vigente não há que se falar em ilícito.

[...]

Feitas tais considerações, definimos como ilícito o comportamento voluntário, violador da norma de conduta que o contempla, que verifica na sanção sua direta e imediata consequência jurídica.¹⁸⁵

A título de elucidação, cumpre separar a voluntariedade dos elementos subjetivos do dolo e da culpa consolidados em nosso ordenamento jurídico.

É possível correlacionar o termo “vontade” aos elementos subjetivos do dolo e da culpa e então concluir pela presença de um ou de outro no resultado operado com a prática do ilícito.

O vocábulo “vontade” expressa a faculdade do ser humano de querer, escolher, de livremente praticar ou deixar de praticar certos atos. O elemento “vontade” demonstra um agir, um impulso em face da realização de uma finalidade.

Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: PUCSP, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/34/edicao-1/principios-da-culpabilidade-e-da-voluntariedade>>. Acesso em 12 jul. 2019).

¹⁸⁴ “É corrente o uso da expressão “excludentes” para referir hipóteses em que se considerará inexistente a infração, ou não sancionável a conduta, conforme o caso. São encontráveis menções ao (1) fato da natureza (força maior); (2) caso fortuito; (3) estado de necessidade; (4) legítima defesa; (5) doença mental; (6) fato de terceiro; (7) coação irresistível; (8) erro; (9) obediência hierárquica; (10) estrito cumprimento de um dever legal; (11) exercício regular de um direito. Em nosso entender, as oito primeiras hipóteses dizem com a falta de voluntariedade – logo, elidem o próprio cometimento da infração, uma vez que a voluntariedade é o mínimo elemento subjetivo que se exige para imputação de uma infração a alguém. Já as três últimas correspondem a uma exclusão da sanção, propriamente dita” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: 2016, p. 879).

¹⁸⁵ FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 50-52.

Na compreensão jurídica, pretendia-se a caracterização da culpabilidade naquelas infringências que dispensavam a necessidade de demonstração da intenção do agente na prática de uma conduta ilícita.

Em termos genéricos, a culpabilidade diz respeito ao indivíduo capaz de responder pelas consequências decorrentes de seus atos. A metáfora “contas a prestar” qualifica bem esse processo de imputação ao agir humano ilícito. É determinado em razão de leis preestabelecidas e conta com a interposição de um terceiro, externo ao sujeito. Contrariamente, a culpabilidade moral concerne ao foro íntimo da pessoa, mas agasalha também uma dimensão retrospectiva da responsabilidade.

De outro lado, a culpabilidade teológico-metafísica relaciona-se com o indivíduo como membro da comunidade humana e repousa sobre o princípio de solidariedade. Introduce-se uma compreensão da culpabilidade a partir da categoria do trágico que ilumina o sentido da finitude e da imperfeição humanas – o fundamento insondável da liberdade do homem. O nascimento da subjetividade do Ocidente (tradição cristã) é indissociável da experiência da culpabilidade.¹⁸⁶

O indicativo da culpabilidade para aferição do montante da pena é uma resultante do princípio do Estado Democrático de Direito, amparado na legalidade e na proporcionalidade.

A vontade, analisada como fator independente dos elementos subjetivos, pode impingir a aplicação de sanções por meio de responsabilidade objetiva, desprezando a presença dos elementos subjetivos da causa.

Em consequência, o sentido social do atuar é determinado segundo a direção da vontade e o resultado. Reconhece-se que “a vontade individual por si só não pode determinar o sentido social da ação, pois sua capacidade não é absoluta. Encontra-se limitada, em todo caso, pela vertente objetiva [...]. O sentido social de uma conduta depende, fundamentalmente, da concorrência de dois fatores, a saber: em primeiro lugar, o sujeito, fazendo uso de sua capacidade intelectual, deve ter aceito o possível sentido que os elementos objetivo-causais apresentam no mundo físico; em segundo lugar, deve ter apreendido o sentido ético-social do ato e, através de suas capacidades volitivas externas, dirigido sua ação nesse sentido.”¹⁸⁷

¹⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 1. Parte Geral. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 463-464.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 466.

Portanto, na esfera administrativa sancionatória, a culpabilidade pode ser compreendida como a capacidade de o agente analisar e ponderar a possibilidade de ação de outra forma, inseridas nesta perspectiva as ações e omissões dolosas e culposas¹⁸⁸. Desta forma, sempre que diante do caso concreto restar demonstrada a impossibilidade de agir de forma diversa daquela praticada, fica excluída a culpabilidade e, conseqüentemente, a prática do ilícito.

O reconhecimento do princípio da culpabilidade conduz necessariamente ao exame de erro capaz de excluir a responsabilidade do agente público. Nesse sentido, faz-se necessário demonstrar, no curso do processo administrativo disciplinar, a real existência de culpa ou dolo que justifique a sanção.

[...]

Também em razão da necessária obediência ao princípio da culpabilidade, devem ser consideradas as hipóteses de legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, coação e ordem de superior hierárquico não manifestamente legal. Uma vez comprovada a ocorrência de uma dessas hipóteses, não há culpa ou dolo do administrado que legitime a aplicação da sanção administrativa.¹⁸⁹

As alterações apresentadas pela Lei nº 13.655/2018 clamam para uma nova realidade no que tange às decisões administrativas, pretendendo-se trazer ao espectro dos processos administrativos as circunstâncias experimentadas pelos gestores públicos, o que torna cada vez mais pessoal a análise por parte dos órgãos de controle.

Esta dissertação intenciona demonstrar a necessidade de individualização da conduta nas decisões administrativas, de tal sorte que a sanção somente poderá ser aplicada quando os atos resultarem em infração apurada por meio da análise de sua tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

A sanção administrativa retributiva só cumpre sua finalidade preventiva se aplicada a quem age de modo doloso ou culposo. É dizer, se aplicada a quem pratica de modo consciente e voluntário a conduta típica (dolo), ou a quem

¹⁸⁸ “Princípio fundamental de Direito Penal: traduz a ideia e o conceito da responsabilidade penal subjetiva, pela qual “não há crime sem culpa”, ou seja, não há crime sem que o agente tenha atuado com dolo ou com culpa (stricto sensu). Importante lembrar que, no finalismo, o dolo e a culpa são elementos do Tipo e o princípio da culpabilidade terá como consequência afastar a Tipicidade do fato, na ausência de dolo e culpa na conduta do agente” (ROGRIGUES, Cristiano. **Direito Penal**. Parte Geral I. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150).

¹⁸⁹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções Disciplinares**: o alcance do controle jurisdicional. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 76.

pratica voluntariamente um comportamento lícito mas age com negligência, imperícia ou imprudência, causando resultado tipificado como infração administrativa (culpa stricto sensu).

Ocorre que a finalidade preventiva só é atingida se do sujeito que sofre os efeitos da sanção fosse possível exigir conduta distinta da que foi praticada, evitando assim o resultado típico alcançado. Agindo com dolo, o indivíduo decide conscientemente praticar a conduta típica. Se escolhe agir dessa forma, pode também escolher agir de outra, servindo a sanção como estímulo à escolha que trilha os caminhos da legalidade. No caso da conduta meramente culposa, em que o sujeito age com negligência, imperícia ou imprudência, também pode ser adotado modo de agir diverso, diligente e prudente, evitando-se assim a configuração do comportamento proibido. A sanção administrativa aplicada ao sujeito que age com dolo ou culpa serve como estímulo à mudança: se praticou deliberadamente a conduta típica, a sanção o estimula a não reincidir; se a praticou por negligência, imperícia ou imprudência, a sanção o incentiva a ser mais diligente e cuidadoso no seu agir. Previne-se, de tal maneira, a prática de novas infrações administrativas.

A situação é diferente se não há dolo ou culpa na ação do indivíduo.

Ele não pratica a conduta típica de modo voluntário e consciente (dolo). Tampouco deixa de observar o dever de diligência que a todos é atribuído numa sociedade (culpa stricto sensu). Seu agir voluntário e consciente é voltado à prática de conduta lícita, e ele age com diligência em tal intento. Sendo assim, o comportamento exigido pelo ordenamento jurídico é atendido: o particular não pratica de modo voluntário e consciente a conduta típica e não age com negligência, imperícia ou imprudência.¹⁹⁰

A primeira resultante extraível do entendimento de que o elemento subjetivo é pautado por dolo e culpa e não na mera voluntariedade está na resposta repressiva da sanção administrativa, que seria inócua se o indivíduo não agisse de outra forma em caso de deliberação por instinto (sem dolo ou culpa).

Denota-se nessa conclusão o paralelo ao Direito Penal, na denominada Teoria Finalista da Ação, que melhor se adequa ao Estado Democrático de Direito, tendo sido adotada pelo Código Penal de 1984. Referida teoria foi criada na década de 30, do século passado, pelo alemão Hanz Welzel, para quem o tipo finalista seria composto por dois elementos: um objetivo e externo, a conduta narrada na letra da lei, e outro subjetivo e interno, a conduta implícita. Consoante essa teoria, a conduta do agente baseada na vontade (dolo e culpa) relaciona-se ao tipo penal e não à análise da culpabilidade.

Para os causalistas, o dolo e a culpa eram analisados apenas no momento de aplicação da pena, as excludentes poderiam ensejar o reconhecimento da conduta ilícita,

¹⁹⁰ MELLO, Rafael Munhoz. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez. 2005, p. 38-39.

porém sem a aplicação de pena, o que ensejaria o reconhecimento do agente como autor de um crime, porém, isento de pena quando agisse sem dolo ou culpa. Enquanto no caso de aplicação da Teoria Finalista da Ação, a excludente retira do agente a marca de autor de um crime¹⁹¹.

Da nova dinâmica da legislação hodierna, destaca-se a vinculação individualizada da responsabilidade pessoal do agente público no exercício da atividade. Vide o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a impor a responsabilização direta ao agente público por suas decisões e opiniões técnicas quando eivadas de dolo ou erro grosseiro.

A doutrina e grande parte da jurisprudência nacional apontavam que os atos preparatórios não seriam passíveis de responsabilização, por consubstanciarem apenas parte da constituição e não atributo final do ato administrativo.

O Pretório Excelso já entendia que os pareceres técnicos proferidos por advogados apenas ensejariam responsabilidade civil no caso de erro grave, fazendo menção a esta adjetivação antes da referida lei, portanto, sem novidade no mundo jurídico.

Em trecho extraído do julgamento do Mandado de Segurança nº 24.074/DF, o eminente Ministro Carlos Veloso¹⁹² destacou que a garantia constitucional de intangibilidade

¹⁹¹ "De acordo com Hartmann, a ação está constituída pela direção do “suceder real”, pelo desejado pelo agente, por interposição de componentes determinantes. A ação é uma atividade final humana. Partindo disso, Welzel afirma que a ação humana é o exercício da atividade finalista. É, portanto, um acontecimento finalista, e não somente causal. A finalidade, diz ele, ou atividade finalista da ação, baseia-se em que o homem, consciente dos efeitos causais do acontecimento, pode prever as consequências de sua conduta, propondo, dessa forma, objetivos de distinta índole. Conhecendo a teoria da causa e efeito, tem condições de dirigir sua atividade no sentido de produzir determinados efeitos. A causalidade, pelo contrário, não se encontra ordenada dessa maneira. Ela é cega, enquanto a finalidade é vidente.

[...]

A doutrina finalista da ação não se preocupa apenas com o conteúdo da vontade, o dolo, que consiste na vontade de concretizar as características objetivas do tipo penal, mas também com a culpa. O Direito não deseja apenas que o homem não realize condutas dolosas, mas, também, que imprima em todas as suas atividades uma direção finalista capaz de impedir que produzam resultados lesivos. As ações que, produzindo um resultado causal, são devidas à inobservância do mínimo de direção finalista no sentido de impedir a produção de tal consequência, ingressam no rol dos delitos culposos.

[...]

Em consequência, o dolo é retirado da culpabilidade, não constituindo espécie (teoria psicológica) ou elemento da culpabilidade (teoria psicológico-normativa), mas elemento subjetivo do tipo, integrando a conduta, primeiro elemento do fato típico. Como observa Carlos Adalmyr Condeixa da Costa, “por estar a finalidade na ação (ao mesmo tempo em que o dolo e a finalidade são da mesma identidade), temos que o dolo está na ação (representada no âmbito penalístico por um tipo penal) e, conseqüentemente, a dedução do dolo no tipo (o injusto típico). Com esta tese, a Teoria da Ação Final fulmina a Doutrina da Ação Causal”. (JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. v. 1, Parte Geral. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 274-276).

¹⁹² "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parágrafo único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

do advogado não é absoluta, mas reveste-se de certas prerrogativas, de sorte que os atos praticados com dolo e culpa contrários ao exercício da profissão devem ser punidos. Ao referenciar a petição inicial, destacou que erro grave seria aquele inescusável, que confirma que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia, com divergência da doutrina ou evidente discordância de interpretação da hipótese.

Somos favoráveis ao entendimento de que não se pode punir a interpretação proveniente de opinião técnica e pessoal. Seria como tipificar o “**crime de exegese**”¹⁹³ enquanto, por exemplo, medida similar não é imposta contra membros do Ministério Público ao proporem ações civis ou criminais sem lograrem êxito.

Pretendeu o legislador manter a lógica de responsabilização do agente público – considerando como tal, neste caso, qualquer pessoa que exerça função pública, mesmo que transitoriamente – por opiniões técnicas pautadas em dolo e erro grosseiro.

A prática dolosa é caracterizada pela intenção de praticar o ilícito, a lei qualifica certa conduta como ilegal e o agente, ciente da infração a ser efetivada, ainda assim comete o ilícito para alcançar o resultado pretendido.

No espelho da doutrina penal, o dolo mencionado no artigo 28 corresponde ao descrito na Teoria da Vontade, conforme esclarece Damásio de Jesus:

É aceita a teoria da vontade. Dolo não é simples representação do resultado, o que constitui um simples acontecimento psicológico. Exige representação e vontade, sendo que esta pressupõe aquela, pois o querer não se movimenta sem a representação do que se deseja. O CP brasileiro adotou a teoria da vontade, pois o art. 18, I, determina: “Diz-se crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”. Assim, não basta a representação do resultado; exige vontade de realizar a conduta e de produzir o resultado (ou assumir o risco de produzi-lo).¹⁹⁴

I - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. (Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, 13. ed., p. 377).

II - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32.

III – Mandado de Segurança deferido" (Mandado de Segurança nº 24.073/DF, DJ 31 out. 2003)".

¹⁹³ Atribui-se a expressão “crime de exegese” ao Professor Márcio Cammarosano, em palestra proferida no dia 11 de junho de 2018, no Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

¹⁹⁴ JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. Parte Geral. v. I. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 328.

No que concerne à definição de “erro grosseiro”, consiste na conduta sem fundamento razoável, sem amparo em nenhuma doutrina ou jurisprudência e contrário à lógica dos fatos.

Consideremos, por exemplo, a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Trata-se de uma metanorma, ou seja, sem definir conduta específica, é norma que indica os caminhos a serem seguidos pelo aplicador do Direito no caso concreto. Consistiria erro grosseiro, então, a ação em inobservância às diretrizes da LINDB e, principalmente, sem suporte científico. O aplicador do Direito pode discordar de toda e qualquer doutrina e jurisprudência, mas deve fazê-lo apoiado em um raciocínio lógico, pautado em premissas verdadeiras que sustentem seu posicionamento e conclusões dentro de uma linha de pensamento embasada no ordenamento jurídico e seus princípios, bem como por sua aplicabilidade empírica¹⁹⁵.

Importante destacar o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União (Acórdão 5547/2019) sobre a extensão do artigo 28 da LINDB, indicando que a discussão quanto ao dolo e ao erro grosseiro não se aplica aos casos de responsabilidade financeira por danos ao erário. O dever de indenizar os cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, uma vez que a matéria é de cunho constitucional (artigo 37, §6º, da Constituição da República).

Neste julgamento de referência (Acórdão 5547/2019), o Acórdão de lavra do Ministro Benjamin Zymler, em sessão realizada no dia 9 de julho de 2019, perante a Primeira Câmara do TCU, destaca a inteligência de aplicação do artigo 28, indicando que para os fins de aplicação da sanção entendeu como erro grosseiro aquele que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, levando em consideração as condições que envolveram o negócio.

Consoante a interpretação sistêmica do dispositivo, podemos classificar o erro grosseiro em paralelo ao dolo como a doutrina civilista classifica a culpa grave, algo que está

¹⁹⁵ O entendimento do TCU é no sentido da responsabilidade solidária do parecerista quando a emissão do parecer não esteja fundamentado em razoável interpretação da lei, ou com grave ofensa à ordem jurídica, ou que deixe de considerar jurisprudência consolidada ou ignore determinação do TCU (Acórdão 336/2008). Neste ponto, a inobservância de determinação das Cortes de Contas pode ensejar, em tese, ato de improbidade administrativa por ofensa à moralidade pública e crime de desobediência, além da responsabilidade direta do agente responsável.

além da negligência, imprudência ou imperícia. O eminente civilista brasileiro Orlando Gomes, ao dispor sobre culpa, assim preleciona:

Graus da Culpa. É clássica a tripartição da culpa. [...] Se o agente se comporta levianamente, revelando falta de atenção, ou cuidado, que se exige de qualquer pessoa sensata, sua culpa será grave. Tão grosseira é a sua negligência, tão inconsiderado seu procedimento, tão insensata sua conduta, que chega a ser equiparada à de quem age com *animus injuriandi*.¹⁹⁶

Sob outro viés, o erro grosseiro pode ser definido como o erro de direito, uma vez que a própria LINDB, em seu artigo 3º, destaca que ninguém poderá se escusar de cumprir a lei alegando ignorância. Assim, caso o agente decida ou emita opinião contrária à lei, estará naturalmente cometendo erro grosseiro¹⁹⁷.

Esses apontamentos reforçam sobremaneira a importância de qualificação da culpabilidade na conjugação da infração para efeitos de aplicação da sanção administrativa.

A mera voluntariedade poderia, irrestritamente, levar à aplicação de uma sanção a um agente público que emitisse um parecer, conforme citado na decisão suprema, de caráter objetivo. A ausência de análise do comportamento subjetivo implica o reconhecimento direto da responsabilidade objetiva, uma vez que a intenção do agente não é levada em conta na descrição da infração administrativa.

Outro aspecto da culpabilidade no Direito Administrativo Sancionador que não corresponde à voluntariedade reside na identificação dos aspectos relativos à relação intersubjetiva do sujeito com a Administração Pública.

Na relação de imputação geral entre o administrado e a Administração, a sanção administrativa depende da verificação dos elementos da culpabilidade: imputabilidade, possibilidade de conhecimento da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Desta maneira, a análise da infração administrativa depende de situar o grau de consciência do administrado quanto à sua ação ou omissão, vedada a atribuição de voluntariedade a algo que escape da razão e que enseje sanção. Uma vez ausente a razão em

¹⁹⁶ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 267.

¹⁹⁷ TCU: Acórdão 2202/2008 – Plenário. Enunciado: "O erro grosseiro se afigura como uma das causas que justificam a responsabilização do advogado público que emite parecer, seja ele de caráter vinculante, ou meramente opinativo. A responsabilização na emissão do parecer ocorre diante da sua notória afronta à legislação e à jurisprudência consolidada dos tribunais".

dado comportamento, resulta ausente propriamente o ilícito, com a inexistência do dolo e da culpa, seguindo a dinâmica apresentada na Teoria Finalista da Ação, de que sem a vontade não existe ilícito.

Quando a relação é de imputação especial, a análise da culpabilidade leva em conta o cargo ou função exercido pelo agente, com a presunção de conhecimentos técnicos e aptidão para o desenvolvimento das ações lícitas que lhe foram investidas. Nesse caso, apontada uma infração, é indispensável ponderar os resultados da atitude comportamental ativa ou por omissão com a qualificação técnica do agente para que se possa afirmar a existência ou não de dolo, culpa ou erro grosseiro.

Ponto de sensível debate é a questão da natureza jurídica do Direito Administrativo Disciplinar, sendo que parte da doutrina compreende-o como um segmento formal e material do Direito Administrativo e diverge da parte que o integra ao Direito Administrativo Sancionador. Para os fins deste trabalho, pontuamos o Direito Disciplinar como um segmento de sujeição especial, que visa garantir a preservação da eficiência administrativa e do bom funcionamento institucional, sendo parte integrante do Direito Sancionador, em que pese sua estrutura mais flexível¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Outra questão de debate no Direito Administrativo Sancionador, com inserção na seara disciplinar, está na ocorrência do *non bis in idem*, ou seja, o mesmo fato ensejar duas punições. Neste aspecto, um mesmo fato pode violar mais de um bem jurídico protegido por segmentos diferentes do Direito, sendo que o assunto demanda um recorte específico sobre o qual não nos aprofundaremos, apenas para alguma elucidação, destacamos: “Interessante notar que por ditame expresso da Lei n.º 8.112/90 há independência das instâncias e poderá ocorrer a cumulação das sanções pela prática do mesmo ilícito. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si. O disposto no Regime Jurídico dos Servidores da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais dispõe sobre as esferas civis, penal e administrativa, nada falando acerca da esfera de responsabilização da improbidade administrativa, que é constitucionalmente prevista. Entretanto, por dedução lógica da leitura do artigo 132, IV, que prevê a pena de demissão nos casos de improbidade administrativa se têm o abarcamento dos efeitos da esfera de responsabilidade de improbidade administrativa na esfera de responsabilidade administrativa prevista na Lei n.º 8.112/90, porquanto esta pode sancionar os servidores públicos baseada exclusivamente em conduta prática que seja entendida como ato de improbidade administrativa. Isso vale dizer que na aplicação da sanção disciplinar por ato de improbidade administrativa, o Regime Jurídico dos Servidores Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais utiliza-se dos conceitos previstos no artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa. Referente à ausência da esfera de responsabilidade por ato de improbidade administrativa na Lei 8.112/90, mas visando dar mais clareza, precisão e ordem lógica, tal como rege a Lei Complementar nº 75/1995, seria pertinente uma alteração legislativa para inserir a improbidade no corpo do artigo 121. Isso traria uma previsibilidade maior aos cidadãos, em especial aos servidores públicos, visando garantir-lhes uma maior confiabilidade e calculabilidade da referida norma jurídica no tocante à questão da independência entre si das esferas de responsabilidade passíveis de atingirem os servidores públicos” (GUTIERREZ, Raul Ciampolini. **Segurança jurídica no processo administrativo disciplinar da lei nº 8.112/90**. f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017).

4.2. A Garantia Constitucional de Individualização das Condutas

Um dos pontos em comum entre as sanções administrativas e criminais reside nas garantias constitucionais aos acusados, mesmo que na esfera administrativa a sanção represente uma espécie de punição de menor potencial, sem a constituição da tipicidade criminal da conduta.

A individualização da conduta na esfera administrativa é de suma relevância na descrição da condenação, muitas vezes insuficiente e até ignorada em processos administrativos sancionadores pelo aplicador da sanção.

Um dos destaques para o tema deste trabalho consiste em que os órgãos sancionadores devem isolar no fato apurado qual a colaboração de cada agente, permitindo, assim, que a defesa de determinado acusado se restrinja ao resultado que de fato provocou para proporcionar o evento danoso. Especialmente nos processos administrativos perante os Tribunais de Contas, uma vez que não existe um regramento geral sobre o tema e cada uma das esferas federadas de atuação acaba por direcionar os trâmites processuais por meio de regramentos internos.

Em regra, as denúncias são apresentadas com base em pareceres confeccionados pelos órgãos de auditoria interna das Cortes de Contas e, diante do atributo da inversão do ônus da prova pautado na obrigação de prestar contas, encarregam os gestores públicos de responder pelas irregularidades praticadas e que ocasionaram danos ao erário.

A ideia é justamente demonstrar que a necessidade de individualização das condutas nos processos administrativos perante as Cortes de Contas configura uma extensão do devido processo legal previsto na Constituição da República, que deve ser reafirmado em todas as fases processuais, com o fito de permitir regular a observância do direito de defesa.

Iniciaremos essa abordagem considerando que a individualização da conduta nas sanções administrativas repousa nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Sancionatório.

4.2.1. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade relacionados à sanção administrativa e a individualização da conduta

No espectro do que é ser razoável no alcance do Direito Administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹⁹ assinala que a execução da lei deve estar em "sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida".

Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que a lógica da razoabilidade nas decisões tomadas pela Administração não se limita a um ato puramente técnico, vai além, visa à justiça, à decisão correta dentro do contexto apresentado²⁰⁰.

As condutas desarrazoadas não são apenas inconvenientes, mas revestem-se também de ilegalidade absoluta, passíveis de reparação judicial e nulidade do ato praticado sob sua regência.

Por sua vez, a proporcionalidade é a adequação exata da medida à finalidade pública a que se destina, qualquer ato que ultrapasse esta justa medida é fadado a nulidade, sendo também passível de correção judicial.

Aplica-se o princípio da razoabilidade no momento de fixação da norma sancionadora e de sua correspondente efetivação, com o dever de observância dos postulados da adequação, necessidade e proporcionalidade (adequação axiológica-normativa)²⁰¹. Sua ausência pode ser contestada perante o Poder Judiciário, em função da ausência de constitucionalidade da norma instituidora, por não prever as condicionantes, como pela nulidade da decisão concreta que se omitiu na verificação desses requisitos.

¹⁹⁹ "Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricionariedade" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 106).

²⁰⁰ "Com efeito, à luz da razoabilidade, tanto os atos administrativos, como os atos jurisdicionais, ganham nova e plena justificação teleológica, pois ao concretizarem o Direito, dão-lhe-vida, e, ao realizarem efetivamente a proteção e a promoção dos interesses, tal como prescritas na lei, realizam justiça" (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, versão digital Kindle, posição 3705 de 21452).

²⁰¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 473.

Nota-se que o legislador, malgrado a discricionariedade em fixar postulados tipificantes de condutas inaceitáveis no seio social, está vinculado a este dever de ponderar a extensão da sanção relacionada ao fato e balancear esta indicação em comparação ao ordenamento jurídico, de forma que fatos menos graves do ponto de vista do resultado danoso não sofram maior impacto sancionatório²⁰². Sem se afastar, ainda, do dever de escolher a solução menos gravosa para a sociedade²⁰³.

Discute-se na prática, quanto à aplicação da sanção *in concreto*, como aferir a exata medida do resultado oriundo do fato danoso (por ação ou omissão) por meio de um critério de adequação proporcional, principalmente quando o agente sancionador se depara com tipos jurídicos indeterminados, em que os fatos incidem em zonas conceituais de incerteza ou penumbra²⁰⁴, cuja solução depende de um certo grau de sensibilidade do exegeta para decidir nos limites do binômio razoabilidade-proporcionalidade²⁰⁵.

Uma vez que a aplicação razoável da sanção de forma a garantir à sociedade a efetivação da norma jurídica posta está justamente em adequar a *correlação axiológica*²⁰⁶ com a infração correspondente, para assim atingir a cura esperada com a estipulação da conduta como um ilícito a ser depurado e evitado em casos futuros, é fundamental então a individualização da conduta do sancionado.

²⁰² Discute-se na doutrina os limites do princípio da legalidade na esfera sancionadora administrativa, apontando-se que as normas disciplinares seriam reservadas exclusivamente às leis e as demais sanções poderiam ser estabelecidas por normas complementares, como ocorre com as leis penais em branco, cuja complementação da tipificação é realizada por normativos oriundos da Administração Pública, como regulamentos, regimentos etc. Todavia, sempre necessária sua previsão, mesmo que de forma genérica por meio de lei, mas que não seja excessivamente vaga sob pena de afetar a segurança jurídica, transferindo ao exegeta a tarefa de complementação pautada nos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade.

²⁰³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 475-476.

²⁰⁴ “Respecto de todas ellas vale la siguiente metáfora esclarecedora. Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad circundante donde caen todos los casos en los que no se duda que no lo es. El Tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina, en ninguna parte, y sin embargo existe. Las palabras que diariamente usamos para aludir al mundo en que vivimos y a nosotros mismo llevan consigo esa imprecisa aura de imprecisión” (CARRIO, Genaro R. **Notas Sobre Derecho y Lenguaje**. 5. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006, p. 31-33).

²⁰⁵ “Com efeito, tendo em vista os bens jurídicos protegidos com a atividade sancionatória, há situações paradigmáticas que permitem, com certeza objetiva, sua alocação nas zonas onde cabe ou não cabe a concretização do tipo administrativo; todavia, outras existem que, sendo casos de duvidosa configuração jurídica, por impossível a eliminação objetiva da admissibilidade de duas qualificações razoáveis da situação, alocam-se na zona circundante da incerteza, cabendo à Administração a titularidade da decisão, mediante um juízo disjuntivo, de reconduzir o caso a uma das zonas de certeza. Nestas operações interfere diretamente um juízo de razoabilidade-proporcionalidade na valoração dos fatos e definição do critério administrativo de formulação da norma concreta” (OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Op. cit., p. 487).

²⁰⁶ Ibidem, p. 496.

Reforça a argumentação da necessidade de verificação da proporcionalidade na aplicação das sanções a ementa do julgamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, cuja reversão da sanção aplicada ocorreu por inobservância do princípio.

PAD. PROPORCIONALIDADE. RAZOABILIDADE.

Servidores do Judiciário, conforme apurado em processo administrativo disciplinar (PAD), com objetivo de obterem o anonimato, teriam ludibriado partes para que assinassem documento de cujo teor e finalidade não tinham conhecimento: assinaram representações contra a juíza, o escrivão e dois escreventes da comarca, acusando-os de cometer injustiças, maltratar usuários do serviço forense, contribuir para a morosidade e praticar corrupção. Segundo o Min. Relator, apurados os ilícitos de indisciplina, eles merecem reprovação na medida em que demonstrado o intuito dos ora recorrentes de, no mínimo, submeter os representados a constrangimento, por figurarem em processo instaurado em corregedoria-geral de Justiça estadual. Também aponta que, não obstante sua indiscutível gravidade, o ato não teve maiores consequências nem para os representados nem para a própria Administração, uma vez que logo foi constatada a impropriedade das imputações. Assim, conclui que a aplicação da pena máxima de demissão, imposta com base nos arts. 273, I e IV, 274, V, e 285, III, da LC estadual n. 59/2001, deu-se mediante inobservância dos princípios da **proporcionalidade e da razoabilidade**, impondo-se que a Administração aplique sanção disciplinar mais branda. Diante do exposto, a Turma deu parcial provimento ao RMS, concedendo em parte a segurança para anular a demissão dos recorrentes e determinar a reintegração aos cargos que ocupavam, ressalvada à Administração eventual aplicação de pena menos gravosa em decorrência das infrações disciplinares já apuradas, se for o caso. Precedentes citados: MS 12.369-DF, DJ 10/9/2007, e MS 8.401-DF, DJe 17/5/2009. RMS 29.290-MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 18/2/2010.²⁰⁷

A sanção administrativa proporcional traduz a correlação equilibrada entre os dados objetivos previstos na norma e a determinação da justa medida ao fato subjetivo que caracterizou a infração²⁰⁸.

O artigo 5º, inciso XLV, da Constituição da República estabelece, em sua primeira parte, que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, impondo aos processos sancionatórios destacarem a conduta imputada a cada um dos envolvidos.

²⁰⁷ STJ, Informativo n. 423, 15-19 fev. 2010.

²⁰⁸ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 496.

Consoante José Roberto Pimenta de Oliveira, trata-se de uma extensão do princípio da tipificação da infração e cominação da respectiva sanção ponderados com o princípio da razoabilidade.

A garantia fundamental de individualização da pena é imposta pela Constituição ao regime sancionatório, tendo como destinatário principal o próprio órgão legislativo que tem a competência para instituir as sanções. Há significativa margem de decisão na conformação da espécie (aspecto qualitativo) e intensidade (aspecto quantitativo) que o ato sancionatório deve ostentar para cumprir sua finalidade. Mas, no inextinguível alerta de Régis Oliveira: “Em Direito, os fins não justificam os meios”.

Entende-se que, como corolário da proporcionalidade, devem reputar-se inconstitucionais as normas legais que deixam em branco o limite das sanções correspondentes a cada infração, por significar atribuir à Administração a faculdade onímoda de amplo ou irrestrito sancionamento, independentemente dos pressupostos de cada infração, exercitável ao alvedrio da autoridade pública de plantão, e não com base em critérios legais, como o exige o Estado de Direito (*rule of law*). Estabelecer limites significa, sob pena de invalidade, necessário delineamento de *critérios de dosimetria punitiva*, abarcando o dever de indicar os *limites mínimos e máximos da sanção*, bem como o de definir os *fatores qualitativos* sobre os quais deverá alicerçar-se sua graduação *in concreto*.²⁰⁹

Individualizar significa distinguir as características que possam separar o indivíduo do todo; particularizar, isolar.

Consoante Guilherme Nucci, a finalidade desta medida é impedir a automatização padronizada de aplicação de sanções. Impede-se que condutas particularizadas sejam levadas à aplicação de penas preestabelecidas sem distinta consideração sobre os fatos apurados.

A individualização da pena tem o significado de eleger a justa e adequada sanção penal, quanto ao montante, ao perfil e aos efeitos penderes sobre o sentenciado, tornando-o único e distinto dos demais infratores, ainda que coautores ou mesmo corréus.²¹⁰

²⁰⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 482-483.

²¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 27.

O indivíduo é único dentro da sociedade e, sob essa perspectiva, cada infrator deve receber dos agentes incumbidos de aplicar a sanção o desenho real dos fatos que lhe são particularmente imputados, para o exercício real do direito de defesa.

Em um paralelo com os Direitos Penal e Processual Penal, deve o órgão controlador (interno ou externo) sopesar os fatos que geraram a tipicidade da conduta irregular ou ilegal e, ao aplicar eventual penalidade, considerar as situações fáticas, como a praxe administrativa, a participação direta do apenado, a medida de sua influência na tomada de decisão.

No Direito Penal, a individualização da conduta passa por determinados critérios de análise, como condições objetivas de aplicação da pena, imperativos cuja inobservância resulta em nulidade da condenação.

Ao juiz é imposto um limite inicial previsto pelo legislador quanto ao mínimo e máximo da pena *in abstracto*, devendo o magistrado eleger a quantidade ideal dentro dessa margem sancionatória. Em que pese a liberdade de convencimento, o dever de fundamentação é a tônica constitucional desta medida. Trata-se da fiel aplicação do princípio constitucional da individualização da pena²¹¹.

A fixação da pena-base será realizada com base nas circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, que indica como fatores a serem observados pelo juiz: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, comportamento da vítima. Ainda, deverá ponderar se a pena é suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Sobre esta pena base, o juiz seguirá com a análise das circunstâncias agravantes e atenuantes (segunda parte) e as causas de aumento e diminuição de pena (terceira parte).

Consoante Nucci, existem quatro modos de se individualizar a pena, cuja doutrina que os sustenta empresta às sanções administrativas a mesma lógica.

Há basicamente quatro modos de se individualizar a pena: a) pena determinada em lei, sem margem de escolha ao juiz; b) pena totalmente indeterminada, permitindo ao juiz fixar o *quantum* que lhe aprouver; c) pena relativamente indeterminada, por vezes fixando somente o máximo, mas sem estabelecimento do mínimo, bem como quando se prevê mínimos e máximos

²¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 14. ed. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 423.

flexíveis, adaptados ao condenado conforme sua própria atuação durante a execução penal; d) pena estabelecida em lei dentro de margens mínimas e máximas, cabendo ao magistrado eleger o seu *quantum*. Este último é, sem dúvida, o mais adotado e bem afeiçoado ao Estado Democrático de Direito.²¹²

Transferindo a proteção constitucional da individualização da pena ao Direito Administrativo Sancionador, não há na base ordinária da legislação infraconstitucional um paralelo de previsão geral com a indicação concreta de se verificar na legislação de regência a previsão de dosimetrias objetivas sob o mesmo paradigma da seara penal ou de se ater às limitações impostas pela proporcionalidade em sentido estrito: "o grau de restrição de direitos deve revelar perfeita simetria com a intensidade demandada para realização da finalidade pública resguardada pelo provimento sancionatório"²¹³⁻²¹⁴⁻²¹⁵.

Um exemplo acerca da utilização de requisitos semelhantes à ponderação e aplicação da pena na esfera penal em relação à sanção administrativa encontra-se na Resolução nº 5.083, de 27 de abril de 2016, da Agência Nacional dos Transportes Terrestres²¹⁶, que destaca regras sobre a competência fiscalizatória, requisitos atinentes à

²¹² NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 28.

²¹³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 497.

²¹⁴ A resolução da ANTAQ nº 3.274, de 2014, destaca uma fórmula de aplicação de sanções administrativas de acordo com a espécie (artigo 28) e gravidade, indicando a condição dos agentes como requisito para aplicação das sanções e sua modulação de acordo com o fato, de que é exemplo, o artigo 32, que destaca o tipo de infração com a modulação da pena a ser aplicada ao agente, já levando em consideração a gravidade da medida. A resolução subdivide-se em: disposições gerais (artigo 26 e seguintes), infrações comuns aos agentes (artigo 32), infrações das autoridades portuárias (artigo 33), infrações do arrendatário (artigo 34), infrações do operador portuário (artigo 35), infrações do autorizador (artigo 36). Destaca a classificação das infrações em leve, média, grave e gravíssima no artigo 37 e tipifica as condutas infracionais dos controladores e administradores no artigo 38.

²¹⁵ A resolução da ANTAQ nº 3.259, de 2014, alterada pela Resolução Normativa nº 6, de 2016, identifica quem são as autoridades responsáveis pela fiscalização e aplicação das sanções, bem como o procedimento do processo administrativo sancionador, estabelecendo os prazos e as formas de manifestação, com a previsão das garantias constitucionais do devido processo legal.

²¹⁶ Art. 67. "Para efeitos de aplicação de penalidades serão sempre consideradas as circunstâncias agravantes ou atenuantes, inclusive os antecedentes e a reincidência, atentando-se, especialmente, para a natureza e a gravidade da infração, para os danos resultantes, para os serviços, para os usuários e para a vantagem auferida pelo infrator. §1º São circunstâncias atenuantes, dentre outras:

I - a confissão da autoria da infração;

II - a adoção, voluntariamente, de providências eficazes para evitar ou amenizar as consequências da infração, ou para reparar, antes da decisão do processo ou de determinação da autoridade competente, os efeitos da infração;

III - a inexistência de infrações que tiverem o mesmo fato gerador, definitivamente julgadas, praticadas pelo mesmo infrator nos três anos anteriores.

§2º São circunstâncias agravantes, dentre outras:

I - a recusa em adotar medidas para reparação dos efeitos da infração;

II - levar alguém à prática de infração, mediante coação, induzimento ou instigação, ou, ainda, mediante oferta de pagamento ou recompensa;

identificação dos fatos aptos a ensejar infração administrativa (auto de infração), procedimento administrativo sancionatório, direitos de defesa, produção de provas e procedimento para a decisão, bem como sobre recursos. Em seu artigo 67, a Resolução minuciosa aspectos a serem observados na fixação da pena, dispondo sobre as circunstâncias atenuantes, agravantes e a reincidência.

Ponto de necessário destaque diz respeito à vinculação do instrumento normativo à aplicação da sanção administrativa. As premissas indicadas na Resolução 5.083 da ANTT, quando inobservadas, seja pela ausência de fundamentação quanto aos requisitos procedimentais e de aplicação da pena, seja em razão também da não aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade na análise subjetiva da conduta, ensejam reparação judicial. Neste ponto, é vedada a ponderação do julgador quanto à possibilidade de aplicação da sanção administrativa, cada núcleo das circunstâncias indicadas deve ser pesado, avaliado e descrito na decisão²¹⁷.

A individualização da sanção administrativa está intimamente ligada ao direito fundamental indicado no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição da República, como projeção do princípio da proporcionalidade.

III - praticar a infração para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou a vantagem de outra infração;

IV - a obtenção, para outrem, de vantagens resultantes da infração;

V - expor a risco a integridade física de pessoas;

VI - a destruição de bens públicos;

VII - a não correção da infração, conforme determinado no Auto de Infração.

§3º Ocorre reincidência quando o agente comete nova infração legal, regulamentar ou contratual, que tiver o mesmo fato gerador, depois de ter sido punido anteriormente por força de decisão definitiva, salvo se decorridos três anos, pelo menos, do cumprimento da respectiva punição.

§4º A ANTT disciplinará em ato específico, para cada setor regulado, os limites mínimo e máximo de acréscimo ou redução decorrentes da aplicação do disposto neste artigo".

²¹⁷ Entendemos que o Estado não possui a faculdade de imputar ou não a sanção diante do caso concreto. Todavia, diante da presença de elementos objetivos anteriormente previstos em lei, como nos casos de acordo de leniência, pode ocorrer a mitigação das sanções, inclusive abaixo do mínimo legal (Decreto nº 8.420/15, art. 23). Considerando os pressupostos que regem as contratações públicas (art. 86 e 87 da Lei 8.666/93), o gestor é obrigado a aplicar a sanção diante da infração apurada mediante regular processo administrativo.

Em destaque, apresentamos o posicionamento de Juliana Palma: "A atuação administrativa por meio de acordos firmados entre Poder Público e particulares no âmbito no processo administrativo, tendo por base a negociação de prerrogativas públicas, determinaria soluções obtidas em concreto e de forma bilateral, porquanto se formaliza no encontro de vontades entre Administração Pública e administrado. Ocorre que a consensualidade na prática do Direito Administrativo assume evidente viés pragmático, voltado à resolução de casos concretos, com negociação de prerrogativas públicas para alcançar a resposta mais eficiente. Em um cenário marcadamente complexo, em especial no âmbito das agências reguladoras, em que os problemas levados à deliberação pela Administração Pública são cada vez mais particularizados, a celebração de acordos administrativos demanda elevado grau de discricionariedade, para se adotar soluções efetivamente próximas ao caso concreto [...]". A autora destaca que a atuação administrativa consensual somente é possível quando houver expressa autorização legal. (PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Sanção e Acordo na Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 274).

Portanto, em qualquer processo de investigação de um fato tipificado como infração administrativa com a condenação do agente infrator, deverá a autoridade investida no poder de punir indicar na fundamentação de abertura dos autos qual o fato a ser apurado e a qualificação dos agentes envolvidos, indicar a participação individual de cada agente na materialização do ilícito (ou, ao menos, inicialmente, apresentar elementos suficientes para que se conheça da acusação e com isso se possa exercer de maneira completa o direito de defesa) e seguir o procedimento legal que garanta o pleno exercício de defesa.

Quando se apresenta o tema do processo administrativo sancionador na seara disciplinar, não se discute a necessidade de preenchimento dos requisitos dos artigos 2º da Lei nº 9.784/99 e 161 da Lei nº 8.112/90, combinados com o artigo 5º, inciso LV da Constituição da República²¹⁸.

Todavia, o mesmo não ocorre em relação aos processos administrativos perante as Cortes de Contas, que seguem uma dinâmica processual própria, em regra descrita nos próprios regimentos internos ou resoluções dos Tribunais de Contas. Esses instrumentos, apesar de assegurarem o devido processo legal de forma genérica, ainda pecam na inobservância dos requisitos essenciais para formação de um libelo acusatório apto a garantir a ampla defesa, com a indicação precisa dos atos imputados aos agentes de forma individualizada.

Podemos constatar nos Tribunais de Contas da União, do Estado de São e do Município de São Paulo que os processos de auditoria sobre gastos públicos de administradores são iniciados com um relatório técnico, com os achados de auditoria.

Nesse relatório, os fatos são apurados, em regra, apenas com a indicação do ordenador de despesas como responsável sobre as despesas, ainda na tônica de uma presunção ante todos os atos que culminaram na realização do gasto de dinheiro público.

A premissa há muito presente nas Cortes de Contas e que agora deve ganhar nova tônica diante dos requisitos previstos no artigo 22 da Lei de Interpretação às Normas de Direito Brasileiro refere-se à imputação objetiva na figura do ordenador de despesas enquanto aquele que deteria o conhecimento global do percurso e a obrigação de vigiar todos os atos

²¹⁸ "A descrição minuciosa dos fatos e a tipificação da conduta do autor ou dos autores são necessários na indicação – fase posterior à instrução e anterior à defesa – a fim de que seja possível a apresentação dos argumentos do indiciado. A apresentação genérica dos fatos, nessa fase, pode configurar assédio moral da autoridade instauradora contra o servidor ou outra forma de intimidação. Assim, a própria Comissão Processante deve ficar atenta para não ser instrumento de perseguições institucionais" (COUTO, Reinaldo. **Curso Prático de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 144).

produzidos até a efetivação da despesa. O assunto será melhor detalhado adiante, com a discussão sobre o processo e a decisão perante a Corte de Contas.

4.3. As fases de aplicação da pena

Na efetivação do cumprimento da norma constitucional no que se refere à individualização das sanções no processo administrativo sancionador, para que o julgador cumpra a determinação de isolar o comportamento do acusado e consequentemente medir a quantificação da pena, deve seguir o paradigma estipulado no Direito Penal pátrio, substrato do *jus puniendi* uno do Estado.

Inicialmente, o julgador deve se pautar na fixação da pena-base indicada no preceito secundário da norma sancionadora, principalmente no que tange às margens mínima e máxima, bem como no que diz respeito à gradação do ato praticado²¹⁹.

Conforme exposto anteriormente, a motivação deve ocorrer em todas as fases do processo administrativo e não constitui mero capricho do julgador.

Desta forma, ao separar no corpo da decisão os fatos atribuídos à conduta do sancionado, deverá o julgador relacionar os seguintes elementos extraídos do artigo 59 do

²¹⁹ "21. Nesta esteira, verifica-se que tanto o artigo 59 do Código Penal, quanto o artigo 128 da Lei nº 8.112/90 conferem efetividade ao princípio constitucional da individualização da pena, cuja legitimidade também se apoia na própria dignidade da pessoa humana. A culpabilidade e as peculiaridades do caso concreto são, portanto, indispensáveis para fixação da sanção disciplinar adequada (MADEIRA, 2008).

22. Dessa forma, ao analisar a dosimetria da sanção disciplinar, tem-se que é marcante o fato de não ser possível a previsão legal minuciosa das faltas funcionais e, assim, das respectivas repercussões que cada uma delas acarretará ao interesse público. Verifica-se que não há uma correspondência tão precisa entre a infração e a sanção, como ocorre no Direito Penal, cujo regime jurídico e tipos de delitos são possíveis de serem tipificados de modo mais detalhado ou exaustivo (PEREIRA, 2007b).

23. Assim, observada a vinculação da pena ao enquadramento, a autoridade julgadora, amparada na Lei nº 8.112/90, deve, para ilícitos cuja pena base é a advertência, graduar entre aplicação de advertência ou suspensão (parte final do seu art. 129); e, na sequência, se decidido pela aplicação da suspensão, deve graduar a quantidade de dias a suspender o infrator, conforme dispõe o art. 130 da mesma Lei.

24. Portanto, de acordo com os arts. 128, 129 e 130 da Lei nº 8.112/90, tem-se que, para realizar a dosimetria das penalidades quando a conduta praticada pelo servidor não se enquadrar nas tipificações previstas para a aplicação da penalidade de demissão, a autoridade administrativa julgadora deve verificar, para fins de cumprimento do princípio constitucional da individualização da pena, quais fatores estão presentes e qual o peso de cada um, dentre aqueles listados: 1) a natureza da infração cometida; 2) a gravidade da infração cometida; 3) os danos que dela provierem para o serviço público; 4) as circunstâncias agravantes; 5) as circunstâncias atenuantes; 6) os antecedentes funcionais" (Disponível em: <<https://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/enunciados-em-atividade-disciplinar/arquivos/relatorio-dosimetria-da-pena.pdf>>. Acesso em 22 jul. 2019).

Código Penal brasileiro: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências, reprovação da conduta²²⁰.

Uma vez atribuída a pena-base com a devida avaliação dos elementos indicados, deve a decisão enfatizar as circunstâncias agravantes e atenuantes²²¹ genéricas ou indicadas na norma de referência e, por fim, a possibilidade de aumento ou diminuição da pena²²².

Em processos em julgamento perante órgãos de controle externo, é imperioso o detalhamento e individuação das condutas praticadas pelos agentes, com a finalidade de identificação do grau de responsabilidade de cada um e a correspondente penalidade de acordo com a culpabilidade.

No primeiro momento de aplicação da sanção, presume-se que o julgador já realizou o juízo de análise da tipicidade, ilicitude e suas exclusões e após essa ponderação concluiu pela realização do ilícito e consequente aplicação da pena.

A fixação da pena inicia-se com a análise da culpabilidade, com a apuração das situações em que o ilícito foi praticado, das dimensões do prejuízo causado ao erário, da reprovação social da conduta, inclusive quanto à repercussão diante da sociedade e demais pares.

Naturalmente este postulado da culpabilidade deverá ser motivado e correlacionado aos fatos, por isso, entendendo ilegal a cominação genérica de penalidade aplicada pelos Tribunais de Contas como se a ilegalidade investigada resultasse da ação conjunta dos

²²⁰ "PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DOSIMETRIA DA PENA. IMPUGNAÇÃO PELA VIA RECURSAL. Inexiste nulidade procedimental a ser declarada no fato da autoridade administrativa imputar ao sindicado penalidade superior à sugerida pela comissão sindicante, porquanto a dosimetria da pena é ato a ser praticado exclusivamente pela autoridade administrativa, ficando possibilitado ao interessado manifestar sua insurgência quanto a dosimetria da pena pela via recursal" (TRT-12 - RecAdm: 00008649720115120000 SC 0000864-97.2011.5.12.0000, Relator: Ligia Maria Teixeira Gouvea, Secretaria do Tribunal Pleno, p. 07 nov. 2012).

²²¹ Acórdão 2549/2019 Plenário (Pedido de Reexame, Relator Ministro-Substituto Weder de Oliveira) "Responsabilidade. Declaração de inidoneidade. Tratamento diferenciado. Dosimetria. Circunstância atenuante. Microempresa. Pequena empresa.

A mera participação de licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, amparada por declaração com conteúdo falso, configura fraude à licitação, tipificada no art. 90 da Lei 8.666/1993, ensejando, por consequência, aplicação da penalidade do art. 46 da Lei 8.443/1992. A ausência de obtenção de vantagem pela empresa, no entanto, pode ser considerada como atenuante no juízo da dosimetria da pena a ser aplicada, em função das circunstâncias do caso concreto".

²²² "ADMINISTRATIVO AÇÃO CIVIL PÚBLICA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PENAS DOSIMETRIA. Na fixação das penas previstas na Lei nº 8.429/92 o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente (art. 12, parágrafo único). Prejuízo e proveito patrimonial modestos. Sanção bem dosada. Sentença mantida. Recurso desprovido" (TJ-SP. APL: 03891726520098260000 SP 0389172-65.2009.8.26.0000, 9. Câm. Dir. Publ., Rel. Décio Notarangel, j. 25 set. 2013, p. 26 set. 2013).

agentes em identidade de grau e medida. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo reconheceu a ilegalidade parcial de julgamento que num primeiro momento aplicou a mesma pena aos três gestores investigados, mesmo que um deles tenha figurado à frente da Pasta por apenas oito dias²²³.

Guilherme Nucci, ao discutir a individualização da pena, destaca que não se amolda ao ordenamento jurídico pátrio o critério de fixação da pena-base indicada genericamente no mínimo ou máximo legal.

Fatores psicológicos, sociológicos, antropológicos, entre tantos outros, fazem parte do exigente contexto idealizado pelo legislador para a eleição da pena justa, cujo alicerce é, como já frisado, constitucional. O que de útil nos legou a Escola Antropológica do Direito Penal é justamente a constatação de que não se pode igualar o desigual e que, se a pena busca regeneração como *um* dos seus fins, não se pode afastar a matéria extrapenal desse processo. A missão do julgador na avaliação subjetiva do réu, longe de representar desapego à legalidade, insegurança para o acusado, fomento à discricionariedade exagerada ou mesmo incremento do abuso punitivo, representa seu dever legal e constitucional.²²⁴

Um fator que pode ser relevante na apreciação dos julgamentos perante as Cortes de Contas é a análise dos casos de reincidência. Um modulado comum nos julgamentos consiste nas determinações ou recomendações aos gestores públicos para atentarem sobre determinados elementos que foram constatados durante o procedimento de auditoria.

O gestor que não atende às indicações das Cortes de Contas pode incorrer na fixação da pena-base exorbitando o mínimo, além de ensejar outras ocorrências. O TCU entende ser tipificado como erro grosseiro o descumprimento, sem a devida motivação, de determinação expedida pelo TCU, pois a conduta refletiria a inobservância do dever de cuidado²²⁵.

²²³ TCE-SP: TC – 002718/026/08: "[...] RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO APENAS PARA REDUZIR A PENALIDADE APLICADA AO GESTOR PRINCIPAL E CANCELAR A MULTA ATRIBUÍDA AOS DEMAIS GESTORES – CONSIDERADAS PENALIZAÇÕES APLICADAS EM JULGAMENTOS ANTERIORES E TEMPO DE PERMANÊNCIA NA GESTÃO DA UNIVERSIDADE – AFASTADAS FALHAS RELATIVAS À EXISTÊNCIA DE DÍVIDA PREVIDENCIÁRIA, DESPESAS COM PASSAGENS AÉREAS, LIMITE DE GASTOS COM PESSOAL, AQUISIÇÃO DE MEDICAMENTOS, CONTRATOS DE TRABALHO TEMPORÁRIO E AJUDA DE CUSTO PARA SERVIDORES".

²²⁴ NUCCI. Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 160-161.

²²⁵ Acórdão 1941/2019 - Plenário. Relator: Augusto Nardes. Processo nº 023.072/2017-2, data da sessão: 21/08/2019. "[...] 11. Alguns procedimentos revelam que a conduta minimamente razoável para um órgão jurisdicionado não foi seguida, entre as quais: (i) não prestar adequadamente esclarecimentos nos contatos telefônicos realizados pelo Tribunal; (ii) acelerar contratação sem que tenha sido cabalmente evidenciado o

Denota-se que, para efeitos de aplicação de uma sanção mais elevada, o descumprimento de determinação das Cortes de Contas deve ocorrer por omissão dolosa ou ausência de motivação, somente nessas hipóteses entendemos ser possível configurar-se o erro grave.

Outra situação a ser considerada na aplicação da sanção reside na identificação de eventuais situações práticas que possam ter colaborado para o resultado danoso, como indica o artigo 22 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

O julgador deverá levar em consideração as situações práticas e dificuldades enfrentadas pelo gestor na análise do caso concreto e na ponderação para efeitos de medição da pena individualizada. Nesse crivo de ponderação sobre o fato concreto, diante da aplicação da pena, a motivação deverá ser no sentido de que as circunstâncias não serviram para ensejar a exclusão de conduta dolosa ou erro grave e, no caso de estarem presentes situações ordinárias atinentes à prática da Administração Pública, será operado um maior juízo de exclusão de conduta diversa.

cumprimento de decisão desta Corte de Contas que a condicionava; (iii) contratar empresa com higidez financeira questionável desde o início do procedimento, fortemente demandada judicialmente; e (iv) realizar contratação sem que tenha sido justificada sua vantajosidade e alicerçada em pesquisa de preços com falha metodológica, mesmo após decisão do TCU condicionar a contratação à correção dessa falha metodológica.

[...]

20. Assim, nesta Corte de Contas, para finalidade de aplicação de sanções administrativas, entre as quais as multas, há que se verificar a ocorrência de dolo ou erro grosseiro por parte do administrador público.

21. O entendimento jurisprudencial do TCU vem se inclinando no sentido de considerar que, para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas, considera-se erro grosseiro o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave (Acórdãos 2.391/2018-TCU-Plenário, Relator: Min. Benjamin Zymler, 2.924/2018-TCU-Plenário, Relator Min. José Mucio Monteiro, 11.762/2018-TCU-2ª Câmara, Relator: Min. Marcos Bemquerer, e 957, 1.264/2019 e 1.689/2019, todos do Plenário desta Corte e de minha relatoria).

[...]

26. No tocante ao art. 22 desse normativo, tendo em consideração que a contratação objeto dos autos pretendia substituir contrato de prestação de serviços contínuos, inexistiu qualquer fato fortuito, de força maior ou imprevisível. Assim, não vislumbro obstáculos e dificuldades reais enfrentados pelo gestor que pudessem ser considerados para alterar o juízo de valor a respeito dos fundamentos da aplicação da multa prevista no art. 58 da Lei 8.443/1992 nos presentes autos.

27. Entendo que tal sanção está adequadamente dosada em função da natureza e gravidade das infrações cometidas, bem como do dano causado ao erário (não comprovação da vantajosidade da adesão a ARP 001/2017-Docas-CE). Ademais, pondero que inexistem nos autos circunstâncias atenuantes ou mesmo antecedentes do responsável que possa modificar a sanção aplicada, pois, como visto, tratando-se de contratação de prestação de serviços contínuos, a administração deve zelar para que os procedimentos licitatórios sejam tempestivos para que possa findar antes do término do contrato que irá encerrar".

4.4. A individualização da sanção administrativa: pessoas físicas e jurídicas estão na mesma esfera de proteção?

Não resta dúvida quanto à obrigatória observância do instituto da individualização da conduta na seara administrativa sancionatória, indicativo dos princípios constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV) e da própria garantia da individualização da conduta (artigo 5º, inciso XLVI), avaliados sob as premissas da razoabilidade e da proporcionalidade.

Todavia, resta a análise de sua aplicação efetiva no processo administrativo, principalmente quando voltado a pessoas jurídicas, cujo tratamento jurídico levantou divergências doutrinárias.

A título ilustrativo, a Lei nº 9.605/98, que trata dos crimes ecológicos, prevê a responsabilidade da pessoa jurídica nas esferas administrativa, civil e penal. Entretanto, discute-se a necessária penalização da matéria, em razão do princípio da intervenção mínima²²⁶.

O problema envolve a dificuldade prática de analisar o comportamento da pessoa jurídica em relação ao fato sancionável, uma vez que, apesar do ordenamento jurídico conferir-lhe personalidade, sua vontade é expressa fundamentalmente por meio de pessoas físicas.

A Lei Ambiental 9.605/98 prevê em seu artigo 2º a coautoria do diretor, administrador, membro do conselho e do órgão técnico, auditor, gerente, preposto, mandatário da pessoa jurídica que, sabendo da conduta ilícita, não agiu para evitar o evento danoso.

Na esfera criminal, a jurisprudência tem se consolidado no sentido de obstar denúncias sem a especificação individual da participação de cada agente, inclusive com a descrição da conduta atribuída à pessoa jurídica envolvida²²⁷.

²²⁶ Luiz Regis Prado entende que a orientação político-criminal deva ser feita de maneira limitada e cuidadosa (PRADO, Luiz Regis. **Crimes Contra o Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 17).

²²⁷ "RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 53.200 - RJ (2014/0284589-5). RELATOR: MINISTRO JORGE MUSSI. RECORRENTE: ERICK LANE ROCHA DA SILVA CAVALCANTE. RECORRENTE: ROBERTO MOREIRA ABICAIR. ADVOGADOS: RAFAEL CUNHA KULLMANN, JOÃO VIEIRA DE CASTRO LINS. RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME AMBIENTAL (ARTIGO 54, § 2º, INCISO V, DA LEI 9.605/1998). INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA LIGAÇÃO DOS RECORRENTES COM A SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM QUE OCORRIDO O DELITO. NEXO CAUSAL

Todavia, persiste a argumentação quanto ao mesmo arranjo procedimental para as sanções administrativas, ou seja, as condutas devem ser individualizadas previamente à aplicação da sanção administrativa ou poderia a pessoa jurídica ser albergada no momento da penalização, sem que antes tenha sido destacada sua participação para o resultado danoso apurado?

De início, seria possível considerar o ilícito administrativo num plano secundário, relativo a causas menos complexas, todavia, quando estudados os efeitos produzidos pelas sanções corretivas aplicadas às pessoas jurídicas, verifica-se que o sistema de multas e impedimentos administrativos gera maior repercussão na atividade daquelas, uma vez que efeitos penais não lhe atingem com o mesmo impacto que causam à pessoa física.

Há que se ressaltar os possíveis conflitos entre o Direito Administrativo na recente roupagem da espécie sancionadora e o Direito Penal, como a dupla tipificação e aplicação de penalidade, entre outros aspectos, mas que não serão aqui discutidos porque não relacionados à presente abordagem.

A vantagem das sanções administrativas em relação às pessoas jurídicas, entre outros atributos, reside na desnecessidade de discussão quanto à culpabilidade (muito debatida em processos criminais de pessoas físicas) ante à imputação objetiva, pela impossibilidade de aferição efetiva de sua vontade. Conforme indicado alhures, a tipificação das condutas pode ser completada pela Administração e julgada por órgãos que compõem a mesma pessoa, sem inferir em inconstitucionalidade.

Todavia, não existe nenhum recuo quanto às garantias processuais, principalmente em razão de sua expressa previsão constitucional, como consta do artigo 5º, incisos II, X, XI,

NÃO NARRADO. AMPLA DEFESA PREJUDICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. INSURGÊNCIA PROVIDA. 1. A hipótese em apreço cuida de denúncia que narra supostos delitos praticados por intermédio de pessoa jurídica, a qual, por se tratar de sujeito de direitos e obrigações, e por não deter vontade própria, atua sempre por representação de uma ou mais pessoas naturais. 2. A tal peculiaridade deve estar atento o órgão acusatório, pois embora existam precedentes desta própria Corte Superior de Justiça admitindo a chamada denúncia genérica nos delitos de autoria coletiva e nos crimes societários, não lhe é dado eximir-se da responsabilidade de descrever, com um mínimo de concretude, como os imputados teriam agido, ou de que forma teriam contribuído para a prática da conduta narrada na peça acusatória. 3. No caso, olvidou-se o órgão acusatório de narrar qual conduta voluntária praticada pelos recorrentes (um de profissão ignorada e outro engenheiro) teria dado ensejo à poluição noticiada, sequer apontando a ligação que teriam com a sociedade empresária em questão (se seriam sócios, administradores ou empregados), circunstância que, de fato, impede o exercício de suas defesas em juízo na amplitude que lhes é garantida pela Carta Magna. 4. Diante do reconhecimento da inaptidão da peça vestibular em apreço, resta prejudicado o exame da aventada falta de justa causa para a persecução penal. 5. Recurso provido para declarar a inépcia da denúncia ofertada contra os recorrentes nos autos da Ação Penal n. 0156207-68.2013.8.19.001, julgando-se prejudicada a análise da alegada ausência de justa causa".

XII, XXXIII, XXXV, LIII, LIV e LV, bem como do artigo 37, sendo imprescindível que a conduta da pessoa jurídica seja individualmente descrita, em nome da ampla defesa e da segurança jurídica na relação processual.

5. FORMAS DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Até o presente momento analisamos a composição do sistema punitivo do Estado, optando pela doutrina da unidade e correlação das sanções administrativas e criminais, notadamente quanto ao diálogo entre suas garantias constitucionais.

Conceber as sanções em seu caráter retributivo a um mal praticado pelo agente demanda que o Estado assegure garantias constitucionais aos apenados no geral, como a necessária análise da culpabilidade, pressuposto da prática da infração administrativa.

Quando a culpabilidade integra o comportamento do agente, a ponderação sobre o dolo, a culpa e o erro grosseiro impõem a individualização de sua conduta em relação ao fato apontado como ilícito, a culminar na obrigatoriedade de motivar o quanto de pena lhe caberá em função de sua participação no resultado danoso.

Convém uma visão panorâmica sobre as formas de controle da Administração Pública, para que se proceda então ao aprofundamento sobre a observação do exposto até o momento no que concerne às decisões proferidas pelos Tribunais de Contas.

O controle deve ser analisado como um princípio jurídico, sem o qual esvazia-se a concepção de poder público. Caracteriza-se como o princípio material de Direito Público, hábil a proteger o interesse público, mediante análises prévias, concomitantes ou posteriores dos atos da Administração, com a finalidade de fiscalizar o cumprimento efetivo da vontade social, orientar o caminho correto e corrigir as falhas que impeçam o cumprimento da norma de regência.

O objeto da função controle, na atualidade, deve ser compreendido em sua visão mais nobre, enquanto vetor do processo decisório na busca do redirecionamento das ações programadas. São, assim, instrumentos da função: a revisão dos atos, a anulação, a admoestação e a punição dos agentes, sempre visando à reorientação do que está em curso, para obter o aperfeiçoamento.²²⁸

²²⁸ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 34-35.

As escolhas realizadas pelos administradores públicos devem adequar-se ao espírito da lei, posto que afetas ao bem público e, bem assim, aos interesses coletivos, que devem prevalecer sobre vontades egoístas.

Quando confeccionado um ato administrativo, que revela a vontade da Administração Pública, a primeira situação é correlacioná-lo à expressão da norma jurídica, enquanto resultado de uma vinculação normativa ou de um espaço de escolha conferido pela competência discricionária e inserido em parâmetros legais.

A legislação, os atos administrativos e as decisões judiciais podem ser objeto de controle. Não cabe, assim, logicamente, classificá-lo como uma quarta função do Estado. Tanto é possível identificá-lo em simples etapa da elaboração de lei, de pronunciamento judicial ou da ação administrativa, quanto, de modo autônomo, na própria lei, sentença ou decreto. Imaginamos verticalmente os três Poderes do Estado, o de controle não se alinharia em paralelo, mas figuraria de modo transversal.²²⁹

Avalia-se, portanto, as escolhas do Estado, principalmente em razão dos nortes constitucionais fixados na lei maior, bem como as motivações dessas escolhas, vinculando-as aos administradores.

As decisões genéricas, principalmente as fundamentadas em conceitos abertos, como conveniência e oportunidade, não servem para albergar a indicação de um caminho como mais eficaz, a estas devem se somar as questões sociais, econômicas, financeiras, ambientais, entre outras, para assim assegurar o direito fundamental à boa administração²³⁰.

Juarez Freitas apresenta o tema, com destaque para o seguinte trecho:

O Estado Democrático de Direito, em sua crescente afirmação (nem sempre linear) da cidadania, tem o compromisso de facilitar e prover o acesso ao direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de

²²⁹ ZAIDMAN, Luiz. **As funções das Cores de Contas brasileiras à luz da teoria do controle jurídico**. Belém, 1973, p. 11. Apud: JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 36.

²³⁰ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

observar, nas relações administrativas, a coerência da totalidade dos princípios constitucionais e correspondentes prioridades.²³¹

O exercício da função administrativa é sujeito ao controle interno e ao controle externo realizado pelos Poderes Legislativos, Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas.

Esse controle abrange todos os poderes e órgãos da Administração Pública direta e indireta, de modo que todas as vezes que se manifeste a função administrativa, o exercício do controle estará implícito. Afigura-se como medida sobre os casos de estapolação ou correção de rumos administrativos, visando que a Administração Pública, ou quem exerça a função pública ou receba dinheiros e bens públicos, busque sempre atingir o interesse público, em cumprimento aos princípios constitucionais da boa administração: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência e outros princípios esparsos.

Atualmente, a participação dos cidadãos tem ganhado destaque no exercício do controle da Administração Pública. Políticas de combate à corrupção têm encorajado os cidadãos a pesquisarem sobre as origens e aplicação de recursos, bem como a provocarem os órgãos de controle interno e externo para que efetivem suas competências inerentes.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro²³² pontua como meios de participação do particular na Administração Pública direta e indireta o disposto no §3º do artigo 37 da Constituição: “I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre os atos de governo, observando o disposto no artigo 5º, incisos X e XXXIII; III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na Administração Pública”. A autora destaca que o dispositivo foi parcialmente disciplinado pela Lei de Acesso a Informações (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011).

²³¹ FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 21.

²³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 808-809.

Em acréscimo, figuram outros meios de participação, como o direito de petição previsto na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, sendo a obtenção de resposta direito inerente e passível de provocação por todos os meios de controle.

O Ministério Público merece destaque como órgão de principal competência para o controle externo, em razão de titularizar a ação penal pública incondicionada e a ação civil pública, meios aptos ao exercício correlato de forças no papel de investigar e apurar os atos praticados na função administrativa. Sem menos importância, os Tribunais de Contas possuem qualificado corpo técnico para investigar com ampla eficiência contratações e gastos públicos, com a participação do cidadão por meio de representação ou do exercício do direito de petição²³³.

O atual discurso sobre governabilidade muito se relaciona com os controles interno e externo da função administrativa. A criação de meios de vigilância associados à rede mundial de computadores e a instrução da sociedade representam um passo nessa direção. Conforme veremos adiante, a sociedade clama cada vez mais por transparência e meios de acesso a informações sobre os gastos públicos, visando a sua participação direta.

As Assembleias Estaduais e as Câmaras Legislativas de diversas cidades há tempos contam com o “Orçamento Participativo”, através do qual a destinação de parte dos recursos públicos a ser discriminada nas leis orçamentárias é diretamente discutida e votada com a sociedade.

As próprias leis orçamentárias nasceram da necessidade de controle sobre a função administrativa, neste sentido:

Mesmo não sendo possível ignorar que o orçamento, desde o início, representou uma importante conquista como instrumento disciplinador das finanças públicas, sua função principal foi a de possibilitar aos órgãos de representação um controle político sobre os Executivos. O orçamento e os demais elementos financeiros estavam a serviço da concepção de Estado Liberal, preocupado em manter o equilíbrio financeiro e evitar ao máximo a

²³³ Vide o exemplo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, que possui enorme corpo técnico de engenheiros, contadores, administradores, advogados, além de dispor de meios de realização de ensaios técnicos de engenharia e visualização de obras por meio de *drones* que resultam em qualificados laudos técnicos, servindo atualmente de referência tanto para a sociedade como para o Ministério Público fundamentar suas ações, bem como para a magistratura exercer com imparcialidade e segurança seu dever jurisdicional. A existência de órgãos de controle é uma necessidade da democracia, qualquer movimento no intento de diminuir seus poderes de atuação, bem como movimentos que visem seu encerramento devem ser vistos como manipulação corrupta para beneficiar apenas àqueles que pretendem se apropriar de bens públicos e temem ser descobertos.

expansão de gastos. Glastone, célebre ministro das finanças da Inglaterra (1868-74), considerava que as despesas que excedessem “...as legítimas necessidades do país constituíam não apenas desperdício pecuniário, mas um grande mal político e, acima de tudo, moral”.²³⁴

A participação popular há muito vem sendo possibilitada e a preocupação com os meios de publicidade dos gastos públicos tem sido constante nos Estados em que ocorre maior interação da população no que tange à fiscalização dos gastos públicos.

No âmbito dos Tribunais de Contas, a representação constitui um mecanismo de controle através do qual qualquer cidadão pode indicar eventuais irregularidades em editais, execuções contratuais, ou seja, sobre todas as matérias de competência das Cortes de Contas.

5.1. Princípios Específicos da Atividade de Controle

Jacoby Fernandes²³⁵ apresenta alguns nortes principiológicos que deveriam estar presentes em todas as atividades de controle, visando a eficiência, transparência, legalidade e legitimidade deste exercício.

O princípio da segregação de funções destaca que para o controle surtir o efeito desejado, as questões devem ser analisadas fora do ambiente controlado, sendo indispensável que a estrutura de controle possua uma identidade própria. Como deve ocorrer, por exemplo, no caso de licitações da Administração Pública, o órgão de controle interno não deve ser composto pelos mesmos servidores que compõem o corpo técnico do certame, preferencialmente devem situar-se fora do mesmo ambiente funcional, para prevenir interferências pessoais também de ordem afetiva.

Ademais, os agentes designados para exercer a atividade de controle não devem estar vinculados a outra atividade na esfera administrativa, pois a relação hierárquica dentro do sistema pode ocasionar empecilhos ao agente, caso investido em mais de uma função.

No que tange à eficiência na atividade de controle, o Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos citados por Jacoby Fernandes, assim se posicionou:

²³⁴ GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 57.

²³⁵ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 40-51.

[...] nenhum servidor ou seção administrativa deve controlar todos os passos-chave de uma mesma transação ou fato. Tendo presente que determinados órgãos possuem uma estrutura com reduzido número de servidores insuficiente para se distribuir, individualmente, todas as responsabilidades-chave, poderá ser utilizada a sistemática do rodízio de tarefas, incentivo ou determinação de férias anuais. Nesse mesmo sentido não se pode permitir que as funções de licitar, liquidar a despesa e pagá-la sejam exercidas pelo mesmo servidor. Também não se admite que um mesmo servidor atue como pregoeiro e como autoridade competente para homologar o certame.²³⁶

O princípio da segregação de funções é de suma importância e basilar para o presente trabalho, pois indica justamente a necessidade de se individualizar as ações dos meios de realização dos gastos públicos. Denota-se que dito princípio vem indicado no Guia de Boas Práticas em Contratação de Soluções de Tecnologia da Informação do TCU²³⁷ e julgamentos destacam a importância de sua aplicação.

Assim, a ponderação sobre a individualização da conduta e correspondente sanção deve levar em consideração a indicação e necessidade de observação do princípio da segregação de funções. Reconhecer a necessidade de dividir as responsabilidades como meio de melhor integrar a máquina pública também deve servir de paradigma para determinar como cada agente agiu diante da apuração de uma irregularidade.

De acordo com o princípio da independência técnico-funcional, a atividade de controlar deve estar garantida e protegida de interferência externa de qualquer natureza. O princípio visa assegurar ao agente encarregado da fiscalização absoluta autonomia e que a análise do objeto de controle não dependa de nenhum fator externo. Inclusive as relações de hierarquia funcional são mitigadas nesse segmento, não se tolera que o superior indique o resultado a ser alcançado. O superior hierárquico poderá determinar a realização de uma atividade de controle, que não poderá ser ignorada pelo subordinado, mas sem indicar o resultado que espera da conclusão desta atividade²³⁸. Naturalmente, caso o superior discorde

²³⁶ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 42.

²³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação: riscos e controles para o planejamento da contratação**. Versão 1.0. Brasília: TCU, 2012, p. 233.

²³⁸ “As consequências da hierarquia são, entre outras, a unidade de direção, a revisão dos atos, a aplicação de sanções, a obediência, a substituição no desempenho das funções e a resolução dos conflitos de atribuição” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 75).

do parecer proferido, poderá pronunciar-se nos autos do processo administrativo, todavia o conteúdo e a materialidade do parecer discordante devem ser preservados.

O princípio da relação custo-benefício prevê que a atividade administrativa deve sempre ser orientada pelo interesse público, contemplando a eficiência, ou seja, a obtenção de resultado com o melhor custo-benefício. A atividade de controle traduz um custo público que não pode superar o custo do objeto a ser verificado. Assim, ao se designar uma força de trabalho para investigar determinado objeto, deve-se levar em consideração o custo a ser despendido nessa atividade: caso superior ao objeto, não se justifica desempenhar um esforço excessivo para um resultado negativo.

O princípio da qualificação adequada traduz a ideia de que para a atividade de controle atingir um grau de eficiência é indispensável que o agente investido detenha o conhecimento técnico necessário para desenvolvê-la de forma ampla e precisa, fornecendo o suporte técnico pertinente para tratar dos problemas evidenciados, comparando possíveis soluções e optando pelas de melhor aproveitamento. Para chegar nesse nível de preparo, a Administração deve garantir que o controlador tenha uma qualificação superior ao controlado e, conforme pontua Jacoby, alguns requisitos devem ser observados pela mesma:

- a) seleção rigorosa de pessoal e reposição permanente do efetivo;
- b) treinamento sistemático e multidisciplinar;
- c) rodízio de funções, com vistas ao desenvolvimento multifuncional dos agentes e redução/eliminação de fraudes;
- d) política de remuneração e premiação;
- e) desenvolvimento de unidade de doutrina, que valorize a ação do controle, os princípios éticos e as iniciativas de ação;
- f) estabilidade ou garantia de emprego contra despedida arbitrária.²³⁹

O resultado esperado com a aplicação desses atributos é que o agente público não se corrompa nem se omita ao exercer as tarefas relativas ao controle.

O princípio da aderência a diretrizes e normas reforça a distinção entre administrar e controlar, de tal modo que o agente controlador deve considerar o que de fato realizou o controlado, se está em conformidade com o ordenamento jurídico ou não, ainda que

²³⁹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 46-47.

o controlador, detendo conhecimento técnico sobre a questão, entenda não ter sido aquela a melhor opção, isso dentro de uma margem de licitude da despesa, ou seja, desde que garantida a observação da economicidade.

A nova Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dispõe, no artigo 22, que na interpretação das normas sobre gestão pública deverão ser consideradas as dificuldades reais do gestor, vale dizer, o controlador, mesmo não concordando com o resultado alcançado pelo controlado, deve se ater às condições pelas quais o administrador se pautou para chegar à conclusão de que o caminho percorrido era o melhor para atingir o resultado almejado.

O julgamento a ser realizado pelas Cortes de Contas deve obrigatória e motivadamente dispor sobre as circunstâncias em que o gasto foi realizado, mesmo que seja para classificá-las como ordinárias e sem afronta à obrigação de regular atenção do gestor público sobre as normas de regência.

Edilson Pereira Nobre Júnior destaca:

Com o §1º, o legislador, decerto repetitivo, renova sua preocupação em expor a importância da consideração da realidade por parte do aplicador das regras administrativas. Especialmente, dirige-se às decisões em procedimentos nos quais é apurada a responsabilidade administrativa de agente público. O mandamento se volta à competência disciplinar e para a aferição jurisdicional de improbidade administrativa.

Desse modo, a autoridade julgadora, judicial ou administrativa não poderá desconsiderar – e, por isso, **é impositiva a motivação específica** – as circunstâncias que, no mundo real, fático, houverem imposto, limitado ou condicionado a atuação do agente.²⁴⁰

Assim, a individualização da conduta ganha mais um alicerce: a necessidade de ponderação sobre os fatos circunscritos à realização do ato administrativo sob investigação que, para serem devidamente motivados, devem dispor sobre a atuação dos agentes. Isso somente torna-se possível com a classificação de como cada um agiu de forma individualizada.

²⁴⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 90-91.

5.2. Espécies de Controle

Os poderes da República – Legislativo, Executivo e Judiciário – devem manter de forma integrada um sistema de controle interno²⁴¹ de suas contas, com finalidade fiscalizatória e para melhor aplicação do dinheiro público.

Preleciona Benedito Antonio Alves:

A norma constitucional exige que os três Poderes da República mantenham, de forma integrada, o controle interno de suas contas, com o escopo de aplicar de forma legal, eficiente e eficaz o dinheiro público, o que se faz, na prática, por meio de contabilidade gerencial e financeira, posto que a fiscalização da execução orçamentária efetua-se a partir das informações contábeis. Esse sistema de controle opera-se de forma integrada e, mesmo que cada Poder tenha o seu próprio controle interno, na prática, o sistema é coordenado pelo Poder Executivo (por meio do Órgão Central de Contabilidade da União, art. 50, §2º, da LRF), a quem compete, ao final de cada exercício financeiro, preparar a prestação de contas conjuntas, o que se faz com base nas informações contidas nas contas consolidadas de todos os Poderes, nos moldes do disposto no art. 50 da LRF e nos demais dispositivos legais aplicáveis à espécie. Como a contabilidade evidencia os fatos ligados à administração orçamentária, financeira, patrimonial e industrial (art. 89 da Lei n. 4.320/64), o controle interno é fundamental para o êxito da administração, pois, com base nas informações contábeis, o administrador se orienta na tomada de decisões e no controle dos atos praticados na gestão do erário.²⁴²

O fundamento do controle interno encontra-se no poder de autotutela da Administração, que lhe concede a oportunidade de rever seus atos, bem como anulá-los, revogá-los e propor novos atos corrigidos e dirigidos para as reais finalidades sociais.

O enfoque do sistema de controle interno da Administração Pública inicialmente propunha-se aos fins meramente contábil e financeiro. Com o advento da Constituição cidadã, estendeu-se à auditoria, principalmente enquanto elemento preparatório para o controle externo.

²⁴¹ O Supremo Tribunal Federal, desde 1969, fixou entendimento quanto ao controle interno por meio da Súmula nº 473: "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

²⁴² ALVES, Benedito Antonio. Comentário a artigo. In: **Constituição Federal Interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.). 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 476.

O artigo 70 da Constituição da República destaca que deverá prestar contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações pecuniárias. O artigo 84, por sua vez, impõe ao Chefe do Executivo a prestação de contas ao Legislativo, com a análise prévia dos Tribunais de Contas.

Com a Reforma Administrativa de 1998, resultante da Emenda Constitucional 19, voltou-se a Administração Pública à busca do resultado eficaz, conformando-se assim o início da implementação do sistema de gestão pública.

Conforme Domingos Poubel de Castro, tornou-se premente a reorganização administrativa:

A administração gerencial vinha sendo aplicada cada vez mais por diversos países do mundo democrático. Ela trazia implícita a ideia de que o Governo deve focalizar sua atenção sobre o cidadão resgatando a função pública como instrumento do exercício da cidadania. Toda ação do Governo deveria ser realizada tendo como finalidade a melhoria da qualidade dos serviços públicos.

Neste modelo, os mecanismos de controle precisam de reorientação. Devem ser revistos os procedimentos burocráticos acostumados a olhar para o passado e para os processos. É necessário, portanto, atentar para o futuro, concentrar-se nos resultados, ou seja, no objetivo em si. Foi por causa desta mudança de foco que surgiu no SCI a separação entre auditoria e fiscalização. A auditoria ficou com o papel de avaliação da gestão de forma integral e a fiscalização com o acompanhamento das ações como subsídio aos gestores e às auditorias.²⁴³

A lei prevê que os procedimentos devem ser verificados, como no caso da contratação que deve ser precedida de licitação, na modalidade adequada e seguindo os ritos apropriados, observadas as fases interna e externa, com clara delimitação de seu objeto, que não se trata de uma livre escolha da Administração Pública (quando possível), devendo antes representar a melhor escolha para o interesse público.

A escolha do objeto a ser contratado parte de uma mandatária consideração do interesse público e das metas estabelecidas pelo programa de governo.

²⁴³ CASTRO, Domingos Poubel de. **Auditoria, Contabilidade e Controle Interno no Setor Público**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 326.

A nova redação conferida pela Lei 13.165/2015 ao artigo 11, §1º, inciso IX, da Lei Federal 9.504, de 30 de setembro de 1997 – Lei das Eleições – estabeleceu uma nova dinâmica quanto ao controle sobre os atos praticados pela Administração Pública.

Destaca-se que, a partir dessa alteração, o registro da candidatura do pleiteante a um cargo de direção no Executivo fica condicionado à apresentação do programa de governo. A intenção é levar ao conhecimento dos eleitores as diretrizes a serem seguidas pelos potenciais eleitos, caso assumam o mandato. Transparecem, assim, os indicadores de metas e políticas públicas a serem alcançadas e investimentos nos setores que os candidatos entendem mais relevantes naquele certo contexto social.

Após o candidato vencer o pleito eleitoral e assumir o cargo perante o Poder Executivo, impõe-se a formulação do plano plurianual, em cumprimento ao disposto no artigo 165 da Constituição Federal, pelo qual cumpre-se estabelecer “de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada”.

Assim, o controle interno passou a ser direcionado para este novo prisma, sendo que os controles externos também devem se ater com maior vagar as escolhas realizadas pela Administração Pública, o que vem gerando enorme discussão jurisdicional sobre os limites dessa atuação e em que momentos pode realmente acontecer.

Uma forma de controle interno ocorre com a distribuição interna de competências, por meio da segregação de funções, conforme apresentamos alhures, o que, pela natureza da atividade, favorece seu desenvolvimento diante de suas peculiares características, como um critério de especialidade.

Assim, para gerenciar o sistema de saúde da Administração Pública, por exemplo, incumbiria a uma Secretaria especializada direcionar as políticas públicas relacionadas ao melhor desenvolvimento da atividade, cabendo repartições internas em subsegmentos mais especializados, como um departamento para compra de remédios, outro para administração das ambulâncias públicas, outro ainda para vagas em hospitais e assim por diante, de modo que essa divisão permita um resultado final combinado apto a albergar melhores condições²⁴⁴.

²⁴⁴ “As pessoas jurídicas públicas especializam-se na execução de determinados serviços, não podendo, sob pena de nulidade dos atos contrários à especialidade, realizar objetivos que se afastem daqueles específicos, que têm em mira.

A especialidade de um estabelecimento ou autarquia educacional é o ensino, a educação a instrução; a especialidade de hospital ou sanatório é a saúde humana; a especialidade dos institutos descentralizados que

Noutra perspectiva, a segmentação de competências favorece a fiscalização direta pelos próprios agentes, cada agente funcionaria como um fiscal isolado do comportamento coletivo.

A fiscalização direta por meio de agentes apresenta resultado satisfatório somente quando a Administração Pública possui um sistema de governabilidade (também conhecido como *compliance*) que incentiva denúncias de desvio de condutas.

A expressão “governança”, muito em voga nos dias de hoje, engloba as capacidades técnica, financeira e gerencial: a capacidade técnica do corpo de funcionários públicos para gerir a máquina administrativa e o suporte financeiro para implementação de políticas públicas constituem seus principais aspectos. Volta-se a atingir maior eficiência na administração da máquina pública, fortalecendo-se assim o Estado de Direito e firmando-se a democracia. Em síntese, pode-se definir governança como os meios necessários para tornar a máquina administrativa eficaz.

Ao tratar sobre *accountability*, os professores Antonio Cesar Amaru Maximiano e Irene Patrícia Nohara prelecionam que:

Accountability faz parte do vocabulário introduzido pela governança corporativa na governança pública. Em essência, diz respeito à prestação de contas do gestor de forma transparente, à rede de partes interessadas das organizações da Administração Pública.

Accountability é palavra inglesa que, se tivesse tradução para o português, seria similar a responsabilização. Responsabilização é diferente de responsabilidade. Responsabilidade significa atribuição, encargo; responsabilização significa responder pelas consequências dos atos e decisões. Pode-se também traduzir como prestação de contas.²⁴⁵

Outra forma segmentada de atribuição dos poderes de revisão dos atos praticados pela Administração Pública decorre da implementação de Controladorias Internas²⁴⁶, cuja

amparam a pesquisa científica é referente aos processos técnicos da ciência; a especialidade das ordens profissionais é a defesa dos interesses de classe” (CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 102).

²⁴⁵ MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. **Gestão Pública: Abordagem Integrada da Administração e do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 74.

²⁴⁶ Vide a Lei Municipal de São Paulo nº 15.764, de 27 de maio de 2013, que criou a Controladoria Geral do Município, com a instituição de cargos, carreiras e competências próprias para fiscalizar o andamento dos gastos públicos e agentes municipais.

eficácia depende dos poderes e da independência que detenham para o desenvolvimento de suas práticas.

O instrumento mais utilizado pelas controladorias é a auditoria, que consiste em um processo de fiscalização, no caso interno, sobre o exercício de determinada atividade, notadamente no que concerne à observância fiel das leis (princípio da legalidade) e à utilização do meio mais eficaz para atingir a finalidade pública.

Ressalte-se que o critério de interesse público deve ser norteado pela Constituição Federal, principalmente pelo citado artigo 3º, mas deve resultar de dados objetivos.

Quanto ao momento de sua realização, o controle pode ser prévio, concomitante ou posterior.

Parte da doutrina cita como exemplo de atos sujeitos ao controle prévio aqueles dependentes de autorização ou aprovação²⁴⁷, sendo possível a atuação dos órgãos de controle sobre todos os atos preliminares que podem fulminar na realização de uma ilegalidade.

Merece destaque a atuação dos Tribunais de Contas na prevenção de condutas vedadas à Administração previamente à publicação de editais de licitação e confecção de atos complementares a contratos, como no caso da análise do reequilíbrio econômico-financeiro quando o contratado não cumpriu com suas obrigações²⁴⁸, ou da paralisação de certame ainda na fase de audiência pública em razão da apresentação de minuta de edital em modalidade licitatória em desconformidade com a lei²⁴⁹.

²⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 810.

²⁴⁸ "AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO ORDINÁRIA CONTRATO ADMINISTRATIVO REVISÃO DE TARIFA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA "1. Recurso de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em ação ordinária, indeferiu pedido de tutela provisória de urgência destinada a: (i) suspender decisões do Tribunal de Contas do Município de São Paulo que sustou a conclusão do procedimento da 2ª Revisão Ordinária da Tarifa do Contrato n. 26/SS0/04, no âmbito do TC n. 72.001.025.16-99 e o pagamento da tarifa adicional provisória válida pela ré AMLURB, no TC n. 72.003.066.16-4[7; (ii) compelir a ré AMLURB a proferir decisão final nos autos de processo administrativo da 2ª Revisão Ordinária da Tarifa do Contrato n. 26/SS0/04, no prazo máximo de 15 dias corridos, sob pena de multa diária; (iii) determinar que até a implementação da 2ª Revisão Ordinária da Tarifa do Contrato n. 26/SS0/04 a ré AMLURB proceda ao pagamento da tarifa adicional provisória, conforme decisão proferida em processo administrativo. 2. Ausente, sobretudo, o requisito do fumus boni iuris neste momento, de rigor é o indeferimento da liminar. Primazia do interesse público que deve prevalecer na presente esfera de cognição sumária. Decisão atacada que não se apresenta teratológica e nem desprovida de legalidade, pelo contrário, está devidamente fundamentada e pautada no princípio do livre convencimento motivado judicial. Decisão agravada mantida. Recurso desprovido" (Voto n. 31734. Autos de processo n. 2002936-71.2017.8.26.0000. Agravante: Ecourbis Ambiental S/A. Agravadas: Município de São Paulo (e outro). Comarca de São Paulo. Juíza a quo: Carmen Cristina Fernandez Teixeira e Oliveira. 5. Câm. Dir. Público).

²⁴⁹ Autos do TC n. 72.011.477.17.88 – Tribunal de Contas do Município de São Paulo.

O controle concomitante é realizado durante o desempenho da função administrativa, a exemplo do acompanhamento de uma execução contratual com vistas a verificar o cumprimento das condições contratuais.

Por fim, o controle posterior é realizado quando o ato administrativo já exauriu seus efeitos, sendo possível ainda a análise de seus resultados, como na hipótese de análise das prestações de contas e julgamento das contas do Executivo.

O controle externo, por sua vez, é exercido pelo Controle Parlamentar Direto²⁵⁰ e pelo Tribunal de Contas – órgão de auxílio do Poder Legislativo, mas com competências próprias. Compreende também o controle jurisdicional e, em que pese a classificação do Ministério Público como órgão do Poder Executivo, é possível afirmar que este também realiza controle externo²⁵¹.

²⁵⁰ “No sistema constitucional de controle, o Poder Legislativo possui um importante instrumento de trabalho, por meio do qual assume poderes de “investigação próprios de autoridades judiciais”.[...] mesmo quando as comissões parlamentares de inquérito não eram sequer mencionadas na Constituição, estavam elas armadas de poderes congressuais, porque sempre se entendeu que o poder de investigar era inerente ao poder de legislar e de fiscalizar, e, sem ele, o Poder Legislativo estaria defectivo para o exercício de suas atribuições. O poder investigatório é auxiliar necessário do poder de legislar, *conditio sine qua non* de seu exercício regular” (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 115-116).

²⁵¹ “A Constituição Federal, nos §§ 2º e 3º do art. 127, assegurou ao Ministério Público autonomia funcional, administrativa e financeira. Esses âmbitos autônomos traduzem garantias constitucionais ao exercício autônomo e independente das funções atribuídas ao Ministério Público. A autonomia funcional indica que a instituição não está subordinada a nenhum outro órgão, poder ou autoridade pública. O Ministério Público é uma instituição autônoma e exerce suas funções com independência, sem se reportar ao Poder Executivo, ao Poder Legislativo ou ao Poder Judiciário. Essa autonomia funcional estende-se também aos membros do Ministério Público [...]” (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JR., Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Verbatim, 2016, p. 504).

No mesmo sentido: “Atualmente, uma instituição que desempenha importante papel no controle da Administração Pública é o Ministério Público, em decorrência das funções que lhe foram atribuídas pelo artigo 129 da Constituição. Além da tradicional função de denunciar autoridades públicas por crimes no exercício de suas funções, ainda atua como autor na ação civil pública, seja para defesa de interesses difusos e coletivos, seja para repressão à improbidade administrativa. Embora outras entidades disponham de legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública, a independência do Ministério Público e os instrumentos que lhe foram outorgados pelo referido dispositivo constitucional (competência para realizar o inquérito civil, expedir notificações, requisitar informações e documentos, requisitar diligências investigatórias) fazem dele o órgão mais bem estruturado e mais apto para o controle da Administração Pública” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 809).

5.3. O controle exercido pelos Tribunais de Contas

As Cortes de Contas estão previstas nos artigos 70 a 75 da Constituição da República de 1988 como órgãos de auxílio²⁵² ao controle externo exercido pelo Poder Legislativo, incumbidas da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das contas públicas, nas seguintes divisões dentro do sistema federativo brasileiro:

- a) Tribunal de Contas da União (TCU): órgão federal de auxílio do Congresso Nacional, com jurisdição em todo o território nacional, integrado por nove Ministros; com competência constitucional para atuar no controle externo da União e de todos os entes da administração pública direta ou indireta ou entidades particulares que recebam recursos públicos dela originados.
- b) Tribunal de Contas dos Estados e do Distrito Federal (TCE/TCDF): órgão estadual (ou distrital) de auxílio da Assembleia Legislativa e das Câmaras Municipais (poderá servir de auxílio às Câmaras Municipais quando não houver no Estado Tribunal de Contas dos Municípios, em paralelo ao Tribunal de Contas do Estado), com competência circunscrita a campo geográfico do Estado-membro ou do Distrito Federal, composto por sete Conselheiros, com as atribuições simétricas à ordem da circunscrição local, responsável pela análise e fiscalização do governo estadual e municipal.
- c) Tribunal de Contas dos Municípios: órgão estadual, de auxílio das Câmaras Municipais, com competência para atuar na circunscrição dos municípios que fazem parte do Estado-membro. A sua previsão legal encontra-se no §1º do artigo 31 e 75, ambos da CR/88. Atualmente (pesquisa realizada em 13/05/2019) existe essa composição nos Estados da Bahia (criado pela Lei Estadual nº 2.900, de 4 de fevereiro de 1971); Goiás (criado pela Lei 8.338, de 18 de novembro de 1977) e Pará (foi instituído pela Emenda Constitucional nº 13, de 16/10/1980, à Constituição Estadual, com fundamento no Art. 16, § 1º da Constituição Federal). A remissão às fontes normativas justifica-se pelo princípio do paralelismo das formas, ou seja, a extinção necessita do mesmo diploma da criação. No dia 21 de julho de 2017, a Assembleia Legislativa do Ceará aprovou uma Proposta de Emenda Constitucional que extinguiu o tribunal de contas dos municípios, sendo que suas atribuições foram transferidas para o tribunal de contas estadual. É composto por sete Conselheiros,

²⁵² “Sobre essa temática, verificam-se três posicionamentos, e assim não poderia deixar de ser, tendo em conta a teoria da separação dos Poderes: os que entendem que o Tribunal de Contas é órgão pertencente ao Poder Judiciário (primeira corrente); aqueles que pretendem ser ele um órgão de Poder Executivo (segunda corrente); e ainda aqueles que o concebem como parte integrante do Parlamento ou do Poder Legislativo (terceira corrente). [...] Entende-se, juntamente com Pontes de Miranda, Celso Antônio Bandeira de Mello, Odete Medauar, Hely Lopes Meirelles, Ricardo Lobo Torres e Borges de Carvalho que o Tribunal de Contas é órgão autônomo de matriz constitucional e que não se vincula a nenhum dos poderes instituídos, muito embora tenha função auxiliar de Poder Legislativo em sua tarefa constitucional.

Ressalte-se que a expressão ‘em auxílio’ não significa qualquer forma de subordinação ao Poder Legislativo em qualquer esfera: federal, estadual ou municipal. Neste caso a expressão ‘em auxílio’ tem o sentido de colaboração, nunca de subordinação, até porque a mesma expressão aparece na Constituição para designar a relação entre Tribunal e Câmaras Municipais. Se assim não fosse, ter-se-ia, como afirma Wallace de Oliveira Guirelli, todos os Tribunais de Contas Estaduais subordinados às Câmaras Municipais, às quais eles prestam auxílio e não obediência” (DAL POZZO, Gabriela Tomaselli; PEREIRA, Bresser. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 104-106).

incumbidos do controle e da fiscalização orçamentária-financeira dos municípios e dos Prefeitos.

d) Tribunal de Contas do Município: órgão municipal existente apenas nas cidades de São Paulo e do Rio de Janeiro, composto por cinco Conselheiros em São Paulo e sete no Rio de Janeiro, compete-lhe a fiscalização contábil-financeira do município respectivo.²⁵³

Como bem observou Benjamin Zymler, o Tribunal de Contas é considerado um órgão essencial para o Estado Democrático de Direito, especialmente por atuar como guardião do princípio republicano da prestação de contas, sendo que:

Por esse motivo, sua esfera de atuação, com o advento da Constituição Federal de 1988, teve um considerável alargamento, bem traduzido em decisão prolatada no Supremo Tribunal Federal:

[...] com superveniência da nova Constituição ampliou-se, de modo extremamente significativo, a esfera de atribuições dos Tribunais de Contas, os quais foram investidos de poderes jurídicos mais amplos, em decorrência de uma consciente opção política feita pelo legislador constituinte, a revelar a inquestionável essencialidade dessa instituição surgida nos albores da República. A atuação dos Tribunais de Contas assume, por isso, importância fundamental no campo do controle externo e constitui, como natural decorrência do fortalecimento de sua atuação institucional, tema de irrecusável relevância. (ADI nº 215 MC/PB. Rel. Ministro Celso de Mello. DJ, 03 ago. 1990).

[...]

Assim, a partir de então, o controle externo passou a atuar não somente após a ocorrência dos fatos, mas também em concomitância com a atuação administrativa e, em alguns casos, até mesmo antes. Do mesmo modo, não mais se circunscreve apenas ao exame da legalidade, legitimidade e economicidade, na medida em que deve averiguar se a Administração Pública pautou suas ações pelos princípios constitucionais da moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e todos os outros, implícita ou explicitamente, resguardados pela Constituição Federal.²⁵⁴

Para melhor operar o recorte proposto no presente trabalho, serão tecidas apenas breves considerações sobre a estrutura e funções no que tange à natureza da decisão dos Tribunais de Contas e sua obrigação de respeito e atendimento às garantias constitucionais.

Mesmo não referido explicitamente no texto constitucional, uma interpretação sistemática aufere autenticidade à assertiva de que o controle de gastos públicos configura verdadeiro direito fundamental, reforçado pelas máximas da legalidade, reserva legal, supremacia do interesse público. Conforme salienta Jacoby:

²⁵³ SIMÕES, Edson, **Tribunais de Contas: controle externo das contas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 199.

²⁵⁴ ZYMLER, Benjamin. O Tribunal de Contas da União: vinte anos após a Constituição Federal de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 275-287, jan./dez. 2013.

O controle que o cidadão exerce, ou pode/deve exercer, sobre a Administração Pública está expressamente consagrado e instrumentalizado, cabendo perfunctoriamente destacar o direito de:

- a) petição aos poderes públicos, que tanto foi estabelecido em favor do peticionário quanto generalizado para evitar ilegalidade ou abuso de poder;
- b) receber dos órgãos públicos informações de interesse coletivo ou geral;
- c) interpor ação popular para anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, com isenção de custas judiciais e ônus da sucumbência;
- d) denunciar aos Tribunais de Contas, garantido pela Constituição Federal, art. 74, §2º, e nas leis orgânicas das Cortes de todas as unidades federadas.

A propósito da assimilação do controle como direito fundamental, cabe lembrar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu artigo 15, definiu que "a sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração"²⁵⁵.

As relações hodiernas entre o Estado e o cidadão têm reforçado o sentido e a importância do controle, de sorte que o direito fundamental de acionar as Cortes de Contas para que operem seu exercício primário de fiscalização não pode ser obstado por entraves burocráticos e formais. A garantia é ampla e irrestrita, uma vez que o conteúdo das denúncias compreende questões de interesse público, de modo que mesmo aquelas sem o rogo de seus subscritos e anônimas devem ser apuradas quanto à real materialidade do fato indicado.

Partindo da premissa do controle externo, mister destacar os produtos de fiscalização oriundos das Cortes de Contas, na divisão de sua competência constitucional para a realização das vistorias contábeis, financeiras, orçamentárias e patrimoniais do ente federativo correspondente à sua jurisdição.

Por questão metodológica, dentre as funções dos Tribunais de Contas, trataremos das funções fiscalizatória, judicante e sancionadora.

O Tribunal de Contas exerce a **função fiscalizatória** para apurar a legalidade de atos administrativos, as transferências de recursos, o cumprimento da lei de responsabilidade fiscal, o limite de gastos com pessoal e o endividamento público, entre outros aspectos.

Em razão de sua **função judicante**, a Corte de Contas julga as contas dos administradores públicos e demais responsáveis. Trata-se de uma análise de técnica contábil que pode: (i) conferir total regularidade às contas prestadas, com a devida quitação dos gastos, superando eventuais irregularidades formais que não geram prejuízo ao erário; (ii) julgar as

²⁵⁵ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 39-40.

contas parcialmente regulares ou regulares com ressalva, apontando a necessidade de correção e os meios para tanto; (iii) julgar irregulares as contas, nos casos de omissão na prestação de contas ou de prestações que geram prejuízo ao erário, o que pode ensejar a obrigação de acionamento do Ministério Público para o caso de averiguação de possível crime ou improbidade administrativa.

A análise das contas prestadas pelo Poder Executivo é exercida por meio de um controle híbrido, em que o Tribunal de Contas realiza uma análise técnica-contábil emitindo um parecer prévio, em caráter opinativo, das contas e o Poder Legislativo realiza um julgamento de mérito melhor descrito como uma análise política. Deste ponto falaremos com mais vagar adiante.

A **função sancionadora** dos Tribunais de Contas constitui foco de interesse neste trabalho, razão pela qual será abordada em detalhe, e determina a competência de aplicar sanções administrativas como resultado das ações de controle, principalmente das que conduziram ao conhecimento de irregularidades.

As principais sanções estão indicadas na Constituição Federal e nas leis orgânicas dos Tribunais de Contas, constatando-se certa discrepância entre as atribuições do TCU²⁵⁶ e de algumas das Cortes federadas nesse sentido.

O artigo 71 da Constituição da República de 1988 apresenta um rol de meios coercitivos para o exercício do controle externo, a ser exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do Tribunal de Contas da União, por simetria, em grande parte contemplado pelas Constituições Estaduais.

Entre esses meios coercitivos, o inciso VIII do citado artigo 71 aponta a atividade sancionatória: "aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário".

Verifica-se que o texto constitucional confere meios diretos de possibilitar o amplo exercício do controle externo, inclusive através da coação direta daqueles que possuem

²⁵⁶ Por exemplo, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Município de São Paulo não permite a imputação de multa proporcional ao agravo, nem a declaração de inidoneidade da empresa, sendo permitida apenas a imposição de advertência e multa de uma a cinco vezes o valor da Unidade Fiscal do Município de São Paulo – UFM. (artigos 52 e 53 da Lei Municipal nº 9.167, de 3 de Dezembro de 1980).

a obrigação de prestar contas diante da natureza dos serviços efetuados ou cargos ocupados na máquina pública.

O inciso IX do artigo 71 atribui à Corte de Contas a prerrogativa de fixar prazo para a adoção de providências quando constatada a ilegalidade de algum ato que deva ser saneado. Trata-se de um meio de colaboração, uma vez que a correção do ato, caso cumprida nos contornos de mérito indicados e no prazo fixado, expia a culpa dos agentes responsáveis.

Ilustra a medida do referido inciso IX a suspensão de licitação quando verificada a ocorrência de ilegalidade²⁵⁷, principalmente para obstar lesão ao erário e para correção do instrumento convocatório ou de fase da licitação²⁵⁸ até a assinatura do contrato.

Quando a ilegalidade é verificada em um contrato administrativo, deve o Tribunal de Contas, com fundamento no artigo 71, inciso XI, parágrafos 1º e 2º, representar ao Legislativo para que as medidas sejam devidamente tomadas. A Constituição indica o prazo expresso de 90 (noventa) dias para tanto e, no caso de omissão do Legislativo, a competência retorna à Corte de Contas para apreciar no mérito a irregularidade contratual²⁵⁹.

A competência sancionatória conferida ao Tribunal de Contas da União foi disciplinada pela Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992, com destaque para as seguintes sanções administrativas:

²⁵⁷ "PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões). 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem. (MS 24510, Rel.: Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, j. 19 nov. 2003, DJ 19 mar. 2004).

²⁵⁸ Interessante verificar que ao consagrar expressamente essa competência para controlar a despesa e examinar editais, o legislador definiu contornos mais acentuados para o exercício, não só resguardando a ação *ex-officio* da própria Corte de Contas, mas apontando no sentido do controle social. Foi mais longe, mostrou que o Tribunal de Contas pode se efetivar como Casa de Esperança, permitindo que o próprio licitante que teve um direito seu lesado ou ameaçado recorra também a essa Corte, diretamente, sem a necessidade da intervenção de advogados, em mais um exercício do *jus postulandi*. Atribuiu a competência para representar ao Tribunal de Contas a: a) qualquer licitante; b) qualquer contratado; c) qualquer pessoa física; e ainda a d) qualquer pessoa jurídica. (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Controle das licitações pelo Tribunal de Contas. **Informativo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo**, São Paulo, n. 23, p. 2-11, ago./set. 2004).

²⁵⁹ O art. 71 da Constituição não insere na competência do TCU a aptidão para examinar, previamente, a validade de contratos administrativos celebrados pelo poder público. Atividade que se insere no acervo de competência da função executiva. É inconstitucional norma local que estabeleça a competência do tribunal de contas para realizar exame prévio de validade de contratos firmados com o poder público. (ADI 916, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 2 fev. 2009, DJE 6 mar. 2009).

a) Multa proporcional ao débito (artigo 57 da Lei Orgânica do TCU - LOTCU). Nos processos de contas, ocorrendo débito poderá ser aplicada a sanção correspondente a cem por cento do valor do dano. A multa será calculada com base no valor atualizado do dano. Não se aplica juros sobre o valor da multa, apenas atualização monetária.

A Súmula 227 do TCU dispõe que: "o recolhimento parcial do débito por um dos devedores solidários não o exonera da responsabilidade pela quantia restante".

b) Multa nos termos do artigo 58 da LOTCU. Trata-se de multa²⁶⁰ indicada no caput da norma de regência e atualizada anualmente, como multa máxima aplicável aos responsáveis pelos atos tipificados nos incisos²⁶¹.

O Tribunal de Contas da União, com a finalidade de fundamentar a dosimetria da pena estabeleceu, no artigo 268 do Regimento Interno, percentuais de fixação da multa de acordo com a hipótese. As multas dos artigos 57 e 58 podem ser cumulativas, desde que não decorram da mesma situação fática, sob pena de *bis in idem*.

c) Multa por sonegação de documentos ou informações (artigo 42 da LOTCU). Nenhum processo, documento ou informação poderá ser sonegado ao Tribunal em suas inspeções ou auditorias, sob qualquer pretexto. Caso a hipótese ocorra, o TCU indicará prazo para sua solução, sob pena de multa com fundamento no inciso IV do artigo 58 da LOTCU. A obstrução ao exercício de fiscalização pode configurar ato de improbidade administrativa, entre outras possíveis caracterizações de ilicitude.

d) Multa por irregularidade constatada (artigo 43 da LOTCU). Quando o relator ou o plenário da Corte constatar a ocorrência de irregularidade por meio do processo de fiscalização, determinará a solução ao responsável que, uma vez não cumprida, ensejará aplicação de multa com fundamento no inciso III do artigo 58 da LOTCU.

e) Inabilitação (artigos 60 da LOTCU e 270 do Regimento Interno do TCU - RITCU). Além das penalidades previstas, na hipótese de falta grave, por maioria dos membros da Corte de Contas poderá ser declarada a inidoneidade do responsável para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública Federal, de um a cinco anos.

f) Declaração de inidoneidade (artigo 46 da LOTCU). Verificada a ocorrência de fraude à licitação, o TCU declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal²⁶².

²⁶⁰ "No caso de contas julgadas irregulares em razão de dano ao Erário, decorrente de ato ilegítimo ou antieconômico ou de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, o TCU determinará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis (art. 16, §3º, da Lei n.º 8.443/1992). A mesma providência poderá ser adotada na hipótese de omissão no dever de prestar contas ou de prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo ou antieconômico, ou infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial (RITCU: art. 209, §7º)" (LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 437).

²⁶¹ "I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito, nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei;
II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;
III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário;
IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal;
V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas;
VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal;
VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal".

²⁶² "Tal penalidade não se confunde com a prevista no art. 87, IV, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual, em função da inexecução total ou parcial do contrato, a Administração poderá declarar a inidoneidade do contratado para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos). Nessa hipótese, a sanção é de competência

- g) Sanções relativas a infrações administrativas contra as finanças públicas (LRF e Lei nº 10.028/2000). Com base na Lei de Responsabilidade Fiscal, a lei em questão criou crimes contra as finanças públicas e estabeleceu no seu artigo 5º as devidas sanções administrativas²⁶³, atribuindo ao Tribunal de Contas a competência para processar e julgar tais infrações, além de ter fixado multa em trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, que deve ser paga pelo próprio.
- h) Determinações. Não configuram sanções propriamente ditas, mas ordens emanadas para correção de irregularidades e apontamentos cujo não acolhimento pode ensejar a aplicação de multa.
- i) Medidas Cautelares que afetam diretamente os gestores e responsáveis.
- 1) Afastamento temporário do responsável (artigo 44 da LOTCU). Caso exista fundado receio de que a permanência do acusado possa dificultar o trâmite de auditoria ou inspeção, causar prejuízos ao erário ou inviabilizar o ressarcimento, poderá ser determinado seu afastamento temporário. Essa determinação cautelar é dirigida à autoridade administrativa hierarquicamente superior ao responsável.
- 2) Indisponibilidade de bens (artigo 44, §2º da LOTCU). Em circunstâncias análogas às expostas no tópico anterior, sem prejuízo de outras medidas, o Tribunal poderá decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, em valor suficiente para garantir o ressarcimento de danos em apuração.
- 3) Arresto de bens (artigo 61 da LOTCU). Por intermédio do Ministério Público da União, o TCU poderá solicitar à Advocacia Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição. Essa medida é aplicável, sem prazo de vigência determinado, somente quando há juízo definitivo fixando o débito e indicando o responsável.

O auxílio na apuração dos fatos é realizado por meio de auditoria do setor público. Auditores realizam a apuração de dados por meio de um procedimento objetivo, em que as informações essenciais para a análise dos gastos e para a identificação dos responsáveis são redigidas em parecer técnico, com destaque aos apontamentos de irregularidades e de gestão.

Em regra, podem ser divididas em três espécies principais: auditorias de demonstração financeira, de conformidade e operacionais.

exclusiva do Ministério de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, podendo a reabilitação ser requerida após dois anos de sua aplicação” (LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 440).

²⁶³ "I – deixar de divulgar ou de enviar ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas o relatório de gestão fiscal, nos prazos e condições estabelecidos em lei;

II – propor lei de diretrizes orçamentárias anual que não contenha as metas fiscais na forma da lei;

III – deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei;

IV – deixar de ordenar ou de promover, na forma e nos prazos da lei, a execução de medida para a redução do montante da despesa total com pessoal que houver excedido a repartição por Poder do limite máximo.

§ 1º A infração prevista neste artigo é punida com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, sendo o pagamento da multa de sua responsabilidade pessoal.

§ 2º A infração a que se refere este artigo será processada e julgada pelo Tribunal de Contas a que competir a fiscalização contábil, financeira e orçamentária da pessoa jurídica de direito público envolvida”.

Consoante a norma técnica internacional ISSAI 100²⁶⁴ – Princípios de Auditoria do Setor Público:

Auditoria financeira foca em determinar se a informação financeira de uma entidade é apresentada em conformidade com a estrutura de relatório financeiro e o marco regulatório aplicável. Isso é alcançado obtendo-se evidência de auditoria suficiente e apropriada para permitir o auditor expressar uma opinião quanto a estarem as informações financeiras livres de distorções relevantes devido a fraude ou erro.

Auditoria operacional foca em determinar se intervenções, programas e instituições estão operando em conformidade com os princípios de economicidade, eficiência e efetividade, bem como se há espaço para aperfeiçoamento. O desempenho é examinado segundo critérios adequados, e as causas de desvios desses critérios ou outros problemas são analisados. O objetivo é responder a questões-chave de auditoria e apresentar recomendações para aperfeiçoamento.

Auditoria de conformidade foca em determinar se um particular objeto está em conformidade com normas identificadas como critérios. A auditoria de conformidade é realizada para avaliar se atividades, transações financeiras e informações cumprem, em todos os aspectos relevantes, as normas que regem a entidade auditada. Essas normas podem incluir regras, leis, regulamentos, resoluções orçamentárias, políticas, códigos estabelecidos, acordos ou os princípios gerais que regem a gestão financeira responsável do setor público e a conduta dos agentes públicos.

Em regra, os apontamentos de auditoria perante o Tribunal de Contas da União destacam todas as fases de realização do ato analisado e indicam a participação dos agentes públicos responsáveis por cada um dos elementos que compõem o resultado final. Com isso, permite-se um julgamento individualizado, com a responsabilização na medida da atuação de cada um dos consortes.

5.4. As Decisões nos Tribunais de Contas

Para chegar neste ponto do estudo, foi apresentado um panorama do Estado brasileiro, da divisão das funções públicas e das tendências do Direito Administrativo Sancionador, com ênfase na individualização das condutas e na culpabilidade para aferição quantitativa das sanções impostas.

²⁶⁴ INTOSAI – Comitê de Normas Internacionais. Esta Norma Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores (ISSAI) foi aprovada pela Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores em 2013 e traduzida pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em 2017.

Em relação ao poder sancionador, a individualização da conduta consubstancia garantia constitucional de necessária observação em todas as instâncias e poderes do Estado brasileiro.

No que se refere às funções públicas, o controle da coisa pública estabelece-se inicialmente com a própria divisão de funções, mitigando-se o poder em diversos segmentos para evitar o abuso e prevendo-se dentro desses segmentos a existência de microrganismos aptos a ensejar um panóptico, em que cada órgão e pessoa investido em função pública funciona como vistor próprio e de todos.

Como demonstrado, o controle interno encontra sua fonte de fundamento na autotutela administrativa, ou seja, no poder que detém aquele estabelecido na função de revisão dos próprios atos.

Entretanto, o Estado de Direito e Democrático concedeu ao controle externo maior autonomia para que os investidos em poderes de investigação sobre o gasto do dinheiro público atuassem dentro de padrões objetivos em busca da satisfação do interesse público.

A atividade de controle demanda a indicação precisa da conduta de cada agente, bem como de sua colaboração, isoladamente, para a atividade danosa ao interesse público, para que ao final seja possível determinar a sanção adequada e proporcional.

No âmbito do poder sancionador uno do Estado Democrático de Direito, as formas de individualização da conduta e atribuição da sanção têm por base os critérios da infração e a análise da tipicidade e da culpabilidade.

Em razão da necessidade de estreitar e justificar o tema proposto, indicamos as formas de controle da Administração Pública, apresentando seu funcionamento interno e externo.

Como forma de delimitação do objeto de estudo, escolhemos os Tribunais de Contas, em razão de sua ingerência absoluta na gestão pública, com poderes explícitos de paralisação de certames licitatórios, por exemplo, sendo que suas decisões podem interferir diretamente na condução da máquina administrativa e na sociedade.

Passaremos a tratar, então, da circunscrição da qual se reveste uma decisão proferida pela Corte de Contas.

5.4.1. A natureza Jurídica das Decisões dos Tribunais de Contas

A afirmação de que o poder conferido ao Tribunal de Contas é jurisdicional pode ensejar uma discussão técnico-processual sobre a abrangência do termo, entretanto, no aspecto semântico, significa o poder conferido ao Estado de editar suas regras, equivalendo também a aplicar a lei aos casos concretos e, ainda, a divisão de competências – com a especificação de seus limites – ou até a área de limite de um trabalho²⁶⁵.

Pontes de Miranda conceitua "jurisdição" como o "sentido exato de dizer o Direito (*dicereius*), razão porque se há de exigir o pressuposto conceptual de julgamento, de “dizer” (*dictio*) qual a regra jurídica, o *ius*, que incidiu”²⁶⁶.

No direito processual, o termo indica a prerrogativa da função jurisdicional de dizer o direito, em caráter final, no sentido de definitivo, com o trânsito em julgado da decisão, ou seja, a impossibilidade de discutir a matéria em razão de terem se esgotado, dentro do ordenamento jurídico, todas as oportunidades de debate²⁶⁷.

A jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o Direito de modo imperativo (b) e criativo (reconstrutivo) (c), reconhecendo/efetivando/protegendo situações jurídicas (d) concretamente deduzidas (e), em decisão insusceptível de controle externo (f) e com aptidão para tornar-se indiscutível (g).

Esse conceito é o que parece estar de acordo com as diversas transformações porque passou o Estado nos últimos tempos. Não é mais possível utilizar a noção de jurisdição criada para um modelo de Estado que não mais existe, notadamente em razão de diversos fatores, tais como: *i*) a redistribuição das funções do Estado, com a criação de agências reguladoras (entes administrativos, com funções executivas, legislativa e judicante) e executivas; *ii*) a valorização e o reconhecimento da força normativa da Constituição, principalmente das normas-princípio, que exigem do órgão jurisdicional uma postura mais ativa e criativa para a solução dos problemas; *iii*) o desenvolvimento da teoria jurídica dos direitos fundamentais, que impõe a aplicação direta das normas que os consagram, independentemente de intermediação

²⁶⁵ Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa.

²⁶⁶ Apud JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 122.

²⁶⁷ “Em seu sentido etimológico, jurisdição deriva do latim *jurisdictio*, que significa a ação de administrar a Justiça, ou em outros termos, a atividade desenvolvida pelo magistrado no sentido de dizer qual o direito aplicado ao caso concreto. Embora tal ideia esteja em maior consonância com a atividade desenvolvida no processo de conhecimento, tal terminologia é empregada indistintamente para indicar também as atividades que o juiz exerce na atividade executiva e pertinente às tutelas de urgência, onde efetiva o direito ou presta tutela de segurança. Embora já se tenha sugerido utilização mais precisa do vocábulo, mantendo-o para o processo de conhecimento e atribuindo-o à execução, é utilizado largamente desde a época romana, não sendo conveniente reduzir seu alcance, já que tal alteração não tem qualquer relevância pragmática” (OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Parte Geral. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 166).

legislativa; iv) a criação de instrumentos processuais como o mandado de injunção que atribui ao Poder Judiciário a função de suprimir, para o caso concreto, a omissão legislativa; v) a alteração técnica legislativa: o legislador contemporâneo tem-se valido da técnica das cláusulas gerais, deixando o sistema normativo mais aberto e transferindo expressamente ao órgão jurisdicional a tarefa de controle de constitucionalidade difuso, que, dentre outras consequências, produziu entre nós a possibilidade de enunciado vinculante da súmula do STF em matéria constitucional, texto normativo de caráter geral, a despeito de produzido pelo Poder Judiciário.²⁶⁸

Outros exemplos de atribuição jurisdicional a tribunais administrativos podem ser extraídos do sistema jurídico brasileiro, como no caso do Tribunal Marítimo²⁶⁹, que decide lides relacionadas a acidentes de navegação, cuja decisão tem natureza de prova para a esfera judicial, com presunção relativa. Destacam-se também as agências reguladoras, como a Agência Nacional do Petróleo, que possui a competência de fixar o valor e a forma de pagamento dos dutos e transportes ao proprietário, caso não haja acordo entre as partes (artigo 58, §1º, Lei nº 9.478/97). Ou ainda o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica – ao qual cabe decidir sobre a existência de infração à ordem econômica.

Jacoby Fernandes discrimina outras hipóteses de exercício da função jurisdicional fora do âmbito de atuação do Poder Judiciário:

- a) contas prestadas pelo presidente da República (competência exclusiva do Congresso Nacional);
- b) o presidente e o vice-presidente da República, nos crimes de responsabilidade, e os ministros de Estado, nos crimes da mesma natureza, conexos com aqueles (competência privativa do Senado Federal);
- c) processar os ministros do Supremo Tribunal Federal, o procurador-geral da República e o advogado-geral da União nos crimes de responsabilidade (competência privativa do Senado Federal);
- d) contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (competência do Tribunal de Contas da União).

[...]

Examinando dispositivo análogo ao atual, e reconhecendo a função jurisdicional dos Tribunais de Contas, o eminente Ministro Victor Nunes Leal assinala que a disposição constitucional de que “a lei não poderá excluir da apreciação judicial do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual” não é obstáculo a este

²⁶⁸ DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 173-174.

²⁶⁹ Lei Federal nº 2.180/54. Art. 1º “O Tribunal Marítimo, com jurisdição em todo o território nacional, órgão, autônomo, auxiliar do Poder Judiciário, vinculado ao Ministério da Marinha no que se refere ao provimento de pessoal militar e de recursos orçamentários para pessoal e material destinados ao seu funcionamento, tem como atribuições julgar os acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e as questões relacionadas com tal atividade, especificadas nesta Lei”.

entendimento, porque, no caso, a redução de competência do judiciário resulta da Constituição, e não da lei.²⁷⁰

Quanto à jurisdição atribuída ao Tribunal de Contas, considerando o artigo 73 da Constituição da República, prevalece a interpretação de que detém prerrogativa para a análise das contas públicas quanto à sua legalidade, legitimidade e economicidade ou na sua tomada de contas, enquanto a revisão judicial se restringiria à legalidade e a alguns elementos da moralidade administrativa²⁷¹.

Para o Ministro Carlos Ayres Brito, no entanto, a interpretação constitucional possibilita ampliar a jurisdição conferida às Cortes de Contas:

Agora, a Constituição, ao aparelhar o Tribunal de Contas como órgão de controle, o fez por um modo surpreendente, deu aos Tribunais de Contas dignidade de Tribunais Judiciários. Por exemplo, o TCU – eu estava vendo aqui o Presidente do TCU, notável cidadão profissional, artista, autor de letras de músicas, Ubiratan Aguiar, um homem sensível, contemporâneo, um doce de criatura no plano pessoal – o Tribunal de Contas da União tem as atribuições, no que couber, do Superior Tribunal de Justiça, está na Constituição isso. Os Tribunais de Contas dos Estados têm as atribuições, também no que couber, ou seja, *mutatis mutandis*, dos Tribunais de Justiça. Os Auditores dos Tribunais de Contas são, pela Constituição, equiparados a Juizes Federais, exercem uma judicatura, está dito na Constituição. Os Tribunais de Contas, os Ministros do TCU têm prerrogativas, direitos, vantagens dos Ministros do STJ. Os Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados têm um regime jurídico funcional, no plano das prerrogativas dos direitos, igual aos Desembargadores do Estado. Os Tribunais de Contas foram dotados de um Ministério Público. Estou vendo aqui o Doutor João Augusto, quem muito admiro, Bandeira de Mello, o Doutor João Augusto bem sabe que há junto a cada Tribunal de Contas um Ministério Público Especial, Ministério Público de Contas, que não se confunde com o Ministério Público Geral, que aqui em Sergipe é presidido, e tão bem presidido, pela Dra. Cristina F., e esse Ministério Público, a meu sentir, é para funcionar não dentro do Tribunal de Contas, mas junto ao Tribunal de Contas e fiscalizando o próprio Tribunal de Contas, porque o papel do Ministério Público é atuar como órgão opinativo, tão independente quanto de existência necessária porque também de previsão constitucional direta. Assim como o Tribunal de Contas não está dentro do Legislativo, o Ministério Público de Contas não está dentro do Tribunal de Contas, está ao lado. Ao meu sentir, todo Tribunal de Contas deve atuar não de modo a absorver como se fosse uma unidade sua, o Ministério Público de Contas, o Especial.

[...]

De fato, a Constituição disse que o Poder Legislativo fizesse o controle externo dos administradores públicos, dos cargos, das receitas, dos bens, dos valores, dos dinheiros públicos, os Tribunais de Contas exercem com o auxílio, melhor dizendo, o Poder Legislativo exerce o controle externo com o auxílio dos Tribunais de Contas, mas “com o auxílio” aí, não significa um auxílio subalterno que haja entre o Poder Legislativo e os Tribunais de Contas, uma hierarquia funcional, não há

²⁷⁰ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 132.

²⁷¹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Apud PARDINI, Frederico. **Tribunal de Contas: órgão de destaque constitucional**. f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007.

subalternidade hierárquica. Essa expressão “com o auxílio dos Tribunais de Contas”, é enganosa. “Com o auxílio” quer dizer: o Congresso Nacional não pode controlar o Poder Executivo senão com o auxílio dos Tribunais de Contas. A mesma coisa, não pode haver jurisdição senão com a participação dos advogados e do Ministério Público, mas não há hierarquia entre juízes, promotores ou procuradores e advogados. A função é uma só, a função jurisdicional, que é desempenhada pelos juízes, necessariamente, pelos advogados e pelos membros do Ministério Público, sem hierarquia. A função de Contas, a função de controle externo é exercida pelo Congresso Nacional com o auxílio dos Tribunais de Contas, no caso o Tribunal de Contas da União, sem nenhuma hierarquia, sem nenhuma subalternidade.²⁷²

A discussão quanto à natureza jurisdicional conferida às decisões de contas demanda a compreensão do fenômeno da coisa julgada na esfera administrativa.

Em síntese, entende-se por coisa julgada a imutabilidade da decisão. Na esfera processual civil, a doutrina discute a aplicação do instituto, em âmbito formal, quando não existe mais recurso apto a ensejar a discussão da matéria e, em âmbito material, quando se torna imutável a relação jurídica posta em debate, ou seja, quando o Estado impõe a autor e réu o resultado e encerra qualquer oportunidade de nova discussão desses fatos entre as partes.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o fenômeno pode ser observado nos atos ampliativos da esfera jurídica dos administrados, com base na segurança jurídica, e complementa:

Ressalta-se que a chamada “coisa julgada administrativa” abrange a irrevogabilidade do ato, mas sua significação é mais extensa. Com efeito, nela se compreende, além da irrevogabilidade, uma irretatibilidade que impede o questionamento do ato na esfera judicial, ao contrário da mera irrevogabilidade, que não proíbe à Administração impugnar em juízo um ato que considere ilegal e não mais possa rever na própria esfera.

Inversamente, seu alcance é menos extenso do que o da coisa julgada propriamente dita. Com efeito, sua definitividade está restrita a ela própria, Administração, mas terceiros não estão impedidos de buscar judicialmente a correção do ato.

[...]

O fundamento jurídico mais evidente para a existência da “coisa julgada administrativa” reside nos princípios da segurança jurídica e da lealdade e boa-fé na esfera administrativa. Sérgio Ferraz e Adílson Dallari aduzem estes e mais outros fundamentos, observando que: “A Administração não pode ser volúvel, errática em suas opiniões. *La donna è mobile* – canta a ópera; à Administração não se confere, porém, o atributo da leviandade do agir administrativo, impõem”. Daí por que sustentam, com razão, que só mesmo em um processo administrativo revisional – “verdadeira ação rescisória administrativa, fundada na infração à lei, como até previsto no Código de Processo Civil” e, “com a participação de todos os

²⁷² BRITTO, Carlos Augusto Ayres. Tribunal de Contas: instituição pública de berço constitucional. **Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, set. 2011, p. 1325.

interessados antes envolvidos” – é que seria possível uma reapreciação da matéria.²⁷³

A doutrina diverge quanto à natureza da decisão de contas e discute quando se admitiria a revisão da decisão tomada pela Corte de Contas, principalmente se restrita a aspectos de sua legalidade e se seria possível a insurgência no que tange à conveniência e oportunidade.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos realizados pelos agentes públicos com fundamento em sua competência discricionária são frutos de sua função, cujo objetivo é "atingir uma finalidade antecipadamente estabelecida em lei"²⁷⁴. Espera-se do administrador que acerte e faça a melhor escolha com fundamento no interesse público, considerando que a "variedade de soluções abertas em tese pela norma traz consigo implícita a suposição de que algumas delas serão adequadas para certos casos, outras para outra ordem de casos e assim por diante"²⁷⁵.

a) Se a lei, nos casos de discricção, comporta medidas diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotada a solução *pertinente*, adequada à fisionomia própria de cada situação, a fim de que seja atendida a finalidade da regra em cujo nome é praticado o ato. Com efeito, a discricionariedade não é a instauração de uma “liberdade de conduta” propriamente dita. “O conceito de função administrativa – como exercício de um poder atrelado necessariamente a uma finalidade estranha ao agente – impede o entendimento da discricionariedade administrativa como liberdade de conduta”. Ou seja, a variedade de soluções comportadas na regra outorgadora de discricção *não significa que todas estas soluções sejam igual e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação*. Significa, pelo contrário, que a lei considera que algumas delas são adequadas para certos casos e outras para outros casos.

b) A existência de discricionariedade ao nível da norma não significa, pois, que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra, pois a compostura do caso concreto excluirá obrigatoriamente algumas das soluções admitidas *in abstracto* na regra e, eventualmente, tornará evidente que uma única medida seria apta a cumprir-lhe a finalidade. Em suma, a discricção suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente, para que exista discricção no caso concreto; vale dizer, na lei se instaura uma possibilidade de discricção, mas não uma certeza de que existirá em todo e qualquer caso abrangido pela dicção da regra.

Estas duas conclusões ensejam uma terceira, atinente ao controle jurisdicional dos atos praticados a título de discricção, ou seja:

²⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 476.

²⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 6. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 47.

²⁷⁵ Ibidem, p. 48.

c) Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de *razoabilidade*, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades *em abstrato* abertas pela lei, revelou-se, *in concreto*, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em consonância desta avaliação, o Judiciário poderá concluir, em despeito de estar em pauta providência tomada com apoio em regra outorgada de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era incabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada. Ou seja, o mero fato de a lei, *em tese*, comportar o comportamento profligado em juízo não seria razão bastante para assegurar-lhe legitimidade e imunizá-lo da censura judicial. Não se suponha que haveria nisto invasão do chamado “mérito” do ato, ou seja, do legítimo juízo que o administrador, nos casos de discricção, deve exercer sobre a conveniência ou oportunidade de certa medida.²⁷⁶

Para outra parte da doutrina, o mérito do ato administrativo deveria ser preservado em respeito à divisão de funções e competências atribuídas a cada um dos poderes²⁷⁷.

Sob esse raciocínio, Jacoby Fernandes afirma que não haveria fundamento para dissonância no que se refere aos julgados dos Tribunais de Contas, em razão do paralelo entre a estrutura da decisão e a confecção de um ato administrativo.

Se a doutrina guarda uniformidade, nesse sentido, por que motivos pretendem alguns rever judicialmente as decisões dos julgamentos dos Tribunais de Contas? Julgar é apreciar o mérito e, portanto, mesmo que a Constituição não utilizasse expressamente o termo “julgar”, ainda assim, uma decisão dessa Corte seria impenetrável para o Poder Judiciário. Se a maculasse manifesta ilegalidade, como qualquer sentença, poderia até ser cassada por meio de mandado de segurança, mas nunca, jamais, poderia se permitir ao magistrado substituir-se nesse julgamento de mérito. O juiz também deve contar sua atuação nos limites da lei e foi a Lei Maior que deu a competência para julgar contas a uma Corte, devidamente instrumentalizada e tecnicamente especializada.

²⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 1022-1023.

²⁷⁷ "Inteiramente livre para examinar a legalidade do ato administrativo, está proibido o Poder Judiciário de entrar na indagação do mérito, que fica totalmente fora do seu policiamento. Seabra Fagundes: O controle se torna um fator de equilíbrio entre recíproco entre os poderes e não prevalência dum sobre o outro. Revogando o ato, modificando-o, o que importaria numa revogação temporária, o Poder Judiciário confundir-se-ia com o Poder Executivo. Celso Ribeiro Bastos: O aspecto da legalidade é susceptível de revisão pelo Poder Judiciário. O de mérito não. Hely Lopes Meirelles: em tais casos a conduta do administrador confunde-se com a do juiz na aplicação da lei, diversamente do que ocorre nos atos nos atos discricionários, em que, além dos elementos sempre vinculados (competência, finalidade e forma), outros existem (motivo e objeto), em relação aos quais a Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, salvo quando o seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder. Lúcia Valle Figueiredo: Se o Judiciário deve conhecer qualquer lesão a direito “ipso facto”, é o Judiciário titulado a dizer quando a conduta administrativa quedou-se dentro da moldura legal, não a desbordando" (CRETELLA JUNIOR, José. Apud: JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 127-129).

Portanto, mesmo que o julgamento das Cortes de Contas não fosse um ato jurisdicional típico, mas apenas um ato administrativo, seu mérito jamais poderia ser revisto pelo Poder Judiciário.²⁷⁸

É possível pinçar em alguns julgados, o entendimento quanto à imutabilidade do mérito das decisões proferidas em sede dos Tribunais de Contas. Manifesta a decisão da Desembargadora Vera Angrisani, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferida nos autos da Apelação nº 1325-72.2013.8.26.0319:

ANULATÓRIA. Multa imposta pelo TCE por contratação irregular de professores temporários. Observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa durante o procedimento administrativo. Constitucionalidade do art. 104 da LCE nº 709/93. Motivação suficiente para a imposição da multa. Inviabilidade de o Judiciário imiscuir-se no mérito do julgamento. Precedentes. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido.

[...]

Nessa esteira de raciocínio, percebe-se que desprovida de fundamentação jurídica a pretensão do apelante, uma vez que não é possível rediscutir a matéria de mérito da decisão proferida pelo Tribunal de Contas. Ora, por se cuidar de decisão administrativa, compete ao Poder Judiciário inquirir sua legalidade e legitimidade, assim como indagar a respeito da nulidade ou não do ato administrativo em pauta, deixando, contudo, de enveredar sobre o mérito administrativo, que foge à sua competência. “O controle jurisdicional sobre decisões dos Tribunais de Contas é admissível, mas apenas para coibir ilegalidades, e não para discutir os critérios técnicos adotados”.²⁷⁹

Parte da doutrina defende a não existência de jurisdição, sem a consumação da coisa julgada, mas como prejudicial de mérito ao exame do Judiciário²⁸⁰.

²⁷⁸ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 129.

²⁷⁹ Invocou precedentes: Apelação nº 0380620-14.2009.8.26.0000, rel. Des. Carlos Eduardo Pachi, j. 08.02.2010; Apelação nº 0132853-33.2008.8.26.0053, rel. Des. Oswaldo Luiz Palu, j. 13.08.2014; Apelação nº 0145199-78.2008.8.26.0000, rel. Des. Oscild de Lima Junior, j. 20.06.2011, entre outras.

²⁸⁰ “Para nós, na mesma posição, a atribuição do Tribunal de Contas é “meramente administrativa”, sendo a Corte de Contas classificada como “órgão administrativo independente”.

Na atividade administrativa, tendente a apurar ilícitos administrativos, isto é, atos positivos ou negativos imputados a funcionários públicos, em decorrência de infração a dispositivo estatutário expresso, a ação do Estado não é confiada nem a juízes, nem a tribunais. Desse modo, o “alcance” diferença para menos, que, em ajuste de contas públicas, ocorre entre os valores públicos pelos quais é responsável o funcionário diante da administração, é objeto de atividade administrativa, podendo ser submetido ao Tribunal de Contas, mas o “peculato”, crime típico, definido no Código Penal, art. 312, como “apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio”, é objeto de atividade jurisdicional penal, devendo seu autor ser julgado pelo “juiz do crime”, da vara criminal e, em segundo grau de jurisdição, pelos tribunais criminais, através de suas respectivas Câmaras.

Nunca o “alcance”, que não está previsto no Código Penal e, que, pois, não é delito típico, mas atípico, seria objeto de jurisdição penal e, por sua vez, o “peculato”, que é delito típico, nunca seria julgado pelo Tribunal de Contas que, a final, em sentença condenatória, condenasse o infrator a pena cominada no Código Penal. As

Outra parte entende que as decisões dos Tribunais de Contas têm natureza similar ao laudo pericial. Consoante Jacoby, a tese é frágil, uma vez que os laudos periciais podem ser superados e desconsiderados pelo Judiciário, enquanto a matéria de contas impõe limitações ao controle judicial. "O julgamento de contas, como salientou o eminente Ministro Adhemar Maciel, é prejudicial de mérito, o que impede que seja revisto ou desacolhido pelo Judiciário"²⁸¹.

A consequência deste debate é que, para a doutrina que considera que as decisões dos Tribunais de Contas são de caráter técnico-administrativo, é admitida a revisão de seu mérito pelo Poder Judiciário²⁸², revisão essa inadmissível se referidas decisões forem consideradas sob a perspectiva do caráter jurisdicional.

Sob esse aspecto, Silvio Luís Ferreira da Rocha aborda a natureza do título executivo indicado no §3º do artigo 71 da Constituição da República da seguinte forma:

Desta forma, as decisões condenatórias impositivas de débito ou multa deliberadas pelos Tribunais de Contas significariam títulos executivos judiciais que admitem apenas revisão limitada pela interposição de embargos à execução por título judicial.

questões decididas pelo Tribunal de Contas, na apreciação das contas dos responsáveis pelos dinheiros públicos, são meras "questões prévias", são simples "questões prejudiciais", constituem o *prius* lógico-jurídico de um crime, ou, pelo menos, de circunstância material desse crime" (CRETELLA JÚNIOR, José. Natureza das Decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 166, p. 10-11, out./dez. 1996).

²⁸¹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 173.

²⁸² "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. OPERAÇÃO DE FINANCIAMENTO POSTERIORMENTE CONSIDERADA REGULAR PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. NÃO VINCULAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO AO JULGAMENTO EXERCIDO PELA CORTE DE CONTAS. PRECEDENTES. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Não há violação ao art. 535 do CPC, posto que o Tribunal de origem se manifestou, de maneira clara e fundamentada, acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, apenas não adotando a tese defendida pelos recorrentes. 2. Ressente-se o recurso especial do devido prequestionamento no que tange aos artigos 47, 267, VI e 295, I e par. único, III, do CPC, já que sobre tais normas não houve emissão de juízo pelo acórdão recorrido, a despeito da oposição de embargos declaratórios, fazendo incidir o óbice do enunciado da Súmula 211 do STJ. 3. O controle exercido pelos Tribunais de Contas não é jurisdicional e, por isso mesmo, as decisões proferidas pelos órgãos de controle não retiram a possibilidade de o ato reputado ímprobo ser analisado pelo Poder Judiciário, por meio de competente ação civil pública. Isso porque a atividade exercida pelas Cortes de Contas é meramente revestida de caráter opinativo e não vincula a atuação do sujeito ativo da ação civil de improbidade administrativa. Precedentes: REsp 285.305/DF, Rel. Min. Denise Arruda, 1. Turma, DJ 13 dez. 2007; REsp 880.662/MG, Rel. Min. Castro Meira, 2. Turma, DJ 1 mar. 2007; e REsp 1.038.762/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 2. Turma, DJe 31 ago. 2009. 4. O mister desempenhado pelos Tribunais de Contas, no sentido de auxiliar os respectivos Poderes Legislativos em fiscalizar, encerra decisões de cunho técnico-administrativo e suas decisões não fazem coisa julgada, justamente por não praticarem atividade judicante. Logo, sua atuação não vincula o funcionamento do Poder Judiciário, o qual pode, inclusive, revisar as suas decisões por força Princípio Constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição). 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido".

O embargante, pela simetria que deve haver com o artigo 475-L do CPC, que cuida da impugnação, só pode alegar: a) falta ou nulidade de citação, se o processo correu à revelia; b) inexigibilidade do título; c) penhora incorreta ou avaliação errônea; d) ilegitimidade das partes; e) excesso de execução; f) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

Os que negam a tese da natureza jurisdicional admitem ampla cognição judicial em decorrência do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário. Neste caso, as deliberações dos Tribunais de Contas seriam títulos executivos extrajudiciais que fundamentariam a oposição de embargos à execução de forma ampla, pois o art. 745, V, do CPC admite possa o executado alegar nos embargos à execução qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa no processo de conhecimento.²⁸³

Em conclusão, Silvio Luís Ferreira da Rocha entende que as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas possuem natureza híbrida, posto que não se situam no âmbito das decisões judiciais e também não se comparam às decisões meramente administrativas. Argumenta com o histórico evolutivo das decisões proferidas nas Cortes Superiores que culminaram na Súmula Vinculante nº 3.

Por esta posição intermediária, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas não se encontra situada no mesmo nível que a decisão proferida por órgão da Administração Pública. A decisão do Tribunal de Contas não se iguala à decisão jurisdicional porque está, também, sujeita a controle pelo Poder Judiciário, mas, também, não se identifica com a função puramente administrativa. Ela teria fundamento constitucional e se sobreporia à decisão das autoridades administrativas. Neste sentido situar-se-ia antiga orientação do Supremo Tribunal Federal de que o conteúdo da deliberação do Tribunal de Contas não pode ser revisto, mas os aspectos relacionados à observância do devido processo legal seriam passíveis de controle. Com efeito, no Mandado de Segurança 6960, o Pretório Excelso, Relator Ministro Ribeiro Costa, assentou que a “decisão sobre a tomada de contas de gastos de dinheiros públicos, constituindo ato específico do Tribunal de Contas da União, *ex-vi* do disposto no art. 77, II, da Constituição Federal, é insuscetível de impugnação pelo mandado de segurança, no concernente ao próprio mérito do alcance apurado contra o responsável, de vez que não conclui, de plano, sobre a ilegalidade desse ato, salvo se formalmente eivado de nulidade substancial, o que, na espécie, não é objeto de controvérsias.

A ementa foi redigida do seguinte modo:

Ementa:

TOMADA DE CONTAS DE GASTOS DE DINHEIROS PÚBLICOS ALCANCE JULGADO DO TRIBUNAL DE CONTAS E DO JUÍZO CRIMINAL - EFEITOS JURÍDICOS - MANDADO DE SEGURANÇA.

Esta decisão foi invocada como precedente por outra, a de número 7280, Relator Ministro Henrique D’Avilla, que, em voto preliminar, não conheceu do writ nos termos postulados pela douta Procuradoria Geral da República – com assento em acórdão proferido no mandado de segurança 6960, de que foi relator o eminente Senhor Ministro Ribeiro da Costa. Na realidade – e essa foi a ideia que ganhou força – “o Tribunal de Contas, quando da tomada de contas de responsáveis por dinheiros públicos pratica ato insuscetível de impugnação na via judicial, a não ser quanto ao seu aspecto formal, ou de ilegalidade manifesta”.

²⁸³ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Controle Jurisdicional das decisões dos Tribunais de Contas. **Revista Faculdade de Direito PUCSP**, São Paulo, v. 1, p. 339-353, 2016.

A ementa foi assim redigida:

Ementa:

AO APURAR A ALCANCE DOS RESPONSÁVEIS PELOS DINHEIROS PÚBLICOS, O TRIBUNAL DE CONTAS PRÁTICA ATO INSUSCEPTÍVEL DE REVISÃO NA VIA JUDICIAL A NÃO SER QUANTO AO SEU ASPECTO FORMAL OU TISNA DE ILEGALIDADE MANIFESTA.

MANDADO DE SEGURANÇA NÃO CONHECIDO.

Com isso, houve uma mudança argumentativa, pois do não conhecimento pela inadequação da ação diante da não demonstração da presença de direito líquido e certo se passou a sustentar uma impossibilidade de controle judicial, exceto com relação a aspectos formais ou ilegalidades manifestas, que, resultou, inclusive, na edição da Súmula Vinculante número 03:

“Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação do ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.”²⁸⁴

O encaminhamento jurisprudencial ofereceu uma leitura sobre a natureza jurídica das decisões dos Tribunais de Contas, ao considerar que possui, na realidade, natureza de ato administrativo cujo conteúdo de mérito, quando revestido de sua competência exclusiva, como a análise das contas públicas²⁸⁵, não pode ser revisto, a não ser no que tange aos aspectos formais quanto à legalidade:

O julgamento objetivo das contas é matéria exclusiva do Tribunal de Contas, mas outros aspectos, que, repita-se, extrapolem os temas orçamentários, fiscal e contábil, não vinculam as demais autoridades em decorrência da independência e incomunicabilidade de instâncias. Isso porque, conforme referido, a competência do Tribunal de Contas limita-se a julgar, do ponto de vista objetivo, a regularidade dos gastos públicos e, nesse aspecto, o Tribunal de Contas ou os Conselhos de Contas emitem juízo constitucionalmente qualificado.²⁸⁶

Todavia, apesar das argumentações apresentadas, entendemos que as decisões dos Tribunais de Contas, seja na análise de sua competência de julgamento das contas de gestão com emissão de pareceres prévios na análise de contas de governo, quanto no exercício de controle e decisões sobre essas análises de gastos, possuem natureza de ato administrativo.

²⁸⁴ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Controle Jurisdicional das decisões dos Tribunais de Contas. **Revista Faculdade de Direito PUCSP**, São Paulo, v. 1, p. 339-353, 2016, p. 349.

²⁸⁵ "Podemos afirmar que as decisões dos Tribunais e Conselhos de Contas sobre a regularidade das contas prestadas, embora desprovidas de natureza judicial, possuem eficácia de coisa julgada administrativa e impedem que outro órgão, agente ou mesmo o cidadão as impugnem tanto no âmbito administrativo, quanto no âmbito judicial em decorrência da importância constitucional atribuída ao Tribunal e Conselhos de Contas, como órgão de controle encarregado de, mediante o procedimento de tomada de contas, apreciar as contas dos entes, órgãos e agentes que utilizem recursos públicos" (Ibidem, p. 349).

²⁸⁶ Ibidem, p. 353.

A possibilidade de revisão integral das decisões tomadas pelas Cortes de Contas pelo Poder Judiciário é garantida não apenas pela leitura do inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição da República, mas pela classificação da decisão tomada pelos julgadores.

Denota-se, como ponto de complementação de argumentação, que inclusive a decisão transitada em julgado perante o próprio Poder Judiciário pode ser revista em situações especiais, como no caso da ação rescisória (acrescentamos a *querela nullitatis insanable*) e a revisão criminal. Se o ordenamento jurídico brasileiro admite e excepciona a própria decisão judicial transitada em julgado, para revisão posterior, o que se dirá de decisões de caráter administrativo proferidas por órgãos não relacionados à função jurisdicional do Estado.

5.5. A individualização da conduta no julgamento perante os Tribunais de Contas.

Com a finalidade de analisar o processo de julgamento perante as Cortes de Contas e a necessidade de aplicação das garantias constitucionais, principalmente no que concerne à individualização da conduta, trataremos do processo administrativo de tomada de decisão pela Administração Pública, discutindo o comportamento dos agentes até o ordenador de despesas.

Da leitura dos julgados, verifica-se que a praxe nos Tribunais de Contas do país não é uníssona e apenas recentemente algumas das Cortes têm adotado o sistema de equacionamento dos comportamentos.

No que se refere à figura do ordenador de despesas, atualmente as decisões tomadas pelo TCU ainda o considera sob o preceito do *jus vigilando*, solidário nos casos de danos ao erário. A nova ordem hermenêutica inaugurada pela ampliação da Lei de Introdução das Normas de Direito Brasileiro pode alterar essa tendência.

Por uma questão de recorte metodológico, discutiremos as decisões referentes às prestações de contas do Chefe do Executivo, agentes públicos e daqueles que recebem dinheiro, bens e valores públicos, conforme a competência atribuída pelos incisos I e II do artigo 71 da Constituição da República, bem como as decisões em processos de auditoria sobre gastos públicos oriundos de análise, inspeções e representações, o que permitirá a visualização completa do escopo pretendido no presente trabalho.

5.5.1. Do julgamento das contas públicas

O julgamento das contas públicas é considerado um dos principais atributos dos Tribunais de Contas, sua análise é revestida de uma técnica objetiva e seu resultado, em que pese a possibilidade de revisão jurisdicional, tende a permanecer inalterado em razão da expertise que sustenta o mérito dessas decisões.

Visando delimitar o tema, serão abordadas especificamente as contas apresentadas pelo Presidente da República, nos termos do inciso I do artigo 70 da Constituição da República, cujos aspectos, por simetria, valem para os demais entes federados.

Consoante à norma constitucional, o Tribunal de Contas deverá "apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio, que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento".

Em relação aos Chefes do Poder Executivo, as contas são apenas apreciadas pelo Tribunal de Contas por meio de um parecer prévio. O julgamento propriamente dito ocorrerá na Casa Legislativa correspondente. Em síntese, as contas passam por uma avaliação técnico-jurídica da Corte de Contas e por uma avaliação política que culmina com a decisão do Poder Legislativo.

De acordo com a previsão do inciso XXIV do artigo 84 da Constituição da República, constitui dever do Presidente da República “prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior”.

No caso de omissão por parte do Presidente da República, caberá a Câmara dos Deputados proceder à tomada de contas, conforme prevê o artigo 51, inciso II, da Constituição da República.

Em regra, os Tribunais de Contas estabelecem o conteúdo e a forma da prestação de contas do Poder Executivo.

As contas da União são apresentadas sob a forma de Balanços Gerais da União - BGU e no relatório do órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo sobre a execução dos orçamentos da União (§5º do artigo 165 da Constituição da República).

O Tribunal de Contas verificará se o conteúdo do Balanço (BGU) representa adequadamente as posições financeira, orçamentária, contábil e patrimonial do ente federado

no encerramento do exercício, bem como se a gestão dos recursos públicos observou os princípios e as normas constitucionais e legais que regem a Administração Pública²⁸⁷.

As demais contas dos órgãos da Administração compreenderão quadro consolidado de gestão fiscal e relatório do respectivo órgão de controle interno, contendo a manifestação conclusiva acerca da conformidade da execução orçamentária e financeira com as metas fixadas no plano plurianual e nos dispositivos constitucionais e legais, levando em conta especialmente a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

A partir dos dados apresentados, é confeccionado um relatório sobre as contas do Presidente da República, contendo informações sobre a conjuntura econômica, financeira e orçamentária do exercício apurado; a análise sobre os resultados da atuação governamental a partir da verificação das metas dos programas temáticos do Plano Plurianual; a apuração da conformidade da gestão orçamentária e financeira em relação às normas constitucionais e legais que regem o tema, notadamente quanto ao cumprimento dos limites e parâmetros estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF); os resultados da auditoria do Balanço Geral da União referente ao exercício e as providências adotadas com relação às recomendações e alertas do Tribunal a respeito das contas do Presidente da República dos anos anteriores com referência ao Plano Plurianual.

O parecer prévio emitido pelo Tribunal baseia-se nos resultados das análises efetuadas e registradas no relatório, consigna as opiniões do TCU sobre a regularidade da gestão e exatidão dos demonstrativos contábeis da União, de responsabilidade do chefe do Poder Executivo Federal no exercício apurado.

Em regra, todos os pareceres devem manter como parâmetro os princípios da legalidade, eficiência, legitimidade e economicidade na gestão pública, tendo em vista ainda a governança e a gestão pública no âmbito da Administração Pública para formular recomendações e alertas ao Poder Executivo, que representam o papel colaborativo das Cortes de Contas com vistas à eficiência dos gastos públicos e ao melhor atendimento do interesse público.

O parecer prévio da Corte de Contas poderá indicar a aprovação ou reprovação das contas prestadas.

²⁸⁷ Cf. **Contas do Presidente da República de 2018** – Relatório, Parecer Prévio, Votos e Acórdãos. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/contas-do-presidente-da-republica-parecer-previo-e-sintese-do-relatorio.htm>>. Acesso em 1 ago. 2019.

No caso de aprovação das contas, aplica-se o disposto na Súmula nº 90 do TCU:

O Parecer Prévio, em sentido favorável, emitido pelo Tribunal de Contas da União, e a aprovação, mediante Decreto-Legislativo, pelo Congresso Nacional, das contas anuais do Presidente da República (consustanciadas nos Balanços Gerais da União e no Relatório da Inspeção-Geral de Finanças, do Ministério da Fazenda) não isentam os responsáveis por bens, valores e dinheiros públicos ou as autoridades incumbidas da remessa, de apresentarem ao Tribunal de Contas da União, por intermédio do órgão competente do Sistema de Administração Financeira, Contabilidade e Auditoria, as tomadas ou prestações de contas em falta, nem prejudicam a incidência de sanções cabíveis, por irregularidades verificadas ou inobservância de disposições legais e regulamentares concernentes à administração financeira e orçamentária da União.

Mesmo com a aprovação das contas, poderá a decisão apontar recomendações e, consoante o exposto no parágrafo primeiro do artigo 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal, deverão os Tribunais de Contas emitir alertas quando constatarem as seguintes situações:

- I - a possibilidade de ocorrência das situações previstas no inciso II do art. 4º e no art. 9º;
- II - que o montante da despesa total com pessoal ultrapassou 90% (noventa por cento) do limite;
- III - que os montantes das dívidas consolidada e mobiliária das operações de crédito e da concessão de garantia se encontram acima de 90% (noventa por cento) dos respectivos limites;
- IV - que os gastos com inativos e pensionistas se encontram acima do limite definido em lei;
- V - fatos que comprometam os custos ou os resultados dos programas ou indícios de irregularidades na gestão orçamentária.

No que tange à análise dos feitos de auditoria externa e decisões sobre as contas de governo, parte da doutrina entende que a indicação do alerta é uma obrigação dos Tribunais de Contas, uma vez que sua ausência poderia configurar um erro de julgamento.

Entendemos que a omissão na emissão do alerta pode ensejar a revisão da decisão do Tribunal de Contas que aprovou o parecer prévio das contas analisadas, uma vez que decorre de obrigação expressa prevista no parágrafo primeiro do artigo 59 da Lei de Responsabilidade Fiscal²⁸⁸.

²⁸⁸ “A nosso ver, a partir da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, os Tribunais de Contas, ao emitir um parecer prévio pela irregularidade das contas do Chefe do Poder Executivo, devem demonstrar o cumprimento do art. 59, §1º, da LRF sob o risco de ver suas decisões anuladas pelo Poder Judiciário” (SILVA, Moacir Marques da. **Controle Externo das Contas Públicas**: o processo nos Tribunais de Contas do Brasil. São Paulo: Atlas, 2014, p. 72).

Após a análise, o Tribunal de Contas restituirá ao Congresso Nacional as contas do Presidente da República, acompanhadas do parecer prévio do Plenário, do relatório apresentado pelo relator e das declarações de voto emitidas pelos demais ministros.

No caso da análise de contas do Presidente da República, o Congresso aprova o parecer prévio mediante maioria simples, porém, nos casos de análise das contas do Executivo Municipal realizadas pelas Câmaras Municipais, a alteração do resultado de mérito indicado pelo parecer prévio somente ocorre com a maioria qualificada de dois terços, de modo que, uma vez indicada a regularidade das contas, para julgá-la irregular a Câmara deverá contar com a maioria qualificada de seus membros.

Em caso de reprovação das contas do Executivo, o parecer prévio e a análise do Legislativo devem ser encaminhadas para o Ministério Público, para que se proceda à responsabilização do agente público.

Denota-se que a análise das contas públicas cuida dos aspectos contábeis e formais, trata-se de uma análise de conformidade legal, não analisa a qualidade do gasto público, se bem ou mal empregado em determinada obra ou contratação de serviço, apenas verifica a compatibilidade ou conformidade desse gasto com a legislação financeira.

Nesse sentido, não se questiona a conduta, o que é de responsabilidade exclusiva do Chefe do Poder Executivo, nos termos do inciso I do artigo 71 da Constituição da República.

5.5.2. Análise das contas dos ordenadores de despesas

Segundo o inciso II do artigo 71 da Constituição da República, compete ao Tribunal de Contas: "julgar as contas"²⁸⁹ dos administradores e demais responsáveis por

²⁸⁹ "Sobre o tema, destaca-se que o instituto da prestação de contas iniciou o seu desenvolvimento a partir das ciências contábeis, como elemento de registro dos lançamentos de débito ou crédito relativos a operações comerciais e financeiras; evoluiu, com as ciências econômicas, além da simples memória das transações financeiras, para um registro do planejamento e execução orçamentária. A rigor, prestar contas sempre implicou dar informação sobre pessoa ou coisa (incluindo valores) pela qual se é responsável.

Hodiernamente, a função do instituto da prestação de contas parte da obrigação social e pública de prestar informações sobre algo pelo qual é responsável (atribuição, dever). Esse conceito é base da transparência e do controle social, definições mais próximas do termo "governança", que por sua vez decorre do conceito de *accountability*. Governança é a capacidade do Governo de responder às demandas da sociedade, à transparência das ações do poder público e à responsabilidade dos agentes políticos e administradores públicos pelos seus atos, transcendendo ao conceito de prestação de contas tradicional de realizar bem determinada tarefa, dar conta de

dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público".

O julgamento das contas de gestão bem caracteriza a competência do Tribunal de Contas, inclui a discussão quanto ao caráter administrativo ou jurisdicional, em que pese ser o Tribunal de Contas o último órgão administrativo a opinar pela análise dos gastos.

O julgamento deve se ater a questões de ordem contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e focar aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

Em um primeiro momento, são partes no processo o responsável e o interessado. O responsável é o agente público indicado pela Constituição da República, Lei Orgânica ou legislação infraconstitucional. A responsabilidade recai sobre o agente e não sobre o órgão ou entidade.

O interessado corresponde àquele que poderá ser afetado pela decisão, no âmbito de sua esfera jurídica, em razão da relação que mantém com a Administração e, por isso, deve ser intimado para participar da relação processual.

Segundo o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, devem prestar contas os indicados nos incisos I e III a VIII do artigo 5º:

- I – qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária; [...]
- III – os dirigentes de empresas públicas e sociedades de economia mista constituídas com recursos da União;
- IV – os dirigentes ou liquidantes das empresas encampadas ou sob intervenção ou que, de qualquer modo, venham a integrar, provisória ou permanentemente, o patrimônio da União ou de outra entidade federal;
- V – os responsáveis pelas contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;
- VI – os responsáveis por entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado que recebam contribuições para-fiscais e prestem serviço de interesse público ou social;
- VII – todos aqueles que lhe devam prestar contas ou cujos atos estejam sujeitos à sua fiscalização por expressa disposição de lei;
- VIII – os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao

Distrito Federal, a município e a qualquer outra pessoa, física ou jurídica, pública ou privada;
[...]

O artigo 189 do Regimento Interno estabelece que as contas dos administradores e responsáveis serão submetidas a julgamento do Tribunal, sob a forma de tomada ou prestação de contas, que poderá ser ordinária, extraordinária ou especial.

A partir de 2018, o TCU definiu uma nova diretriz de prestação de contas por meio da Decisão Normativa TCU 170/2018, que previu ajustes na estrutura básica do relatório de gestão que compõe a peça de prestação de contas. A nova estrutura utiliza o modelo de "relato integrado", desenvolvido pelo *International Integrated Reporting Council* – Conselho Internacional para Relato Integrado – IIRC.

O objetivo foi tornar a prestação de contas mais eficiente e transparente, pretendendo-se a exposição das informações gerenciais num sistema que permita visualizar a aplicação do recurso combinada com o alcance dos resultados.

O TCU emite atos normativos sobre a prestação e o julgamento das contas dos administradores (art. 3º da LOTCU). A Instrução Normativa TCU 63/2010 estabelece normas de organização e de apresentação dos relatórios de gestão e das peças complementares que constituirão os processos de contas.

Também há duas decisões normativas sobre a matéria, editadas para cada exercício financeiro. Uma estabelece regras para a apresentação das contas pelos administradores, especialmente, para a elaboração do relatório de gestão; outra determina as unidades prestadoras de contas cujos responsáveis terão as contas julgadas pelo Tribunal e estabelece as regras para as instâncias que atuarão na análise das contas para o julgamento.

Por fim, a Portaria do TCU traz orientações adicionais para a elaboração do relatório de gestão, rol de responsáveis e peças complementares que constituirão os processos de contas, bem como procedimentos para a operacionalização do Sistema de Prestação de Contas – e-Contas.²⁹⁰

Até o ano de 2017, os diversos órgãos dos Ministérios prestavam contas individualmente, porém, a partir da nova determinação, estabeleceu-se a consolidação das contas da alta administração da Unidade Prestadora de Contas – UPC, por meio do Relato Integrado.

²⁹⁰ Relatório de Gestão na Forma de Relato Integrado: evolução da prestação de contas. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/contas/contas-e-relatorios-de-gestao/>>. Acesso em 1 ago. 2019.

O Relato Integrado é uma nova abordagem acerca da preparação de relatórios, baseada em processos de controle e de gestão fundados na maior transparência dos órgãos prestadores das contas para com os órgãos de controle e com a sociedade. As diversas unidades operacionais e seus recursos, com a indicação de seus objetivos institucionais, devem ser levadas em conta para a integração das informações financeiras sobre a estratégia, governança, desempenho e perspectivas da organização²⁹¹.

Além das contas da alta administração apresentadas por meio de relatórios integrados, em relação aos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, continuam válidos e exigíveis os processos de tomada e prestação das contas, que devem ser encaminhadas anualmente ao Tribunal para apreciação e julgamento²⁹².

Alguns desses relatórios de gestão, selecionados segundo critérios de risco, materialidade e relevância e acompanhados por outras informações produzidas pelos órgãos de auditoria e controle interno e pelas instâncias de controle fiscal e administrativo que têm a obrigação legal de se manifestarem sobre a gestão, são apreciados pelo Tribunal sob a forma de tomadas e prestação de contas.

Essas tomadas e prestações de contas são analisadas sob os aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade, eficiência e eficácia, após o que são julgadas regulares, regulares com ressalvas, irregulares ou ilíquidáveis. A primeira hipótese ocorre quando a conta expressa, de forma clara e objetiva, a exatidão dos demonstrativos contábeis, a legalidade, a legitimidade e a economicidade dos atos de gestão do responsável. As ressalvas, por sua vez, decorrem da existência de impropriedades ou falhas de natureza formal de que não resultem danos ao erário.

Já a ocorrência de irregularidades das contas advém da omissão no dever de prestá-las; da prática de ato de gestão ilegal, ilegítimo, antieconômico, ou infração a norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial; de dano ao erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico; de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos e de reincidência no descumprimento de determinações do Tribunal. Por fim, as contas serão consideradas ilíquidáveis quando caso fortuito ou força maior tornar materialmente impossível o julgamento de mérito.

No julgamento desses processos são respeitados o contraditório e o direito à ampla defesa dos responsáveis, com todos os elementos a ela inerentes. Assim, o Tribunal, diante de irregularidades detectadas em suas análises, determina a realização de diligência, audiência prévia ou citação dos interessados, que, não as atendendo, são considerados revêis e como tal julgados.²⁹³

²⁹¹ Em 2018, o Ministério da Fazenda entregou ao TCU apenas um único relatório, com 176 páginas, do qual se excluíram as empresas públicas, que continuam elaborando relatório separado. Em 2017, foram entregues 43 relatórios, totalizando, aproximadamente, 1.800 páginas. Cf. <<https://portal.tcu.gov.br/contas/contas-e-relatorios-de-gestao/>>. Acesso em 1 ago. 2019.

²⁹² As unidades jurisdicionadas ao Tribunal ultrapassam 8.500. São aproximadamente 3.000 órgãos e entidades federais, excluídas as respectivas subunidades, 5.506 prefeituras municipais, além dos governos estaduais e do Distrito Federal (cf. <<https://portal.tcu.gov.br/institucional/conheca-o-tcu/competencias/>>. Acesso em 1 ago. 2019.

²⁹³ SILVA, Moacir Marques da. **Controle Externo das Contas Públicas: o processo nos Tribunais de Contas do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 74.

Referidas prestações de contas demandam a individualização da conduta, uma vez que o resultado, além das sanções administrativas, pode acarretar providências paralelas, como inelegibilidade, responsabilidade penal e por improbidade administrativa.

É importante destacar que a irregularidade na prestação de contas não está relacionada a uma falta material que resulte necessariamente em falta criminal, de improbidade. Neste ponto, permanece a independência de instâncias, sendo a indicação de irregularidade um meio de provocar os órgãos competentes sem que, no entanto, sejam produzidos efeitos permanentes.

A decisão que determina a restituição de verbas ao erário possui natureza de título executivo extrajudicial, pode igualmente constituir um meio de prova relativo, que pode ser contestado pela parte judicialmente por meio da peça processual própria.

A modernização no sistema de apuração dos gastos públicos e fiscalização das contas permite que o TCU tenha acesso a dados que possibilitam a identificação de problemas concomitantes e que também instruem o processo interno de tomada de contas.

A tomada de contas é o levantamento preparado por servidor de contabilidade analítica de um órgão da Administração Direta, segundo normas e procedimentos preestabelecidos e sob a forma de processo administrativo, incidente sobre os atos e fatos da gestão orçamentária, financeira e patrimonial sob a responsabilidade de um ou mais agentes, num determinado exercício ou período de gestão²⁹⁴.

No caso de uma entidade da Administração Pública indireta, no que tange aos atos de gestão praticados por seus dirigentes, cabe ao agente responsável elaborar um processo de prestação de contas com base nas normas de contabilidade analítica e submetê-lo ao Tribunal.

A Tomada de Contas Especial, segundo a Instrução Normativa nº 71 do TCU, "é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à Administração Pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis, e obter o respectivo ressarcimento".

²⁹⁴ SANCHES, Oswaldo Maldonado. **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**. Brasília: Prisma, 1997, p. 264.

A Tomada de Contas Especial deverá apurar irregularidades, identificando a conduta de cada um dos responsáveis e a extensão do dano provocado por suas ações. A vantagem deste instrumento é que, no caso de o dano ser ressarcido antes do julgamento, poderá ser dispensada a análise pelo Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas da União conta atualmente com o sistema informatizado de Tomada de Contas Especial – o e-TCE –, que permite o acompanhamento concomitante ao controle interno das medidas que estão sendo adotadas nos casos em que o agente responsável por atos de gestão e guarda de bens ou valores públicos deixou de prestar contas dentro do prazo regulamentar, bem como quando ficar evidenciada a ocorrência de desfalques, desvio de bens ou outras irregularidades que acarretem prejuízo ao erário.

A Decisão Normativa do TCU nº 155 estabelece como requisito indispensável ao controle interno a manifestação conclusiva sobre:

- I - a adequada caracterização dos fatos, com indicação das normas ou regulamentos eventualmente infringidos, atentando para a existência de documentos, relatórios, pareceres com informações precisas sobre os fatos causadores do dano apurado;
- II - a correta identificação do responsável, com a avaliação do nexo de causalidade entre a sua conduta e a irregularidade causadora do dano, bem como a adequação dos elementos constantes da matriz de responsabilização de que trata a alínea “a” do inciso II do art. 4º;
- III - a precisa quantificação do dano, dos valores eventualmente recolhidos e consignação das respectivas datas de ocorrência;
- IV - a existência de todas as peças necessárias para a composição do processo de tomada de contas especial;
- V - a tempestividade da adoção das medidas administrativas e da instauração da tomada de contas especial.

Os próprios comandos normativos expedidos pela Corte de Contas ressaltam a necessária identificação do responsável, para possibilitar a individualização de sua conduta e a condução do processo respeitadas as garantias relativas ao devido processo legal.

A delimitação do nexo de causalidade entre a conduta do agente e a irregularidade causadora do dano apontam expressamente o requisito da culpabilidade, ou seja, o dever da autoridade controladora de apurar o grau da culpa e o dolo diante do fato, condição do julgamento pela Corte de Contas.

A individualização da conduta possui tamanha relevância tanto que o normativo, entre outros aspectos, destacou no parágrafo primeiro do artigo 7º que "caso o órgão de controle interno constata falhas que prejudiquem a verificação dos elementos essenciais para a caracterização das irregularidades, **identificação dos responsáveis** ou quantificação do dano,

deve solicitar à autoridade administrativa a correção/complementação das informações para a continuidade do processo".

A Tomada de Contas Especial consubstancia processo que se inicia com a instauração perante a própria autoridade administrativa (unidade ou superior hierárquico) quando constatada ao menos uma das três condutas indicadas: omissão na prestação de contas, prestação de contas irregular ou dano ao erário.

O julgamento, no entanto, é realizado pelo Tribunal de Contas, sendo evidente a obrigatória observância do devido processo legal em ambas as fases processuais: interna, perante a autoridade administrativa, e externa, perante a Corte de Contas, sob pena de nulidade do processo.

Consoante disposto no artigo 3º da Instrução Normativa nº 71 do TCU, na omissão no dever de prestar contas; ou não comprovação da aplicação de recursos repassados pela União mediante convênio, contrato de repasse, ou instrumento congênere; na ocorrência de desfalque, alcance, desvio ou desaparecimento de dinheiro, bens ou valores públicos; ou na prática de ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao erário, a autoridade competente deve imediatamente, antes da instauração da Tomada de Contas Especial, adotar medidas administrativas para caracterização ou elisão do dano, observados os princípios norteadores dos processos administrativos.

Mencionado comando normativo consubstancia medida de economia processual, uma vez que, sanada a irregularidade, o processo deixa de ser apreciado. Salvo quando constatada a ocorrência de grave irregularidade ou ilegalidade de que não resulte dano ao erário, mas de nítido interesse público na apuração, deverá a autoridade administrativa representar perante o TCU.

Os prejuízos ao erário podem caracterizar-se, com base em três naturezas distintas como ilegais²⁹⁵, ilegítimos²⁹⁶ ou antieconômicos²⁹⁷.

²⁹⁵ "Em remate a esses ensinamentos, é correto concluir que a prática de um ato não previsto em lei e que gera despesa é um ato ilegal, danoso ao erário, impondo o dever de ressarcir ao responsável e aos que tiveram proveito" (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tomada de Contas Especial**: desenvolvimento do processo na Administração Pública e nos Tribunais de Contas. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 174-175).

²⁹⁶ "Traduz o controle de legitimidade a aferição direta entre os motivos determinantes do ato administrativo e os resultados diretos e indiretos alcançados ou pretendidos. Nesse itinerário, desde a preparação do ato administrativo até a sua consumação, devem operar, em plenitude, os vetores da impessoalidade e da supremacia do interesse público" (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tribunal de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 53).

A decisão do Tribunal de Contas em Tomada de Contas Especial tem natureza de título executivo no caso de seguir-se a reparação judicial dos prejuízos apurados.

5.5.3. As decisões em análise de gastos públicos mediante auditorias em processo administrativo de contratação e a pessoa do ordenador de despesas

O Decreto-Lei nº 200/67 define ordenador de despesas "como toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio".

Com a finalidade de controle, o mesmo diploma legal prescreve em seu artigo 80 que os órgãos de contabilidade deverão inscrever o ordenador de despesas como responsável, que somente será exonerado deste mister após a aprovação de suas contas pelo Tribunal de Contas.

Art. 80 Os órgãos de contabilidade inscreverão como responsável todo o ordenador de despesa, o qual só poderá ser exonerado de sua responsabilidade após julgadas regulares suas contas pelo Tribunal de Contas.

Parágrafo 1º - Ordenador de despesa é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda.

Parágrafo 2º - O ordenador de despesa, salvo conivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas.

Parágrafo 3º - As despesas feitas por meio de suprimentos, desde que não impugnadas pelo ordenador, serão escrituradas e incluídas na sua tomada de contas, na forma prescrita; quando impugnadas, deverá o ordenador determinar imediatas providências administrativas para a apuração das responsabilidades e imposição das penalidades cabíveis, sem prejuízo do julgamento da regularidade das contas pelo Tribunal de Contas.

O ordenador de despesas será necessariamente uma autoridade administrativa, devendo emitir as notas de empenho, autorização e pagamento, suprimento de dispêndio de recursos financeiros, ou seja, intimamente ligado à execução orçamentária da despesa.

²⁹⁷ “A economicidade deve ser analisada de forma concomitante com os princípios da eficiência e da razoabilidade. Não se trata de buscar o menor custo ou de gastar menos. Cuida-se de gastar bem, atendendo às necessidades a um custo razoável” (LIMA. Luiz Henrique. **Controle Externo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 38).

Nessa circunstância, para identificação do ordenador de despesa, é importante que este só possa assim ser considerado quando investido de autoridade administrativa, via de consequência, não podendo ser reconhecido na pessoa do agente subordinado. Por isso, o simples assinador de empenho, o servidor que realiza a liquidação da despesa ou o seu pagamento, em princípio, não pode ser identificado como o ordenador de despesa. Ordenador de despesa é a autoridade administrativa, o responsável mor, com poderes e competência para determinar ou não a realização da despesa, de cujo ato gerencial surge a obrigação de justificar o bom e o regular uso dos dinheiros públicos.

Dessa forma, Ordenador de Despesa é o agente público com autoridade administrativa para gerir os dinheiros e bens públicos, de cujos atos resulta o dever de prestar contas, submetendo-se por isso, ao processo de tomada de contas, para fins de julgamento perante o Tribunal de Contas.

Como os Chefes de Poder Executivo, Presidente da República, Governadores e Prefeitos por possuírem foro privilegiado, não estão sujeitos a julgamento perante o Tribunal de Contas, conseqüentemente, não podem ser considerados Ordenadores de Despesa, nem serem submetidos ao processo de tomada de contas. Tratam-se de agentes políticos que detêm funções governamentais, com poderes de conduzir os negócios públicos, consoante um plano de governo.²⁹⁸

O Decreto-Lei 200/67 diferenciou a função do ordenador de despesa originário – aquele que recebe do ordenamento a função adstrita ao cargo que ocupa, como os Ministros e Secretários de Estado, dirigentes de autarquias, fundações, sociedade de economia mista e empresas públicas – e o ordenador de despesa derivado – aquele que recebe do superior hierárquico a atribuição de conduzir os negócios públicos, tratando-se esta de uma função delegada.

Na inteligência do §1º do artigo 80 combinado com o artigo 84 do Decreto-Lei 200/67, caso o ordenador de despesas derivado não preste as contas ou cause alguma irregularidade ou prejuízo ao erário, passa a ser o responsável direto pelo ato praticado, o que enseja a instauração de Tomada de Contas Especial e isenta o ordenador de despesas principal de qualquer responsabilidade.

No âmbito deste estudo, cumpre destacar o papel dos ordenadores de despesas nas contratações administrativas e a importância da individualização de sua conduta.

A Lei de Responsabilidade Fiscal acrescentou à fase interna de licitação a obrigatoriedade de documentação quanto à criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento de despesa, a necessária demonstração da estimativa de

²⁹⁸ MILESKI, Hélio Saul. O ordenador de despesa e a lei de responsabilidade fiscal conceituação e repercussões jurídico-legais. **Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP**, Belo Horizonte, ano 1, n. 8, ago. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=7182>>. Acesso em: 23 maio 2019.

impacto orçamentário-financeiro no exercício a entrar e vigor e nos dois exercícios subsequentes e a declaração do ordenador de despesas sobre a adequação orçamentária e financeira do aumento da despesa em relação à lei anual, além da compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Os artigos 7º, 14 e 38 da Lei de Licitações tratam das obrigações orçamentárias oriundas da contratação, atribuindo ao ordenador de despesas a competência para os atos de emissão de nota de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos públicos.

A partir da Constituição da República de 1988, os agentes públicos não respondem objetivamente pelos atos praticados, deve-se demonstrar o grau da culpa e a relação de causalidade entre a conduta e o evento danoso.

Todavia, conforme destacado alhures, responde necessariamente pela prestação de contas todo aquele que administra dinheiros, bens e valores públicos, de modo que o ordenador de despesas pode ser responsabilizado por um processo de contratação.

A Lei nº 4.320/64 dispõe sobre as normas de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, dispondo sobre os requisitos para pagamento de despesa pública:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito.

§1º Essa verificação tem por fim apurar:

I – a origem e o objeto do que se deve pagar;

II – a importância exata a pagar;

III – a quem se deve pagar a importância, para extinguir a obrigação.

§2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base:

I – o contrato, ajuste ou acordo respectivo;

II – a nota de empenho;

III – os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço.

Para que seja efetivado, o pagamento da despesa depende de certificação em processo de liquidação, do adimplemento da obrigação pelo contratado e da liberação dos recursos públicos mediante autorização assinada pelo ordenador de despesas.

A repartição de funções permite um sistema de controle ininterrupto, uma vez que o trabalho de diversos agentes em um mesmo processo importa em revisões sistemáticas, o

que, no entanto, não representa de imediato presunção de coautoria em irregularidades delimitadas de acordo com a competência de cada um dos participantes.

A norma de regência estabelece a solidariedade do ordenador de despesas uma vez comprovada irregularidade no pagamento, a partir da presunção objetiva de que lhe caberia o saneamento final do processo de contratação.

Em reiterados julgados, o Tribunal de Contas da União atribui essa responsabilidade ao ordenador de despesas pelo simples ato de assinar os documentos que compõem o instrumento de liquidação da despesa²⁹⁹. Entretanto, dada a nova ordem hermenêutica estabelecida pelo artigo 22 da LINDB, entendemos que melhor depuração dos fatos deverá ser considerada para que se atribua responsabilidade ao agente.

Confere-se ao ordenador de despesa a incumbência de controlador, nos termos das responsabilidades referidas no Decreto-Lei nº 200/67, no Decreto nº 93.872/86 e na Lei de Responsabilidade Fiscal. Em acréscimo, o artigo 113 da Lei de Licitações designa o controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos ao Tribunal de Contas e aos órgãos da Administração.

Consoante à descrição normativa (artigo 80, §1º), ordenador de despesas "é toda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimimento de dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda".

Denota-se que por ser o responsável direto pelo erário público, acaba por se tornar o principal personagem no processo de contratação e gastos realizados pela Administração Pública.

O cerne da discussão encontra-se na definição da conduta expressa no artigo 90 do Decreto-lei 200/67, que indica a responsabilidade do ordenador de despesas e do responsável pela guarda de dinheiros, valores e bens pelos prejuízos que causarem à Fazenda Pública.

²⁹⁹ "[...] a alegação de que não era responsável não se sustenta. A lei exige a assinatura nos documentos exatamente para delimitar responsabilidades. A participação de vários agentes é um método de controle amplamente utilizado, tanto no setor público quanto no privado. Conforme a importância de um ato ou decisão, maior o número de responsáveis chamados a participar da operação. Quem, de fato, autoriza os atos administrativos é quem os assina: sem assinatura do ordenador de despesas, não há gestão de recursos financeiros do órgão. Quem assina um documento é responsável pelos seus efeitos; se assinou conjuntamente, continua responsável, só que solidariamente com os demais assinantes. A assinatura do administrador público em contratos, convênios, empenhos, ordens bancárias, cheques e demais instrumentos de administração não é meramente decorativa; tem por função garantir a responsabilidade do assinante. Assim, a cadeia das relações causais que culminaram no indevido pagamento remete à responsabilidade solidária dos agentes arrolados neste feito" (Acórdão n. 344/2007, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, processo nº 018.650/20030).

Torna-se fundamental constatar o prejuízo ao erário. A indicação de que qualquer ação ou omissão que afete ao erário enseja a responsabilidade do agente pode configurar uma ilegal presunção de responsabilidade equiparada à responsabilidade objetiva de pessoa física.

Neste ponto, vale destacar quais são as responsabilidades de fato incumbidas aos ordenadores de despesas, conforme previsto em diversos textos legais:

- a) O artigo 16 da Lei de Responsabilidade Fiscal exige a declaração do ordenador de despesas de que o aumento encontra conformidade orçamentária e financeira com a Lei Orçamentária Anual e apresenta compatibilidade com o Plano Plurianual e com a Lei de Diretrizes Orçamentárias. Assim, a cada empenho, licitação e contratação deverá existir no processo administrativo de referência a declaração expressa do ordenador de despesas sobre a compatibilidade da despesa realizada e a suficiência de receita.
- b) O Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000, que regulamenta o pregão, descreve como competência do ordenador de despesas: a definição do objeto; o valor estimado das planilhas; justificar a necessidade da contratação; estabelecer os critérios de aceitação das propostas, as exigências de habilitação, as sanções administrativas aplicáveis por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos e das demais condições essenciais para o fornecimento; designar dentre os servidores do órgão ou da entidade promotora da licitação o pregoeiro responsável pelos trabalhos do pregão e a sua equipe de apoio. Essas competências podem ser delegadas.
- c) O Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019 regulamenta o pregão na forma eletrônica e dispõe sobre o uso e dispensa eletrônica, no âmbito da administração federal (estendida a todos os entes federados que receberem valores da União para realização do objeto contratado. Referidas regras devem ser somadas ao Decreto nº 3.555/2000.
- d) O Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, disciplinando o pagamento de despesas na esfera federal, estabeleceu que a ordem de pagamento será dada em documento próprio, assinado pelo ordenador da despesa e pelo agente responsável pelo setor financeiro. O ordenador poderá conceder suprimentos de fundos a servidor, nas hipóteses destacadas em seu artigo 45. Além disso, a inscrição de restos a pagar não processados fica condicionada à indicação do ordenador.
- e) responsabilidade de prestação de contas, tomada de contas e de responder sobre todos os gastos públicos, quando solicitado.

O Decreto-lei nº 200/67 destaca no caput do artigo 80 que todos os órgãos de contabilidade deverão inscrever o responsável como ordenador de despesas, que apenas deixará de cumprir com tal obrigação quando suas contas forem julgadas regulares pelo Tribunal de Contas.

Em relação ao cumprimento dos princípios que regem o Direito Administrativo brasileiro, principalmente os expressos no artigo 37 da Constituição da República, espera-se que o profissional indicado como ordenador de despesas possua a qualificação técnica necessária e que lhe sejam oferecidas as garantias mínimas para o ótimo exercício da função.

O cumprimento da moralidade administrativa e a eficiência no serviço público demandam a nomeação de um profissional que possua ao menos conhecimentos regulares sobre o funcionamento da Administração Pública e que detenha elevado senso de observação para o enfrentamento das dificuldades diárias.

Merece destaque a ressalva prevista no §2º do artigo 80 do Decreto-lei nº 200/67, que exclui a responsabilidade do ordenador de despesas por atos praticados por seus subordinados quando praticados em excesso aos limites conferidos pela delegação.

Sob a lógica do artigo 22 a seguir, deve a decisão administrativa ou judicial considerar as circunstâncias que particularizam o caso concreto, como a presença de situação excepcional:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Verifica-se que não há espaço para a indicação objetiva do ordenador de despesas, mesmo que siga a praxe administrativa de assinar a conferência de laudos, vistorias, processo administrativo de contratação, entre outros instrumentos.

Considere-se a contratação de um serviço por parte da Administração Pública precedida de processo de licitação. Na fase interna do certame ocorre a pesquisa de preços, em que um agente público, cujos atos gozam de presunção de veracidade, indica ao ordenador de despesas que realizou seu mister. O agente responsável por planilhar o projeto e quantificá-lo, geralmente em obras de engenharia, detém certa expertise que muitas vezes escapa do ordenador de despesas, o fiscal do contrato na fase de execução, que assina a entrega do objeto. Exigir um comportamento de agente do controle por parte do ordenador de despesas³⁰⁰ escapa muito da realidade vivida no dia a dia de uma gestão pública.

³⁰⁰ Trecho da decisão tomada pelo Conselheiro João Antonio nos autos do TC nº 360/13 englobado com o TC nº 3.417/13: “No caso concreto, aplicar sanção aos diretores-presidentes com base apenas na função ocupada, sem demonstração probatória da conduta comissiva ou omissiva que contribuiu para a irregularidade seria adotar analogamente, de forma equivocada, a Teoria do Domínio do Fato, na seara do Direito Administrativo. A alteração na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (artigo 22, §1º, LINDB) passou a prescrever a necessidade de individualização da conduta, devendo as mesmas serem pontuadas nos limites de ação comissiva ou omissiva. Requerendo numa ou noutra hipótese provas de sua intervenção objetiva no ato concreto ou na irregularidade apontada.

No caso posto, temos que as irregularidades são passíveis de individualização para a imputação de penalidade. Inclusive o tema é tão assente na jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral, que vale citar a decisão proferida, por unanimidade, nos autos do Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral 46-20.2016.6.17.01 07/P, do ano de 2017, de relatoria da Excelentíssima Ministra Luciana Lóssio, oportunidade em que afirmou: “A correta individualização da conduta é imprescindível para que esta Justiça Especializada proceda ao devido enquadramento jurídico da rejeição de contas, a fim de reconhecer – ou não – a incidência da causa de inelegibilidade”.

Destarte, é imperioso que seja efetuada a especificação e personificação das condutas praticadas uma a uma por cada agente.

A nova orientação legal introduzida pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro apenas normatizou o que parte da doutrina já entendia ser o justo e que na grande maioria das vezes também tentava aplicar em meus julgamentos, a indicação pessoal da conduta do agente, qual o grau de sua participação na ocorrência do ato danoso à Administração Pública.

Neste entendimento tenho que a ausência de orçamento detalhado deveria ser de indicação ao responsável pela confecção da pesquisa de preço e instrumentalização do processo administrativo que deu origem ao processo de licitação.

Em análise aos documentos dos autos, o responsável pela pesquisa de preços foi o agente Antonio Mondadore (Consultor Interno de Gestão) – fls. 25/28, conferido por Carlos Lunardi Bigotto e Wagner Quarterone. Dos responsáveis pela elaboração do ato administrativo apenas Wagner Quarterone foi indicado pela Auditoria como responsável e intimado para apresentação de defesa. Desta forma, a eventual aplicação de penalidade deveria apenas recair na pessoa de Wagner Quarterone e não nos demais indicados nas folhas 238 dos autos do TC 360/2013.

Quanto à restrição indicada pela necessidade de visita técnica, de fato concordo com Vossa Excelência e neste particular a responsabilidade deve ser indicada aos responsáveis pela confecção do Termo de Referência (fls. 10/14 do TC 360/2013), no presente caso ficou a encargo de Luiz Alberto dos Reis – Diretor de Sinalização – e George Baltazar Jr – Superintendente administrativo – ambos não intimados no presente processo. Conforme muito bem destacou Vossa Excelência, esta irregularidade resultou em um prejuízo real ao erário, ante a desclassificação de empresas que ofertaram melhor proposta à Administração Pública.

Desta forma, em que pese reconhecer a irregularidade, afastar, quanto a este quesito, a aplicação de multa aos responsáveis, mas existe a manutenção da irregularidade quanto à necessidade de sindicância interna para apuração da responsabilidade individual de cada um dos agentes.

Quanto à execução contratual, destaco que as irregularidades são oriundas da fase de elaboração do edital e, quanto à fiscalização do contrato, com a indicação precisa por parte da Auditoria quanto à responsabilidade de cada um dos agentes (fls. 546 do TC 3.417/2013).

O *caput* e o parágrafo primeiro do art. 22 devem ser lidos conjuntamente. Ambos os dispositivos exigem a contextualização no manejo das normas de Direito Público, mas enquanto o primeiro foca na interpretação, mais genericamente, o segundo foca no controle. Nos dois casos, impõe-se a atenção às circunstâncias dos casos concretos, evitando-se que os enunciados normativos sejam lidos ou aplicados de forma indiferente a fatos ou condições relevantes.

[...]

Há algo a se adicionar sob uma perspectiva mais procedimental. Como o novo dispositivo legal impõe *consideração a obstáculos e dificuldades reais*, parece evidente que a menção a estes dois elementos deverá estar presente na motivação dos atos administrativos.³⁰¹

O corpo do dispositivo legal aponta como destinatários os agentes públicos, leia-se, todos que funcionam de alguma forma na máquina administrativa e que colaboram na formação do dispêndio de gasto público, bem como aqueles encarregados do julgamento de suas ações.

Para cumprir o dispositivo indicado no parágrafo primeiro do artigo 22 da LINDB, o julgador será obrigado a descrever em sua decisão as circunstâncias evidenciadas no caso concreto, para materializar ou afastar eventual exceção no processamento ordinário da despesa, de forma a caracterizar a imputação subjetiva do ordenador de despesas³⁰².

Essa nova determinação da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, interpretada sob a premissa de exclusão da responsabilidade por atos praticados por subordinados, somada às prerrogativas às quais os agentes públicos são investidos, como a presunção de veracidade das informações prestadas e a presunção de legitimidade e legalidade dos atos praticados, considerando ainda o disposto no inciso XLV do artigo 5º da Constituição da República, indica, além da necessidade de individualização da conduta para o fim de

Desta forma, acompanho o relator quanto à irregularidade dos instrumentos e da execução contratual, todavia, devendo a responsabilidade recair apenas nos agentes que atuaram diretamente na confecção do edital, do contrato e fiscalização contratual, conforme descrito acima, excluindo os diretores-presidentes indicados como responsáveis, uma vez que as irregularidades devem ser aplicadas com indicação precisa da participação de cada agente público e, a partir da nova disposição da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, deve levar em consideração as dificuldades reais do gestor e as exigências do cargo”.

³⁰¹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

³⁰² "O mesmo se mostra vinculante para procedimentos administrativos disciplinares ou de tomadas de contas, nos quais se apuram responsabilidade de gestores. Na fundamentação de decisões tendentes a embasar possível aplicação de sanção se torna obrigatório que o quadro de dificuldades seja analisado, desde que possa ter relevância na hipótese fática" (NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito brasileiro**: paradigmas para interpretação e aplicação do Direito Administrativo. São Paulo: Contracorrente, 2019, p. 86).

aplicação de sanção, a obrigação dos órgãos de controle de descreverem na exordial acusatória os fatos imputados ao ordenador de despesas.

No âmbito dos Tribunais de Contas, firma-se o dever de prestação de contas como âncora para imputar ao ordenador de despesas a obrigação de responder aos processos de análise corrente de gastos, como as auditorias em face de contratações correntes, cuja apuração envolve a análise de todo o procedimento.

O que se verifica na realidade é a exaustão dos gestores públicos, que dispendem tempo significativo para responder aos processos que, em regra, ultrapassam o lapso de mandato e infligem aflições (principalmente às pessoas de bem) enquanto se arrastam nas Cortes de Contas.

A individuação da conduta deve se dar necessariamente a partir do momento de apresentação da acusação no processo administrativo, com a delimitação exata dos fatos imputados a cada um dos agentes. A título de ilustração, apontamos julgado do TCU, o acórdão 2.250/2019³⁰³, que corretamente descreve nos apontamentos de auditoria os agentes responsáveis e sobre quais acusações cada um deverá responder perante a Corte de Contas.

Outro exemplo digno de nota, a ser seguido pelas demais Cortes de Contas do país, é a Resolução nº 18/19 do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, que alterou o trâmite processual perante a Corte de Contas com a finalidade de se apurar preliminarmente o limite da responsabilidade e a identificação de todos os agentes antes de tornar-se o relatório de auditoria peça inaugural do processo ordinário de análise de gastos públicos.

Em adoção ao novo procedimento perante o TCMSP, a Auditoria ao realizar uma fiscalização de contas deverá confeccionar um relatório preliminar, que deverá ser encaminhado para a parte auditada, e não para a defesa, para que elucide o Relator quanto aos fatos, podendo indicar os responsáveis que não foram indicados pela auditoria, acrescentar documentos e contra-argumentar fatos diante de instrumentos probatórios válidos.

³⁰³ Acórdão 2250/2019 - Plenário. Relator: Augusto Sherman. Processo: 014.153/2014-9. Data da sessão: 18/09/2019. Trecho extraído da fundamentação da decisão: “Nesse sentido, mesmo em um cenário de delegação de competência (Lei 1.088/2002 – peça 193), o então gestor municipal detinha o dever de supervisionar a atuação das pastas municipais. O ateste da execução das obras, levado a cabo pela administração conduzida pelo ex-prefeito, deveria tomar por base comprovantes de pagamentos de salários e demais encargos trabalhistas e previdenciários, cuja ausência confirmou os indícios de dano ao erário ensejadores da atuação da presente TCE. Assim, o ex-prefeito também deve responder pelo dano observado, em solidariedade aos demais responsáveis, bem como deve ser aplicada a ele a multa prevista no art. 57 da Lei Orgânica”.

Com o recebimento da resposta da parte auditada, o Relator poderá fixar os pontos atinentes ao limite da apuração e transformar o relatório preliminar em definitivo. Com a fixação dos pontos no relatório definitivo, as partes serão intimadas para apresentação de defesa, seguindo então o processo o rito ordinário até julgamento final pelo Plenário da Corte de Contas.

Esse instrumento permite que o ordenador de despesas indique responsáveis e as dificuldades concretas relacionadas ao gasto público, com a finalidade de limitar ou inclusive excluir sua responsabilidade de forma preliminar.

Todavia, as Cortes de Contas ainda não imputam aos ordenadores de despesas a responsabilidade pela vigilância dos atos de contratação e, conseqüentemente, pela escolha dos agentes delegados. Ainda são raras as decisões que diante da nova LINDB esmiúçam a conduta de forma a pesar as dificuldades operacionais e, com isso, excluir a responsabilidade do gestor público diante do caso concreto.

A nova tônica apresentada pela Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, que na realidade surgiu ante a necessidade de reforçar o básico diante das instâncias de controle e julgamento, em síntese determina a observação do texto constitucional na ponderação dos casos concretos.

O Tribunal de Contas da União, em diversos julgados, ainda atribui a responsabilidade genérica de vigilância dos ordenadores de despesas sobre os procedimentos de contratação.

Vislumbramos que a divergência diante da análise desses julgados corresponde aos atributos dos atos administrativos praticados sob delegação nos processos de contratação e nos gastos públicos.

Verificamos que o próprio Tribunal de Contas da União considera a segregação das funções na máquina administrativa, o que permite a diluição das competências e conseqüentemente menor oportunidade para erros, justamente pelo trabalho coletivo e fiscalização mútua.

Todavia, essa fiscalização mútua não pode ser encarada como uma correlação da *culpa in vigilando*, em que o gestor deveria rever todos os atos praticados por seus subalternos.

O ato praticado por um agente público em um processo de contratação reveste-se da presunção de validade, ou seja, é amparado no que Diogo de Figueiredo Moreira Neto classificou como "pressupostos reais (realidade), em estrito cumprimento da lei (legalidade), voltado às suas legítimas finalidades (legitimidade) e subordinado à moral (licitude)".

*O megaprincípio da segurança jurídica, como se expôs, informa esta quádrupla derivação, produzindo, em síntese, o princípio da presunção de validade dos atos do Poder Público, o que justifica: (1) a imposição do ônus da iniciativa e da produção probatória a quem alegue a existência de vícios invalidantes e (2) a aplicação sanatória de possíveis vícios, seja a voluntária, seja a que ocorre sem concorrência da vontade, pelo simples decurso do tempo.*³⁰⁴

Partindo-se da complexidade dos atos praticados em um processo licitatório na modalidade concorrência para contratação de uma obra complexa, cujo projeto básico é destinado aos engenheiros, a pesquisa de preços cabe a outra gama de especialistas, a fiscalização da obra compete a outro agente com gabarito para tal mister, devendo ao ordenador autorizar a contratação e efetuar os pagamentos amparados em laudos confeccionados por agentes especialistas, com os requisitos de validade dos atos por eles produzidos.

Deve-se apurar como cada um dos consortes funcionou dentro do processo de contratação e como sua conduta individual colaborou para o resultado final, o que é corroborado pelo parágrafo terceiro do citado artigo 22, que estabelece a dosimetria das sanções de acordo com a conduta de cada um dos envolvidos.

Ademais, admitir que o ordenador de despesas responde solidariamente por atos de subalternos é reconhecer a aplicação da responsabilidade objetiva tanto repudiada por nosso ordenamento jurídico, cujas novas determinações hermenêuticas, repita-se, impõem a identificação das condutas isoladas e preveem a aplicação da sanção proporcionalmente em relação aos eventos individualizados.

³⁰⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Edição do Kindle. Posição 3351 de 21452.

Desta maneira, não caba ao ordenador de despesa e ao gestor público a culpa na vigilância e/ou culpa na escolha dos funcionários, quando a complexidade da contratação e o contexto impedem o conhecimento real da situação³⁰⁵.

5.5.4. A individualização da conduta e a fórmula de dosimetria das sanções administrativas de acordo com a LINDB.

Analizamos até o momento a natureza das decisões tomadas pelos Tribunais de Contas e as correlatas garantias constitucionais a serem observadas em razão da natureza sancionatória de suas decisões.

Tendo em mente mencionadas garantias constitucionais, criticamos o entendimento jurisprudencial firmado em alguns julgados de contas ao atribuir a responsabilidade solidária dos ordenadores de despesas sem levar em consideração o grau da culpabilidade e a necessidade de reavaliação deste posicionamento tanto diante do caráter objetivo da responsabilidade imputada quanto em função da novel legislação de hermenêutica das normas brasileiras.

Em continuidade, no que tange à individuação das condutas por parte dos julgamentos perante as Cortes de Contas, destaca-se que o Tribunal de Contas da União assim procede há mais tempo que as cortes estaduais e municipais.

³⁰⁵ O TCMSP, pelo voto condutor do Relator João Antonio, deu provimento ao recurso do Secretário de Cultura e outros que foram condenados por irregularidades verificadas em pregão presencial, cuja falha estava relacionada originariamente à pesquisa de preços de insumos destinados à Orquestra Sinfônica de São Paulo. Denota-se que a especialidade destinada ao objeto contratual impedia o conhecimento do preço tendo por base o conhecimento aferido ao gestor e à pessoa média, uma vez que se tratavam de insumos não encontrados com facilidade no mercado e cujas características impingiam a necessidade de condução por especialistas (no caso de músicos).

"TC nº 72.001.490/09-00. Recursos interpostos em face do V. Acórdão de 19/5/2010 – Relator Conselheiro Edson Simões – Secretaria Municipal de Cultura e Esther Rodrigues Alonso Faria – ME – Pregão 68/SMC/2006 – NE 101.810/2006 (R\$ 145.300,00) – Fornecimento de instrumentos musicais: quarteto de tímpanos, xilofones, quinteto de tímpanos, glockenspiel sinfônico e jogo de campanas filarmônico para o Teatro Municipal de São Paulo.

Ementa: RECURSOS. PFM. VOLUNTÁRIOS. Decisão que julgou irregulares o Pregão, a nota de empenho e a execução contábil, aplicou multa e determinação. Fornecimento de instrumentos musicais. Teatro Municipal de São Paulo. SMC. Reconhecida a nulidade na condenação da empresa, ante a ausência de intimação durante a fase de instrução e a fase recursal. 1. A ausência de intimação durante a fase de instrução e recursal enseja a nulidade dos atos praticados, bem como dos atos processuais subsequentes, tendo em vista a inobservância aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. CONHECIDOS. PROVIDOS para declarar a nulidade dos itens 2, 3, 4, 5 e 6, e superar as irregularidades dos itens 1 e 7. DETERMINAÇÃO para apuração dos danos causados e a responsabilidade dos envolvidos. Votação unânime".

TC 011.547/2008-8

Natureza: Pedido de Reexame

Unidades: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte – Dnit e Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Tocantins – Dertins.

Recorrentes: Adelmo Vendramini Campos, Anilton França Lima Júnior, Ataíde de Oliveira, Dinacir Severino Ferreira, Hideraldo Luiz Caron, Jorge Sarmiento Barroca, Manoel José Pedreira, Manoel das Graças Barbosa da Costa, Murilo Arantes Oliveira e Ronaldo de Freitas Silva.

Advogados constituídos nos autos: Públio Borges Alves (OAB/TO 2.365) e outros.

Sumário: FISCOBRAS 2008. LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. OBRAS DE CONSTRUÇÃO DA RODOVIA BR-010, TRECHO DIVISA TO/MA – APARECIDA DO RIO NEGRO, NO ESTADO DO TOCANTINS. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES. DIVERSOS RESPONSÁVEIS DO DERTINS, DO DNIT E DAS EMPRESAS CONTRATADAS. AUDIÊNCIA. INDÍCIOS DE DÉBITO. DETERMINAÇÃO FORMULADA AO DNIT POR MEIO DO ACÓRDÃO 23/2011 – TCU – PLENÁRIO, PARA INSTAURAÇÃO DE TOMADAS DE CONTAS ESPECIAIS. REJEIÇÃO DA MAIOR PARTE DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA COM APLICAÇÃO DE MULTA AOS RESPONSÁVEIS. PEDIDO DE REEXAME. FALTA DE DELIMITAÇÃO ADEQUADA DAS RESPONSABILIDADES INDIVIDUAIS. PREJUÍZO AO CONTRADITÓRIO. CONHECIMENTO. INSUBSISTÊNCIA DO ACORDÃO RECORRIDO. DEVOLUÇÃO DO PROCESSO AO RELATOR A QUO PARA PROVIDÊNCIAS.

Em que pese a manutenção do entendimento da solidariedade do ordenador de despesas, as equipes de auditoria do TCU, nos relatórios produzidos para auxílio de julgamento, indicam em todas as fases do processo como cada um dos agentes concorreu para o fato.

Em análise acerca do comportamento jurisprudencial do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, constata-se que a individualização da conduta passou a ser considerada nos julgamentos somente a partir da entrada em vigor das novas disposições da LINDB.

Referida inovação ainda não surtiu tantos efeitos e apenas duas decisões transitadas em julgado apresentaram-na na declaração do voto vencedor do Conselheiro João Antonio, como os retirados do TC nº 3251/2012, conforme trecho transcrito a seguir:

O Relator destacou como fundamento de seu voto a irregularidade referente à pesquisa de preço, sendo superior ao praticado em outra contratação da Administração Pública. Nota-se que a pesquisa de preço é um ato isolado no processo de licitação, e eventual imputação de irregularidade deveria recair sobre o agente responsável pela sua realização, no caso, o servidor indicado às folhas 162. Atos diversos compõem a formação de um processo de contratação pública. Não seria razoável presumir que o Secretário titular de uma Pasta, com a complexidade

da Secretaria Municipal de Educação, pudesse acompanhar e rever todos os atos corriqueiros praticados por seus subordinados.

Na fundamentação de seu voto, o Conselheiro João Antonio estabeleceu um paralelo entre o instituto do domínio do fato³⁰⁶, de caráter objetivo-subjetivo, que parte da presunção de um agente intelectual da prática criminosa, e a responsabilidade dos ordenadores de despesas, ante a ausência de análise de seu comportamento. As críticas ao sistema de análise são afirmadas na obra de sua autoria³⁰⁷.

A jurisprudência do TCU está consolidada no sentido de considerar o comportamento da parte, inclusive no curso do processo, em equidade ao Código Penal quanto à aplicação das penas³⁰⁸, com algumas adaptações em decorrência das diferenças entre as naturezas sancionatórias penal e administrativa, principalmente quanto à impossibilidade da dosimetria objetiva em seus casos³⁰⁹.

³⁰⁶ "A doutrina aderiu amplamente à teoria do domínio do fato como ideia capaz de indicar contornos mais concretos para a distinção entre autor e partícipe. Evidentemente, não se trata de uma construção teórica incontestada. Na década de 80, mencione-se especialmente a monografia de Stein, que propôs uma teoria do concurso de agentes fundada numa teoria das normas; na atualidade, vejam-se especialmente os modelos de Jakobs, que propõe um retorno a um conceito extensivo de autor, de Haas, que recorre a concepções civilísticas (entendendo, por exemplo, a instigação como mandato, o instigado, assim, como representante, na forma do § 164, I, BGB, art. 116 do nosso CC), e de Robles e Rotsch, que propõem um retorno ao conceito unitário de autor que, em última análise, reconduz a teoria do concurso de agentes à imputação objetiva.

Como foi dito logo no início, a influência do livro do Roxin mal pode ser dimensionada. As ideias nele contidas estão no centro da discussão desde os anos que se seguiram à sua enunciação até os dias de hoje. A sistematização das formas de autoria, a diferenciação entre as diversas espécies de autoria mediata, segundo os seus fundamentos (e não apenas segundo o defeito presente no homem da frente, como procedem, contudo, ainda boa parte das exposições didáticas), a clarificação da estrutura da coautoria, como atuar conjunto fundado em divisão de tarefas ou funções, a teoria dos delitos de dever e dos delitos de mão própria, todas essas contribuições foram decisivas e representam um *point of no return* na teoria do concurso de pessoas.

A mais notória consequência da construção de Roxin, contudo, é a figura de autoria mediata por meio de aparatos organizados de poder, que depois de tornar-se doutrina majoritária, foi admitida não apenas pela jurisprudência alemã, como também pela de outros países, como a Argentina e o Peru, e encontrou reconhecimento no direito penal internacional. Ao que parece, o nosso STF fez uso na teoria da APn 470/MG; em que medida dela serviu-se ao julgar o caso é outra questão, cujo exame terá de ser reservado para uma outra oportunidade" (GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a Teoria do Domínio do Fato sobre a Distinção entre Autor e Partícipe no Direito Penal. **Revista dos Tribunais**, v. 933/2013, p. 61-92, jul. 2013. **Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal**, v. 2/2019, jan. 2019, DTR 2013/3797, p. 8).

³⁰⁷ SILVA FILHO, João Antonio. **O Sujeito Oculto do Crime**: considerações sobre a Teoria do Domínio do Fato. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2017.

³⁰⁸ Acórdão 2677/2018. "Plenário: Na dosimetria da sanção pelo TCU, é possível considerar o comportamento da parte no curso do processo, ou seja, sua boa-fé processual, com fundamento no princípio da equidade e nas disposições do Código Penal pertinentes à aplicação da pena".

³⁰⁹ Acórdão 1747/20118. "No âmbito do TCU, a dosimetria da multa e demais sanções tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas e a isonomia de tratamento com casos análogos. O Tribunal não realiza dosimetria objetiva das sanções, comum à aplicação de normas do Direito Penal, e não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido".

Para a dosimetria da pena, o Tribunal de Contas da União pauta-se pelo nível de gravidade dos ilícitos praticados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, bem como por analogia a outros casos³¹⁰. Em destaque, a fundamentação do Relator Augusto Nardes:

A alegada obscuridade quanto aos critérios para aplicação da multa também não procede. Afinal, a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a dosimetria da pena, no âmbito do TCU, tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento com casos análogos. O Tribunal não realiza dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal e não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido (v.g. Acórdãos 795/2014, 123/2014, ambos do Plenário, 9.402/2015-2ª Câmara).

Outro fator levado em consideração, que reforça a análise da culpabilidade e a dosimetria da sanção, refere-se ao comportamento do agente após o ato infracional, como bem destacou o Ministro Benjamin Zymler:

O comportamento dos responsáveis após a ocorrência do fato irregular pode ser considerado na dosimetria da sanção a ser aplicada pelo TCU. A inexistência de norma que estabeleça, de modo objetivo, que aspectos devem ser sopesados e quais circunstâncias atenuantes e agravantes devem ser consideradas para fixação da pena permite ampla discricionariedade na apreciação dos fatos pelo julgador, inclusive daqueles ocorridos após a consumação da irregularidade.

[...]

22. Como é cediço, a doutrina e a jurisprudência acolhem majoritariamente a teoria do dano direto e imediato, também chamada teoria da interrupção do nexo causal, em detrimento da teoria da equivalência das causas e da teoria da causalidade adequada. Trata-se, inclusive, da teoria adotada pelo Código Civil, conforme reconhecido pelo STF no RE 130.764/PR, ainda na égide da codificação anterior:

“Em nosso sistema jurídico, como resulta do disposto no artigo 1.060 do Código Civil, a teoria adotada quanto ao nexo de causalidade é a teoria do dano direto e imediato, também denominada teoria da interrupção do nexo causal. Não obstante aquele dispositivo da codificação civil diga respeito à impropriamente denominada responsabilidade contratual, aplica-se ele também à responsabilidade extracontratual, inclusive a objetiva, até por ser aquela que, sem quaisquer considerações de ordem subjetiva, afasta os inconvenientes das outras duas teorias existentes: a da equivalência das condições e a da causalidade adequada”.

23. Segundo a teoria da interrupção do nexo causal, entre as várias circunstâncias a que se reporta o resultado, a causa é aquela necessária e mais próxima à ocorrência daquele. Dessa forma, apesar de o prejuízo ter se consumado com as medições e os

³¹⁰ Acórdão 944/2016. "No âmbito do TCU, a dosimetria da pena tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento com casos análogos. O Tribunal não realiza dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal, e não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido".

pagamentos irregulares, ele poderia ter sido sanado a tempo, caso a administração da Codern tivesse, de modo diligente, acatado a recomendação dos embargantes e promovido a retenção dos valores tidos por indevidos nas parcelas que se venceriam do contrato auditado.

[...]

32. Com relação ao valor da multa, compreendo que o comportamento *post factum* dos responsáveis também pode ser considerado na dosimetria.

33. Conforme assinaei no voto condutor do Acórdão 1.214/2018-Plenário, a ampla discricionariedade do julgador de contas, na consideração dos fatos a serem sopesados na sua atividade de aplicação de sanções administrativas, permite que a conduta pós ilícito dos responsáveis seja levada em conta no exercício do poder sancionatório do Tribunal.

34. Considerando que não existe norma que estabeleça, de modo objetivo, que aspectos devem ser sopesados, nem as circunstâncias atenuantes e agravantes para fixação da extensão da sanção do TCU, tal como ocorre no Direito Penal, o julgador de contas tem maior liberdade para avaliar o comportamento dos agentes, inclusive após a consumação da irregularidade.

35. Tal procedimento está de acordo, ainda, com o art. 28, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, recém introduzido pela Lei 13.655/2018, o qual prevê que “na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”.

36. Sendo assim, considerando as providências adotadas pelos recorrentes após a consumação do ilícito, no sentido de instar a administração da Codern a reter o superfaturamento apontado pela fiscalização do TCU; e considerando a pequena materialidade dos pagamentos indevidos frente ao total contratado – 0,15% (R\$ 70.418,33/ R\$ 46.534.112,81 –, a sugerir que a falha na fiscalização foi pontual; fixo o valor das multas individuais dos Srs. [responsáveis 1 e 2] em R\$ 5.000,00.³¹¹

Na decisão em questão destacam-se, além da análise do comportamento, os elementos hermenêuticos introduzidos pela LINDB, ponderando sobre a gravidade da infração para balizar a sanção a ser imposta.

Em outro acórdão analisado (Acórdão 2.463/2019, Primeira Câmara, 19/03/2019), a ponderação da sanção levou em consideração a natureza e a gravidade da sanção, os danos provocados para a Administração Pública, as circunstâncias agravantes e atenuantes e os antecedentes do agente, nos termos do artigo 22, §2º, da LINDB³¹².

³¹¹ Acórdão 1370/2019 (grifos nossos).

³¹² “[...] 29. Entendo que a punição no caso em relevo foi desproporcional à natureza e à gravidade das infrações, às suas consequências econômicas para a administração, bem como às circunstâncias que envolviam os agentes. 30. O art. 22, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) assim dispõe: Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. [...] § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

Conforme indicado no que diz respeito à individualização da conduta nas infrações administrativas e ponderação quanto à aplicação da sanção, é indispensável a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e, a partir desses princípios, a análise da conduta subjetiva dos agentes para, além da quantificação da sanção, considerar a existência de excludentes de culpabilidade.

Entende-se que, partindo da solução agasalhada por nosso ordenamento jurídico, tendo em vista os princípios jurídicos que delineiam o *regime jurídico do jus puniendi* em quaisquer de suas modalidades (penal e administrativa), é pressuposto da infração administrativa ter sido esta fruto de conduta dolosa ou culposa. A culpabilidade é traço inseparável do regime sancionatório. Afigura-se que a Constituição não autoriza a tese que admite a responsabilidade administrativa por base em conduta marcada apenas pela *voluntariedade* (qualificada pela consciência do ato e liberdade de eleger conduta diversa). É de se excluir qualquer caráter de responsabilidade objetiva no perfil da infração. Desse modo, comprovada a ausência do *elemento subjetivo* inarredável da tipologia do ilícito administrativo, cujo ônus é do infrator, é de se reconhecer que a imposição da sanção é manifestamente inidônea, e, assim, juridicamente nula.

O mandamento de *idoneidade da sanção* exige que sejam reconhecidas as *excludentes da tipicidade* caracterizadas pelo *caso fortuito e força maior*, quando intervirem na produção do comportamento sancionado. O caso fortuito e a força maior se caracterizam pela presença de dois requisitos: o objetivo, que se configura na inevitabilidade do evento, e o subjetivo, que é a ausência de culpa na produção do acontecimento. É preciso, pois, que tais causas tenham como feito desconstituir o nexo de causalidade entre o ilícito administrativo e o ato comissivo ou omissivo do infrator. Nesse caso, não há como atribuir a conduta ilícita ao dolo ou culpa do sancionado. Daí porque é assente, no direito penal, considerando a teoria finalista da ação, que “não há fato típico na ocorrência de resultado lesivo em decorrência de caso fortuito ou força maior.”³¹³

31. Destaco, como já mencionado, que, sob o aspecto econômico, o preço mensal contratado foi consideravelmente menor do que o valor estimado. Ademais, os dados constantes nos autos não levantam qualquer indício de que o valor contratado estaria acima do preço de mercado. Dessa forma, não verifico a ocorrência de dano ao erário decorrente das infrações. Ao contrário, tudo indica que a contratação tenha gerado economia.

[...]

33. As informações contidas no processo, na verdade, fazem crer que os atropelos (infrações) na condução da licitação tiveram como objetivo contratar os serviços pelo menor preço possível e da forma mais rápida, para assegurar a continuidade das atividades do instituto diante de um contexto de contenção orçamentária.

[...]

77. Embora essas infrações subsistam, deve ser considerado o fato de que elas não geraram prejuízo ao erário e de que os agentes não possuem maus antecedentes nesta Corte, em atenção ao art. 22, § 2º, da LINDB, já mencionado.

78. Considerando ainda que a principal irregularidade foi descaracterizada, e, especialmente, que as condutas levaram a uma substancial economia na contratação (o objeto estimado em R\$ 83 mil foi contratado por R\$ 26 mil), julgo adequado reduzir o valor da multa aplicada aos agentes”.

³¹³ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 488-489.

A jurisprudência do TCU também aponta a necessidade de análise subjetiva da conduta e avaliação quanto ao dolo e culpa, nexo de causalidade e o comportamento do agente, admitindo a ocorrência de excludentes de culpabilidade³¹⁴.

Cumprido ressaltar que a Corte, em recente julgado incorporando as novas determinações da LINDB, destacou que em caso de responsabilidade financeira por dano ao erário não cabe o balizamento da conduta, porém permanece a necessidade de demonstração de dolo e erro grave³¹⁵.

Ainda que se imponha a análise do dolo, culpa ou erro grave, a Corte de Contas da União é refratária à ideia de exclusão do ordenador de despesas, apontando omissão de vistoria em obras mesmo com a existência de fiscal de obras qualificado para tal mister.

Nesse julgado³¹⁶, o recorrente, em bom uso da nova disposição do artigo 22 da LINDB, indicou para balizamento da conduta que o fato de meramente assinar boletins de

³¹⁴ Acórdão 2420/2015 – Plenário (30/09/2015) "No âmbito dos processos de controle externo, a responsabilidade dos gestores de recursos públicos é de natureza subjetiva. São exigidos simultaneamente três pressupostos para a responsabilização: (i) o ato ilícito na gestão dos recursos públicos; (ii) a conduta dolosa ou culposa; e (iii) o nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Admite-se a ocorrência de excludentes de culpabilidade, tal como a inexigibilidade de conduta diversa ou a ausência de potencial conhecimento da ilicitude".

³¹⁵ Acórdão 5547/2019 – Primeira Câmara (09/07/2019) "A regra prevista no art. 28 da LINDB (Decreto-lei 4.657/1942), que estabelece que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica à responsabilidade financeira por dano ao erário. O dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria (art. 37, § 6º, da Constituição Federal)".

³¹⁶ "[...] 63. Reconheço que a embargante trouxe nesta etapa processual documentação que demonstra a aposentadoria do [engenheiro] em 26/2/2002 (peça 138, fl. 32), bem como a prática de atos relativos à fiscalização dos serviços de terraplanagem pelo [fiscal].

64. Porém, ainda que comprovada a efetiva participação do [fiscal] na medição dos serviços de terraplanagem, tal fato não teria o condão de afastar a responsabilidade da embargante pelo débito, pois remanesce a omissão verificada diante das irregularidades observadas na obra em apreciação.

65. O argumento de que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) estabelece que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, em linha com o que decidi ao relatar o Acórdão 2.391/2018-Plenário, as alterações promovidas na LINDB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito, tendo em vista o tratamento constitucional conferido à matéria.

66. O dever de indenizar os prejuízos ao Erário, que não pode ser considerado uma sanção, permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição:

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

67. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

68. Para fins exclusivos de aplicação de sanção, considere-se que o "erro grosseiro" seria aquele que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de

mediação não tinha o caráter de referendar ou ratificar o quantitativo medido, mas sim cancelar o procedimento burocrático atinente ao regular trâmite do processo de liquidação e pagamento da despesa, apenas para confirmar a existência de saldo orçamentário, em atendimento às regras relativas ao processamento de despesa da Administração Pública. No julgamento, porém, foi mantida a responsabilização em razão do dano ao erário, como se houvesse um dever objetivo de vigilância por parte do gestor.

Por fim, a individualização da conduta perante os Tribunais de Contas ainda não corresponde exatamente ao mandamento constitucional. Ainda que se reconheça o esforço de alguns julgados naquele sentido, preponderam presunções baseadas no correspondente à *culpa in vigilando*, com a indicação de gestores e ordenadores de despesas como corresponsáveis, sob o argumento isolado de dano ao erário, transparecendo presunção objetiva.

No que concerne à aplicação das sanções, principalmente com a entrada em vigor do artigo 22 da LINDB, o caminho é mais claro. O Tribunal de Contas da União propriamente vale-se dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para estabelecer a conexão entre a natureza da infração e o resultado danoso, nexos causais e antecedentes do agente sancionado.

Desta forma, fixamos entendimento de que prevalece o direito de análise subjetiva da conduta de cada um dos agentes que colaboraram com a prática do ato investigado e, uma vez concluída a instrução processual pela conduta individual ilícita passível de sancionamento, também se opera o direito subjetivo de ponderação sobre esta conduta com o fito de aplicação da sanção.

atenção a quem do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave, situação que julgo se amoldar perfeitamente à conduta atribuída à embargante.

69. Além de ter assinado termo de aditamento contratual acintosamente ilegal e contrário às disposições editalícias, a embargante deixou de adotar as medidas cabíveis diante das diversas denúncias de irregularidades nas obras, apontadas pelo órgão concedente de recursos e por matérias jornalísticas da imprensa local [...]"

CONCLUSÃO

Para abordar a necessidade de individualização da conduta nas decisões tomadas pelos Tribunais de Contas, algumas premissas e consequências fizeram-se de fundamental importância para justificar a conclusão.

Em primeiro plano, a apresentação do tema sob a perspectiva do Estado sancionador, situando o poder punitivo e o seu alcance com base no ordenamento jurídico.

A unificação do poder punitivo do Estado decorre da análise da Teoria do Direito Administrativo Sancionador e suas visões quanto aos aspectos da pena. Considerando a sanção administrativa oriunda do mesmo tronco da sanção criminal, estendem-se as garantias básicas relacionadas a esta para o campo do processo administrativo.

Partimos do entendimento de que a sanção administrativa não está isoladamente relacionada à função administrativa, característica formal que informa o Direito Administrativo. Em seu aspecto material, em relação a este ramo do Direito, a sanção consiste em segmento jurídico integrante do poder punitivo do Estado. A adoção deste entendimento força a análise da interface entre o Direito Administrativo e o Direito Penal, enquanto campos normativos designados à pacificação social e ao cumprimento de diretrizes imprescindíveis para o desenvolvimento da sociedade.

Desta forma, fez-se indispensável a apresentação dos princípios ordenadores da Administração Pública, enquanto alicerces para as decisões tomadas tanto pelos gestores públicos quanto pelos órgãos de controle diante da análise do caso concreto.

O princípio da legalidade pode ser compreendido como a raiz de sustentação da garantia da individualização da conduta. A partir da legalidade impõe-se a tipificação da conduta e suas formas de integração ao Direito Administrativo Sancionador, sendo que diante do caso concreto torna-se imprescindível o estudo do comportamento isolado de cada agente, com a finalidade de verificar a ocorrência do núcleo do tipo.

Tomando por base a legalidade, os demais princípios como eficiência, moralidade, devido processo legal, entre outros, aplicam-se para a consolidação do instituto da individualização da conduta, principalmente em face das decisões proferidas pelos Tribunais de Contas.

Ressalte-se que a anterioridade da norma sancionadora obsta a aplicação de sanção administrativa em razão de fatos que não eram tipificados como ilícitos por ocasião de sua materialização.

O descumprimento de determinações oriundas do Tribunal de Contas, além da repercussão em outras esferas do Direito, fere a moralidade administrativa, uma vez que referida determinação consigna o interesse público, fere a moral juridicizada o gestor que desatende esta premissa.

Quanto ao princípio da eficiência, atentamos para o plano de metas do governo, cujo descumprimento atesta a ineficácia da gestão.

No espectro do devido processo legal, foi demonstrado que a aplicação da sanção deve decorrer de um processo regular, com a indicação, em seu nascedouro, das condutas imputadas a cada um dos acusados do cometimento de uma infração administrativa.

Da imputação pessoal nos moldes do devido processo legal, decorre o direito à ampla defesa e contraditório. Nesse sentido, concluímos que o dever do gestor público de prestar contas, não obsta a preservação de sua defesa pessoal. Quanto aos processos perante os Tribunais de Contas, dada a complexidade e a especificidade dos assuntos atrelados à prestação de contas, deve ser garantido aos agentes públicos a defesa técnica por meio de profissionais aptos a dialogar com os conteúdos em discussão, servindo como procuradores advogados, contadores, administradores públicos, engenheiros, ou seja, o profissional que melhor garanta a possibilidade do contraditório.

Como o ordenador de despesas não responde pelos excessos praticados pelos agentes aos quais tenha delegado o cumprimento de uma dada função, a motivação suporta tanto a realização do ato apurado como a escolha dos agentes delegados.

As medidas cautelares, em nossa visão, consubstanciam instrumento hábil a garantir o efetivo cumprimento de decisões tomadas pelas Cortes de Contas.

A imparcialidade no processo sustenta-se com a indicação precisa dos julgadores, observados os casos de impedimento e suspeição, cuja declaração constitui obrigação fundamentada na regra da boa-fé objetiva, que exprime lealdade processual cabível a todas as partes, inclusive aos julgadores.

O princípio do juiz natural, por sua vez, provém do fato de que a competência e o limite das sanções a serem aplicadas pelos Tribunais de Contas são previstas na Constituição da República e em leis previamente promulgadas.

No que concerne à sanção administrativa, a mesma situa-se como direito material pertencente ao Direito Administrativo, sendo que as penalidades administrativas podem tanto ser aplicadas pela Administração Pública, como pelos órgãos de controle e pelo Judiciário.

A aplicação da sanção administrativa depende de dois aspectos fundamentais, a tipicidade e a culpabilidade, que também justificam a necessidade de individualização da conduta diante do caso concreto.

Vista a sanção administrativa no âmbito do poder uno de punição do Estado, a garantia constitucional de individualização da conduta deve valer em todos os processos.

Com a tipificação da conduta, a individualização se discute no âmbito da sanção, amparada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Para medir o que é razoável e proporcional, deve-se separar o agir do agente imputado.

A efetivação da individualização da sanção se dá no decorrer das fases de aplicação da pena, isto é, durante sua fixação e, depois, com a análise de circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas, considerando-se, por fim, as hipóteses de aumento e diminuição da pena.

Estabelecidas a base jurídica dos ilícitos e sanções, passamos às formas de controle da Administração Pública, uma vez que a competência das Cortes de Contas recai justamente sobre as atividades inerentes ao controle, no caso, o externo.

Sob o enfoque da influência da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro sobre as atividades de controle, o artigo 22 aponta a necessidade de indicar e motivar as circunstâncias em que o ato investigado foi praticado, com a finalidade de apurar se o agente a conduta se deu em situação especial, que justificaria uma excepcionalidade ao comportamento esperado.

Quanto ao controle exercido pelo Tribunal de Contas, destaca-se que os apontamentos do relatório de auditoria devem individualizar a conduta, posto que o relatório serve de peça inaugural para o processo administrativo que poderá levar a imputação de uma sanção administrativa.

Perfilhamos o entendimento de que as decisões dos Tribunais de Contas possuem natureza de ato administrativo, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro atribui a função jurisdicional ao Poder Judiciário. Em que pese a possibilidade de julgamento das Cortes de Contas e outras esferas de poder em determinados casos, a última palavra sempre poderá ser provocada por manifestação judicial.

No julgamento perante as Cortes de Contas, desde o início devem ser apontados os fatos atinentes a cada um dos agentes que colaboraram para concretização do teor investigado.

Na prestação de contas, os gestores e ordenadores de despesas devem indicar os gastos e a administração dos recursos, ocorrendo verdadeira inversão do ônus probatório, o que, todavia, não exclui o direito do ordenador de despesas de indicar os responsáveis e apresentar defesa apenas em relação aos atos que efetivamente tenha praticado.

A delegação de competência ou a segregação de funções na divisão de competências internas constitui fundamento de exclusão de responsabilidade quando amparada por dados verossímeis, em função da presunção de validade das informações prestadas pelos agentes públicos ao superior hierárquico. Desta forma, perante o caso concreto, ainda que caiba ao ordenador de despesas e ao gestor público o dever de prestar contas e administrar o erário, não cabe impingir-lhe a responsabilidade por informações técnicas que lhe foram prestadas.

Desta maneira, não se admite a imputação de culpa na vigilância e/ou culpa na escolha dos funcionários ao ordenador de despesas e ao gestor público, quando, diante da complexidade e especificidades que abrangem uma contratação, por exemplo, a impossibilitar àqueles o conhecimento pleno de todos os atos praticados e questões técnicas envolvidas no respectivo processo.

Em síntese, com a individualização da conduta no processo administrativo perante o Tribunal de Contas e na instrução processual, uma vez aferida a responsabilidade do agente, a fase de aplicação da sanção administrativa também requer individualização.

Neste ponto, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro representam um novo paradigma quanto à necessária individualização da pena, ao lado dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Desta forma, entendemos prevalecer o direito de análise subjetiva da conduta de cada um dos agentes que colaboraram com a prática de um ato investigado e, uma vez

concluída a instrução processual referente à conduta individual ilícita e passível de sancionamento, também opera o direito subjetivo de ponderação sobre esta conduta com o fito de aplicação da sanção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. **Discrecionariedade Administrativa e Judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

ALVES, Benedito Antonio. Comentário a artigo. In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (org.); FERRAZ, Anna Candida da Cunha (coord.). **Constituição Federal Interpretada: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 4. ed. Barueri, SP: Manole, 2013.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Tradução Maria Celeste C. J. Santos. Rev. Técnica Cláudio Di Cicco. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres. Tribunal de Contas: instituição pública de berço constitucional. **Revista Técnica dos Tribunais de Contas – RTTC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 1325, set. 2011.

CAMMAROSANO, Márcio Alexandre G. F. A atual conjuntura jurídico-processual de responsabilização por improbidade administrativa e o princípio da dignidade da pessoa humana. In: CAMMAROSANO, Márcio (coord.). **Controle da Administração Pública: temas atuais**. São Paulo: Verbatim, 2015.

CAMMAROSANO, Márcio. **O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARLOS, Fabiano Gonçalves. Separação de Poderes: Da Concepção Clássica à Noção Contemporânea. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 43, n. 140.

CARNELUTTI, Francesco. **Como Nasce o Direito**. Tradução de Roger Vinícios da Silva Costa. São Paulo: Pillares, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Formalismo Moderado como Dogma do Processo Administrativo. In: NOHARA, Irene; MORAES FILHO, Marco Antonio Praxedes (orgs.). **Processo administrativo: temas polêmicos da Lei nº 9.784/99**. – São Paulo: Atlas, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário, Linguagem e Método**. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2013.

_____. **Curso de Direito Tributário**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Domingos Poubel de. **Auditoria, Contabilidade e Controle Interno no Setor Público**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA, José Armando da. **Processo Administrativo Disciplinar: teoria e prática**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. Natureza das Decisões do Tribunal de Contas. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 166, p. 10-11, out/dez 1996.

DAL POZZO, Gabriela Tomaselli Bresser Pereira. **As Funções do Tribunal de Contas e o Estado de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

DALLARI, Adilson Abreu. Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas. **Revista de Informação Legislativa**. São Paulo, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas. 2014.

_____. **Direito Administrativo** 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 3. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA, Daniel. **Sanções Administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

FORSTER, Nestor José. **Direito de Defesa**. São Paulo: LTr, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2013.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld. Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GIACOMONI, James. **Orçamento público**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GOMBAY, André. **Descartes**. Tradução Lia Levy. Porto Alegre: Artmed, 2009.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GUTIERREZ, Raul Ciampolini. **Segurança jurídica no processo administrativo disciplinar da lei nº 8.112/90**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris: 1997; reimpressão 2002.

IVO, Gabriel. O direito e a inevitabilidade do cerco da linguagem. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). **Construtivismo Lógico Semântico**. v. I. Capítulo II. São Paulo: Noeses, 2014.

JACOBY FERNANDES, Jorge. Ulisses. **Tribunal de Contas do Brasil**: jurisdição e competência. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal – Parte Geral**. v. I. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no Direito Público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>>. Acesso em: 02 ago. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. Tradução João Batista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KOSSMANN, Edson Luís. **A Constitucionalização do Princípio da Eficiência na Administração Pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

LOPES JR. Amauri. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADISON, James. Artigo 51. In: PUBLIUS (Alexander Hamilton, James Madison e John Jay). **O Federalista**. Brasília: Editora UNB, 1984.

MAIA, Renata C. Vieira. As Tutelas Provisórias de Urgência no CPC/15 e sua repercussão no âmbito dos Tribunais de Contas. In: MAIA, Renata C. Vieira; FERREIRA, Diogo Ribeiro (coords.). **Processo Civil Aplicado aos Tribunais de Contas**: novas tendências a partir do CPC de 2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Tratado de Direito Administrativo: teoria geral e princípios do direito administrativo**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Ato Administrativo e Procedimento Administrativo. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Tratado de Direito Administrativo**. v. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. **Gestão Pública: Abordagem Integrada da Administração e do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2017.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 3. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

MELLO FILHO, José Celso de. A Tutela Judicial da Liberdade. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos**. v. 5, ago. 2011, p. 885-904, DTR\2012\735.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador: As sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Sanção Administrativa e o Princípio da Culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. São Paulo, ano 3, n. 11, jan./mar. 2003.

MILESKI, Hélio Saul. O ordenador de despesa e a lei de responsabilidade fiscal conceituação e repercussões jurídicas. **Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP**. Belo Horizonte, ano 1, n. 8, ago. 2002.

MONTESQUIEU; Charles-Louis de Secondat. **De Lesprit des Loix**. (Do Espírito das Leis: Montesquieu). Domínio público, versão digital Kindle.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas Notas sobre Órgãos Constitucionalmente Autônomos (Um Estudo de Caso sobre os Tribunais de Contas no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 223, 2008.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense. Edição do Kindle.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Manual de Direito Penal**. 14. ed. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NUNES, Silvio Gabriel Serrano. **As origens do constitucionalismo calvinista e o direito de resistência: a legalidade bíblica do profeta em John Knox e o contratualismo secular do jurista em Théodore de Bèze**. Tese (Doutorado em Filosofia). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Parte Geral. São Paulo: Verbatim, 2015.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e Sanções Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Sanções Disciplinares: o alcance do controle jurisdicional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PETIAN, Angélica. Princípios da culpabilidade e da voluntariedade. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (coords.) Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: **Direito Administrativo e Constitucional**. NUNES JR., Vidal Serrano, ZOCKUN Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner; FREIRE, André Luiz (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes Contra o Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 1, Parte Geral – Arts. 1º a 120. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Controle Jurisdicional das decisões dos Tribunais de Contas. **Revista Faculdade de Direito PUCSP**. São Paulo, v. 1, p. 339-353, 2016.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

ROGRIGUES, Cristiano. **Direito Penal**. Parte Geral I. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2003.

SANCHES, Oswaldo Maldonado. **Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins**. Brasília: Prisma, 1997.

SERRANO, Juliana Salinas. O Princípio da Moralidade Administrativa e o Nepotismo Político. In: CAMMAROSANO, Márcio (coord). **Controle da Administração Pública: temas atuais**. São Paulo: Verbatim, 2015.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **Autoritarismo e golpes na América Latina**. Local: Alameda, 2017. Edição do Kindle.

_____. **O Desvio de Poder na Função Legislativa**. São Paulo: FDT, 1997.

SILVA, Moacir Marques da. **Controle Externo das Contas Públicas: o processo nos Tribunais de Contas do Brasil**. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Roberto Ferreira Archanjo. **Por uma teoria do Direito Processual Penal: organização sistêmica**. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

SILVA FILHO, João Antonio. **O Sujeito Oculto do Crime: considerações sobre a Teoria do Domínio do Fato**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2017.

_____. **Tribunais de Contas do Estado Democrático e os Desafios do Controle Externo**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

SIMÕES, Edson. **Tribunais de Contas: controle externo das contas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2014.

TROPER, Michel. **A Filosofia do Direito**. Tradução Ana Deiró. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VORONOFF, Alice. **Direito Administrativo Sancionador no Brasil**: Justificação, Interpretação e Aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WOODS JR., Thomas E. **Como a Igreja Católica construiu a civilização Ocidental**. Tradução de Élcio Carillo. São Paulo: Quadrante, 2008.

ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 4. ed., maio 2011. 2. reimpressão., abril 2015.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Do Processo Administrativo e da Convalidação. In: SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães; SILVA, Alessandra Obara Soares da. **Teoria Geral do Processo Administrativo**. São Paulo: Verbatim, 2013.

ZOCKUN, Maurício. **Responsabilidade Patrimonial do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZYMLER, Benjamin. O Tribunal de Contas da União: vinte anos após a Constituição Federal de 1988. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF**. Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 275/287, jan./dez. 2013.