

Responsabilidade Subjetiva

Inicialmente, cabe ressaltar que a imputação de responsabilidade no âmbito de uma TCE deve seguir a cláusula geral da responsabilização subjetiva, visto que a obrigação de indenizar possui como pressuposto fundamental a ocorrência de uma conduta culposa, isto é, uma ação ou omissão voluntária e antijurídica.

Logo, em sede de contas especiais, não há que se falar em responsabilidade objetiva, que independe de culpa. É a conduta culposa de um agente público, em regime de especial sujeição com o Estado, que enseja a responsabilização e o dever de reparar o prejuízo causado ao erário.

Por oportuno, cita-se a seguir trecho extraído do voto proferido pelo Exmo. Ministro do TCU Benjamin Zymler, condutor do Acórdão nº 67/2003 – Segunda Câmara:

49. A responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal e no artigo 159 da Lei nº 3.071/16, **segue a regra geral da responsabilidade civil. Quer dizer, trata-se de responsabilidade subjetiva.** O fato de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber ao administrador público não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e torne-se objetiva. Esta, vale frisar, é responsabilidade excepcional, a exemplo do que ocorre com os danos causados pelo Estado em sua interação com particulares — art. 37, § 6º, da Constituição Federal. (Destacou-se)

O Código Civil brasileiro, [Lei nº 10.406/2002](#), trata da responsabilidade subjetiva em seu art. 927, consignando que “*Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo*”.

É nuclear nessa espécie de responsabilização a caracterização dos seguintes elementos basilares: (i) dano ao erário (fato ilícito), (ii) conduta culposa *latu sensu* e (iii) nexó de causalidade entre o primeiro e a segunda.

Na falta de algum desses pressupostos, não há responsabilidade indenizatória a ser imputada mediante TCE. Tendo em consideração a relevância desses elementos, cabe analisá-los em maiores detalhes.

Dano

Em relação ao primeiro elemento, o dano, cumpre asseverar que, em termos de contas especiais, há que se falar tão apenas em dano de modalidade material ou patrimonial, isto é, aquele que envolve a efetiva diminuição do patrimônio público estatal, o que enseja a sua aferição econômica e, por conseguinte, a reparação pecuniária pelo agente responsável.

Estão fora desse espectro os danos de natureza exclusivamente moral ou extrapatrimonial, os quais não estão sujeitos a ter sua reparação manejada pela via da TCE. Vale observar que as controvérsias existentes sobre o dano dizem respeito, em maior parte, à sua quantificação.

Dependendo das circunstâncias, a mensuração do dano não é tarefa simples e, em casos extremos, nos quais a aferição do suposto prejuízo mostra-se inviável,

pode ser o caso, inclusive, de arquivamento dos autos sem julgamento de mérito. Há situações, no entanto, em que o débito é prontamente quantificável, de modo que o valor devido é conhecido com exatidão *a priori*.

Já nas situações em que a verificação não é direta, exata, há necessidade de se lançar recursos de estimativa, visando apurar com razoável confiança o valor mínimo do débito, representado pelo montante que, seguramente, não ultrapassaria o valor real devido.

Cumprе enfatizar que o montante do dano, além de veicular a proporção do prejuízo causado ao erário, influi diretamente no processamento da TCE.

A [LO/TCDF](#) estabelece que a TCE só será encaminhada para julgamento “se o dano causado ao erário for de valor igual ou superior à quantia para esse efeito fixada pelo Tribunal, em cada ano civil, na forma estabelecida no seu Regimento Interno”(art. 9º, § 2º).

Tal limite é chamado valor de alçada, abaixo do qual o processo de TCE não será julgado pelo Tribunal, devendo ser anexado às respectivas contas anuais, para julgamento em conjunto (art. 9º, § 3º). O valor de alçada encontra-se atualmente fixado em R\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil), nos termos da [Portaria TCDF nº 307/2015](#).

Trata-se de medida de racionalidade administrativa e economia processual, alicerçada, ainda, num dos mais relevantes paradigmas da teoria do controle: o atendimento da relação custo-benefício. É se dizer que o custo de implementar e efetivar um controle não deve ser superior ao benefício dele esperado.

Nesse espeque, não faria sentido movimentar a estrutura do órgão de controle externo, com seus inerentes custos operacionais, para buscar a responsabilização e o ressarcimento de um prejuízo de pequena monta. Evita-se, assim, que o custo de cobrança seja superior ao benefício econômico subjacente.

Conduta Culposa

Outro pressuposto para que se dê azo à responsabilização subjetiva em sede de TCE é a verificação de que o dano resultou de uma conduta culposa ilícita. Entende-se por conduta o comportamento humano voluntário que produz consequências jurídicas.

A conduta pode se exteriorizar por meio de uma ação ou uma omissão. A primeira consiste em um ato comissivo, um comportamento positivo, como, por exemplo, a destruição de um bem público. Já a segunda, a omissão, caracteriza-se por uma inatividade, uma abstenção de uma conduta devida, como a não fiscalização da execução contratual.

Conjugada à conduta, deve-se analisar, ainda, o elemento culpa. Nas palavras do professor Sérgio Cavalieri Filho, “a culpa indica o elemento subjetivo da conduta humana, o aspecto intrínseco do comportamento, a questão mais relevante da responsabilidade subjetiva” (in Programa de Responsabilidade Civil, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 47).

Ainda segundo o mesmo autor, a culpa em sentido amplo (*lato sensu*) alberga duas espécies de comportamento: intencional ou tencional. No primeiro, temos o caso do dolo, definido como uma vontade intencionalmente dirigida à produção de uma infração. No outro, definido como culpa *stricto sensu*, a participação subjetiva é de menor calibre, representada por uma violação do dever objetivo de cuidado.

Como corolário do princípio da culpabilidade, para que alguém seja responsabilizado no âmbito de uma TCE, faz-se necessário que se evidencie que o potencial infrator tenha praticado a conduta ilícita animado por culpa *lato sensu*, ou seja, que tenha agido com dolo ou culpa *stricto sensu*.

Dessa forma, a responsabilização em sede de TCE deve recair (i) sobre aquele que, intencionalmente, tenha causado prejuízo ao erário ou (ii) sobre aquele que, por omissão de diligência exigível, tenha dado causa ao dano.

A *contrario sensu*, é vedado imputar responsabilidade a alguém que não tenha contribuído para a ocorrência do dano, ou que, se o fez, empregou no caso concreto todas as cautelas exigidas, de forma que sua conduta não seja passível de censura.

Há que se destacar, também, que a jurisdição a cargo do controle externo, de natureza notadamente administrativa, é limitada em suas possibilidades de produção probatória, restringindo-se, na prática, à análise documental dos fatos investigados.

Distinguindo-se da responsabilização penal, por exemplo, o controle externo não busca indagar se o resultado danoso foi cogitado pelo infrator, se a violação foi especialmente querida ou desejada, perquirindo os ânimos volitivos dos agentes jurisdicionados, pois sequer há instrumentos para tanto, como interrogatórios, acareações, depoimentos testemunhais, dentre outros.

Nesse sentido, diante da generalizada impossibilidade de demonstrar a intencionalidade dos infratores, é que a responsabilização nos processos de TCE se utiliza largamente da imputação de responsabilidade via evidenciação da ocorrência de culpa *stricto sensu*.

Para tanto, o Tribunal deve recorrer a parâmetros objetivos de conduta, visando a caracterização de culpa no caso concreto. Sendo inalcançável a motivação íntima do agente, a constatação da culpa deve se fundamentar em padrões idealizados de conduta, definidos com base na figura do comportamento esperado de um homem médio, o qual se reputa qualificado para a função que desempenha.

O parâmetro de conduta esperada do homem médio, que, transposto para a Administração Pública, ganha melhor significado semântico como gestor público médio, é o paradigma de profissional medianamente sensato, razoável, vigilante e capaz.

No que se refere à capacidade esperada, importa destacar que se trata de uma aptidão eminentemente técnica, direcionada ao campo de conhecimentos exigidos pela função que lhe cabe.

Assim, presume-se que os agentes que assumem uma determinada responsabilidade na Administração Pública possuem o arcabouço técnico

necessário para exercê-la e que, além disso, sempre que necessário, empreguem maior diligência em caso de eventual deficiência.

Como exemplo de aplicação prática da referida metodologia, transcrevo elucidativo trecho retirado do voto condutor do Acórdão nº 2.781/2016 – Plenário, proferido nos autos do Processo nº 000.630/2012-8, da lavra do já citado Ministro do TCU Benjamin Zymler:

75. Em suma, avalio que o Sr. [...] não teve o padrão de conduta exigido para um administrador público, segundo o critério frequentemente adotado por esta Corte de Contas no exame acerca da existência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades, adotando como parâmetro para comparação a conduta esperada de um **homem médio, diligente e probo**, da qual decorre que o agente público deve agir como se estivesse cuidando dos seus próprios negócios, respondendo pelos danos que vier a causar em decorrência de condutas desidiosas ou temerárias. (Destacou-se)

Ainda sobre o assunto, convém colacionar, por mais uma vez, as judiciosas palavras do professor Sérgio Cavalieri Filho sobre a questão:

Não havendo normas legais ou regulamentares específicas, o conteúdo do dever objetivo de cuidado só pode ser determinado por intermédio de um princípio metodológico – comparação do fato concreto com o comportamento que teria adotado, no lugar do agente, um homem comum, capaz e prudente. A conduta culposa deve ser aferida pelo que ordinariamente acontece, e não pelo que extraordinariamente possa ocorrer. Jamais poderá ser exigido do agente um cuidado tão extremo que não seria aquele usualmente adotado pelo homem comum, a que os romanos davam a designação prosaica de *bonus pater familias*, e que é, no fundo, o tipo de homem médio ou normal que as leis têm em vista ao fixarem os direitos e deveres das pessoas em sociedade.

Em suma, para a caracterização da conduta culposa é indispensável estabelecer qual o comportamento devido na situação concreta, segunda as regras de diligência. Essas devem ser fixadas, na precisa lição do mestre Ruy Rosado de Aguiar Junior, conforme a capacidade, o conhecimento e a aptidão exigíveis de uma pessoa prudente, da mesma profissão ou de idêntico grupo de pessoas (médico, motorista, agricultor, empregada doméstica etc.), com o que se encontra o padrão geral de conduta adequado ao caso. Assim estabelecido o parâmetro normativo que deveria presidir a situação concreta, confronta-se essa norma com a conduta efetivamente assumida. [...] (in Programa de Responsabilidade Civil, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 53)

Nexo de Causalidade

Por derradeiro, resta analisarmos o nexo causal como pressuposto da responsabilização em sede de TCE. Apesar de optarmos por tratá-lo por último, a relevância do nexo de causalidade é tão acentuada para a imputação de responsabilidade, que, em verdade, deve ser, sempre que possível, o primeiro

pressuposto a ser enfrentado, visto que, previamente ao exame da culpa do agente, há que se apurar se, de fato, foi ele quem deu causa ao dano.

Cabe notar que o nexo causal é elemento que se verifica de forma objetiva e lógica, não há, ainda, qualquer exame do elemento subjetivo da conduta, ou seja, se o agente agiu intencional ou tencionalmente.

Tratando do nexo causal no âmbito da responsabilidade civil extracontratual, plenamente aplicável aos processos de responsabilização instrumentalizados por meio das TCEs, o mestre Sérgio Cavalieri Filho, com a didática que lhe é costumeira, assim discorre sobre a questão:

"Não basta, portanto, que o agente tenha praticado uma conduta ilícita; tampouco que a vítima [o erário] tenha sofrido um dano. É preciso que esse dano tenha sido causado pela conduta ilícita do agente [público], que exista entre ambos uma necessária relação de causa e efeito. Em síntese, é necessário que o ato ilícito seja a causa do dano, que o prejuízo sofrido pela vítima [pelo erário] seja resultado desse ato, sem o que a responsabilidade não correrá a cargo do autor material do fato. Daí a relevância do chamado nexo causal. Cuida-se, então, de saber quando um determinado resultado é imputável ao agente [público]; que relação deve existir entre o dano e o fato para que este, sob a ótica do Direito, possa ser considerado causa daquele." [Os acréscimos em colchetes não constam no original] (in Programa de Responsabilidade Civil, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 66)

Importa ressaltar que são muitas as teorias que se empenharam em explicitar a questão do nexo de causalidade. Enquanto a Teoria da Equivalência das Condições ou dos Antecedentes (*conditio sine qua non*) predomina, com algumas mitigações, na esfera penal – inclusive positivada no art. 13 do Código Penal brasileiro ([Decreto-Lei nº 2.848/1940](#)) –, vê-se que a doutrina majoritária, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e os precedentes do TCU caminham no sentido de aceitar, na órbita civil, a prevalência das teses que integram a Teoria da Causalidade Adequada.

A autora Gisela Sampaio da Cruz, ao tratar da referida teoria, explica que:

“quanto maior é a probabilidade com que determinada causa se apresente para gerar um dano, tanto mais adequada é em relação a esse dano. Assim, diante de uma pluralidade de concausas, indaga-se qual delas, em tese, poderia ser considerada apta a causar o resultado.” (in O problema do nexo causal na responsabilidade civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39)

O multicitado Sérgio Cavalieri Filho coloca que, para a Teoria da Causalidade Adequada, causa:

“é o antecedente não só necessário, mas, também, o adequado à produção do resultado. Logo, se várias condições concorreram para determinado resultado, nem todas serão causas, mas somente aquela que for mais adequada à produção do evento.” (in Programa de Responsabilidade Civil, 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 69)

O STJ, ao seu turno, demonstrou acolher a citada teoria ao apreciar, por exemplo, o Recurso Especial n.º 1.307.032-PR, consoante se observa do seguinte trecho extraído da ementa do Acórdão proferido pela Quarta Turma:

“3. Na aferição do nexo de causalidade, a doutrina majoritária de Direito Civil adota **a teoria da causalidade adequada** ou do dano direto e imediato, de maneira que somente se considera existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão). Essa teoria foi acolhida pelo Código Civil de 1916 (art. 1.060) e pelo Código Civil de 2002 (art. 403).” (Destacou-se)

Para estabelecer se uma determinada conduta foi ou não idônea para produzir o dano em apreço, o TCU faz uso frequente dos fundamentos que integram a Teoria da Causalidade Adequada. Para a Corte de Contas federal, a responsabilização deve recair sobre aquele (ou aqueles, no caso de coparticipação) que produziu a conduta que decisivamente influenciou para o dano.

Veja-se trecho extraído do voto condutor do Acórdão n.º 1.600/2014 – Plenário, proferido pelo Ministro Benjamin Zymler:

“No caso, tomando por base a **teoria da causalidade adequada**, julgo que a conduta do responsável é concausa relevante do dano sofrido pelo erário, razão pela qual cabe a sua responsabilização, consoante restou apurado nos autos.” (Destacou-se)

Contudo, é forçoso reconhecer que a Teoria da Causalidade Adequada não oferece uma solução pronta e acabada para a fixação do nexo causal. Sua utilidade prática é servir como um roteiro lógico a ser percorrido por seu aplicador, em que, retrocedendo nos eventos que culminaram no dano, expurgam-se os fatos que foram irrelevantes para a sua concretização.

O critério para a eliminação das condutas consiste em raciocinar se, mesmo na sua ausência, o dano ocorreria. Assim, se, ao eliminar-se uma conduta, o evento dano também for afastado, conclui-se que esta conduta foi adequada à produção do dano. É nesse sentido a lição do saudoso Caio Mário da Silva Pereira:

"Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser assim resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido. Praticamente, em toda ação de indenização, o juiz tem de eliminar fatos menos relevantes, que possam figurar entre os antecedentes do dano. São aqueles que seriam indiferentes à sua efetivação. O critério eliminatório consiste em estabelecer que, mesmo na sua ausência, o prejuízo ocorreria. Após este processo de expurgo, resta algum que, "no curso normal das coisas", provoca um dano dessa natureza. Em consequência, a doutrina que se constrói neste processo técnico se diz "causalidade adequada", porque faz salientar na multiplicidade de fatores causais, aquele que normalmente pode ser o centro do nexo de causalidade, eliminando os demais." (in Responsabilidade Civil, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 109).