

ORIENTAÇÃO N.º 220/2024

TCU: A APLICAÇÃO DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA NA APLICAÇÃO E GESTÃO DE RECURSOS PÚBLICOS

Orientação

A Administração Municipal, sempre sujeita às análises dos Tribunais, quanto da regularidade e autenticidade na aplicação dos recursos públicos, por vezes, se sujeita ao crivo controlador do Tribunal de Contas da União, isso em razão da gestão e da aplicação dos recursos federais, transferidos ao Município.

Dessa forma, acompanhar e conhecer os parâmetros de análise do TCU é importante para afastar eventuais irregularidades e elaborar as defesas da Administração.

No **Acórdão 24/2024**¹, foi destacado que, para o TCU, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos é subjetiva, sendo exigidos 3 [três] pressupostos para a responsabilização do gestor, além da verificação de possíveis excludentes de licitude.

São pressupostos para responsabilização subjetiva:

O ATO ILÍCITO NA GESTÃO DOS RECURSOS

A CONDUTA DOLOSA OU CULPOSA

O NEXO DE CAUSALIDADE [DANO X COMPORTAMENTO]

É isso que se extrai do precedente:

Acórdão 24/2024 Segunda Câmara (Tomada de Contas Especial, Relator Ministro Augusto Nardes) Responsabilidade. Natureza jurídica. Abrangência. Culpabilidade. Pressupostos. Responsabilidade subjetiva. Excludente de culpabilidade. No âmbito dos processos do TCU, a responsabilidade dos administradores de recursos públicos, com base no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, é de natureza subjetiva, seguindo a regra geral da responsabilidade civil. Portanto, são exigidos, simultaneamente, três pressupostos para a responsabilização do gestor: i) ato ilícito na gestão dos recursos públicos; ii) conduta dolosa ou culposa; iii) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente. Deve ser

¹ Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A24%2520ANOACORDAO%253A2024%2520COLEGIADO%253A%2522Segunda%2520C%25C3%25A2mara%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acessado no dia 28 de fevereiro de 2024.

verificada, ainda, a ocorrência de eventual excludente de culpabilidade, tal como inexigibilidade de conduta diversa ou ausência de potencial conhecimento da ilicitude.

Responsabilidade objetiva x subjetiva

É importante destacar, que a aplicação da responsabilidade subjetiva, apresentada, envolve apenas um parâmetro de análise do TCU no que se refere a gestão de recursos federais por Prefeitos, pois, em regra, a responsabilidade administrativa, é objetiva. Ou seja, os atos decorrentes da atuação pública, são, em regra, regidos pela teoria da responsabilidade objetiva, que considera como pressupostos para configuração da responsabilidade, apenas: **1- atuação pública; e 2- nexó de causalidade**. Sendo dispensada a verificação de “ilicitude ou de dolo”.

Cita-se, por exemplo, os ensinamentos de José Carvalho dos Santos Filho² sobre a responsabilidade civil administrativa:

“No ordenamento jurídico vigente, existem dois planos de responsabilidade civil: a responsabilidade civil de direito privado, cujas regras se encontram no Código Civil (arts. 186 a 188 e 927), fundada na teoria da responsabilidade subjetiva, e a responsabilidade de direito público, prevista no art. 37, § 6º, da CF (e também no art. 43 do Código Civil), que consagra a teoria da responsabilidade objetiva.

Em relação a esta última, dispõe o referido artigo que a ela se submetem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos.”

Portanto, a adoção da teoria da responsabilidade civil subjetiva, que normalmente se aplica as relações de particulares, no presente caso, se dá, como referência ao Tribunal no momento de analisar a correta aplicação de recursos públicos, isso em atendimento ao art. 70 e seu parágrafo único, da Constituição Federal de 1988:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará 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, assumas obrigações de natureza pecuniária.

A perceptividade da irregularidade

² Manual de Direito Administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 33. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.p. 744

Inclusive, em outro Acórdão, o de nº 2719/2023³, o TCU também entendeu que não cabe a responsabilização do prefeito por atos irregulares que não eram perceptíveis, que careciam de análise detalhada para sua constatação. Esclareceu o TCU que, a culpa pela escolha (*in eligendo*) ou pela fiscalização (*in vigilando*), são teorias que não se aplicam a todos os atos, devendo as circunstâncias de cada caso serem analisadas para fins de apuração da responsabilidade do gestor. Veja:

Acórdão 2719/2023 Plenário (Embargos de Declaração, Revisor Ministro Jhonatan de Jesus) Responsabilidade. Convênio. Delegação de competência. Prefeito. Supervisão. Culpa *in vigilando*. Culpa *in eligendo*. Não cabe a responsabilização de prefeito por irregularidade que só poderia ser detectada mediante exame detalhado de atos operacionais de competência de setores administrativos do município. A teoria da culpa pela má escolha (*in eligendo*) ou pela ausência de fiscalização (*in vigilando*) não impõe ao prefeito o dever de fiscalizar todo e qualquer ato praticado pelos gestores municipais, sendo imprescindível, para a definição das responsabilidades, a análise das situações de fato que envolvem o caso concreto.

Conclusão

Ante as considerações retroexpostas, conclui-se o TCU tem firmado a tese de que, quando da análise da aplicação de recursos públicos realizados pelos prefeitos, a teoria da responsabilidade a ser aplicada é a subjetiva, com fundamento no art. 70, parágrafo único da Constituição Federal de 1988, e, que, com base em outros precedentes, a responsabilização dos gestores por atos irregulares carece de análise específica do caso, pois a constatação da irregularidade pode não ser perceptível, demandar análise detalhada, o que, por vezes, pode afastar a responsabilização do(a) prefeito(a). Conhecer essa diferenciação é importante, pois a tese pode ser incorporada na estruturação de defesas envolvendo a gestão de recursos que são de competência fiscalizatória do TCU.

Adamantina/SP, 29 de fevereiro de 2024.

Leonardo Vieira de Souza

Consultor Responsável pela Elaboração

José Carlos Pacheco de Almeida

Responsável pela Revisão e Aprovação

³ Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A29%2520ANOACORDAO%253A2024%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acessado no dia 28 de fevereiro de 2024.