

ano 22 – n. 89 | julho/setembro – 2022

Belo Horizonte | p. 1-286 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v22i88

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003). – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN impresso 1516-3210
ISSN digital 1984-4182

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

O TCU, os particulares contratados pela administração e a jabuticaba: a excepcionalidade da orientação atual do tribunal no direito comparado

The Brazilian Federal Audit Court, the individuals hired by the administration and jabuticaba: the exceptionality of the Court's current orientation in comparative law

Eduardo Ferreira Jordão*

Fundação Getulio Vargas (Brasil)
efjordao@terra.com.br

Luiz Filipe Esteves Cunha**

Fundação Getulio Vargas (Brasil)
lfcunha@outlook.com

Recebido/Received: 18.01.2022/January 18th, 2022.

Aprovado/Approved: 29.07.2022/July 29th, 2022.

Resumo: O Tribunal de Contas da União (TCU) passou recentemente a se entender competente para julgar as contas de particulares contratados pela administração pública e a condenar esses

Como citar este artigo/*How to cite this article:* JORDÃO, Eduardo Ferreira; CUNHA, Luiz Filipe Esteves. O TCU, os particulares contratados pela administração e a jabuticaba: a excepcionalidade da orientação atual do tribunal no direito comparado. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 217-250, jul./set. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i89.1564.

* Professor da Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil) e sócio do Portugal Ribeiro Advogados. Doutor pelas Universidades de Paris e de Roma. Mestre pela USP e pela LSE. Foi pesquisador visitante em Harvard, Yale, MIT e Institutos Max Planck. *E-mail:* efjordao@terra.com.br.

** Bacharel em Direito pela Fundação Getulio Vargas – FGV Direito Rio (Rio de Janeiro-RJ, Brasil). Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. *E-mail:* lfcunha@outlook.com.

particulares a ressarcir o erário, sem ação judicial, mesmo quando ausente a contribuição de agente público para o dano. Para melhor entender esse novo movimento, fez-se uma análise da controvérsia no direito brasileiro e realizou-se uma pesquisa comparativa à luz de importantes jurisdições estrangeiras. Na pesquisa, não foram encontrados nem leis, nem julgados que atribuísem às cortes de contas estrangeiras esse tipo de competência. Mesmo nos casos em que a legislação de regência confere alguma abertura para interpretações que poderiam levar à responsabilização de particulares contratados envolvidos em prejuízo ao erário, os respectivos tribunais de superposição e de contas têm jurisprudências firmes no sentido da impossibilidade de julgamento de contas de particulares ou de imposição direta de obrigações. O artigo conclui que as competências que o TCU se autoatribuiu não encontram paralelo nas jurisdições estudadas.

Palavras-chaves: Direito administrativo. Tribunal de Contas da União. Direito comparado. Contrato administrativo. Danos ao erário.

Abstract: The Brazilian Federal Court of Auditors (TCU) has recently started to consider itself competent to review the accounts of private contractors of the Public Administration and to condemn these individuals to reimburse the treasury, without judicial intervention, even when there is no concurrence of a public agent. To better understand this shift on its case law, the authors discussed the topic under Brazilian law, and conducted a comparative research in light of important foreign jurisdictions. Neither laws nor cases that give the courts of auditors such powers were found in those jurisdictions. Even in cases in which the governing legislation confers some openness for interpretations that could lead to the liability of private contracted entities involved in damages to the treasury, it was found that the case law of the superior courts and courts of auditors of each country does not support the possibility of judging the accounts of private parties or the direct determination of liability. The paper concludes that the powers that TCU has granted itself find no parallel in the jurisdictions studied.

Keywords: Administrative Law. Federal Court of Auditors. Comparative law. Administrative contract. Damages to the treasury.

Sumário: 1 Introdução – 2 A controvérsia sobre a atuação do Tribunal de Contas em relação a particulares contratados no direito brasileiro – 3 O tratamento da matéria no direito comparado – 4 Considerações finais – Referências

1 Introdução

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem competência para julgar contas de particulares contratados pela administração e para condená-los ao ressarcimento de danos ao erário ainda que esses particulares não estejam em concurso com agentes públicos?

Até o início da última década, a jurisprudência largamente majoritária¹ era no sentido de não caber ao TCU o julgamento de contas de particulares contratados pela administração pública, mas apenas daqueles sujeitos que fossem responsáveis pela gestão de valores públicos. A única hipótese em que a Corte de Contas poderia condenar diretamente particulares contratados a ressarcir danos ao erário era o

¹ São exemplos: TCU, Acórdão nº 2.663/2010, Plenário, rel. min. Augusto Nardes; TCU, Acórdão nº 398/2010, Plenário, rel. min. Aroldo Cedraz; TCU, Acórdão nº 1.072/2009, Plenário, rel. min. Marcos Bemquerer; TCU, Acórdão nº 382/2008, Plenário, rel. min. Aroldo Cedraz; TCU, Acórdão nº 640/2006, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler; TCU, Acórdão nº 5.809/2014, 2ª Câmara, rel. min. Aroldo Cedraz; TCU, Acórdão nº 5.796/2014, 2ª Câmara, rel. min. Aroldo Cedraz; TCU, Acórdão nº 4.227/2010, 2ª Câmara, rel. min. André de Carvalho; TCU, Acórdão nº 4.750/2009, 2ª Câmara, rel. min. Benjamin Zymler.

caso em que o particular tivesse participado, em concurso com o agente público, no ato que causou o dano.² Mesmo nesse caso, eram as contas do agente público que seriam tomadas e julgadas, não as do particular.³ Nos casos de danos cometidos por terceiros sem conluio com agente público, os processos de tomada de contas especiais eram *arquivados*, por ausência dos pressupostos de constituição regular do processo.⁴

Entretanto, em uma série de julgados mais recentes, o TCU revisou esse entendimento, adotando visão mais ampla sobre as suas próprias competências. Em verdadeira virada jurisprudencial, o tribunal passou a se afirmar competente para condenar diretamente particulares contratados da administração pública, impondo-lhes o ressarcimento do erário, independentemente de ação judicial intentada com essa finalidade, mesmo quando ausente a participação de agente público para o dano.⁵

Nessa linha, fixou-se no TCU, pela via jurisprudencial, o entendimento de que são possíveis a tomada e o julgamento de contas de pessoas privadas, suspeitas de terem agido de forma a causar danos ao erário, independentemente do concurso de agentes públicos. Essa orientação foi recentemente consolidada em incidente de uniformização de jurisprudência (Acórdão TCU nº 321/2019). Na ocasião,

² Nesse sentido, inúmeros acórdãos podem ser citados, dentre os quais os seguintes: TCU, Acórdão nº 1.653/2004, 2ª Câmara, rel. min. Lincoln Magalhães da Rocha; TCU, Acórdão nº 2.111/2003, 1ª Câmara, rel. min. Walton Alencar Rodrigues; TCU, Acórdão nº 92/2004, 2ª Câmara, rel. min. Ubiratan Aguiar; TCU, Acórdão nº 1.529/2007, Plenário, rel. min. Valmir Campelo; TCU, Acórdão nº 3.051/2008, Plenário, rel. min. Valmir Campelo; TCU, Acórdão nº 4.750/2009, 2ª Câmara, rel. min. Benjamin Zymler; TCU, Acórdão nº 162/2011, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler. A lista não é exaustiva. Ressalta-se que foi encontrado um único acórdão anterior a 2012 que permitiu a condenação de particular contratado, assim como o julgamento de suas contas, sem que um agente público tenha concorrido para o dano ao erário. Em sede de tomada de contas especial, o Acórdão nº 2.499/2004, relatado pelo ministro Marcos Bemquerer, julgou irregulares as contas e condenou em débito apenas as empresas contratadas pela administração, tendo as contas do agente público sido julgadas regulares. Esse caso, no entanto, diverge daqueles apresentados anteriormente, considerando que a decisão teve como base a alínea “d”, do artigo 16, inciso III, da Lei nº 8.443, que trata da hipótese de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, e não a alínea c, que trata da hipótese de dano ao erário. TCU, Acórdão nº 2.499/2004, 1ª Câmara, rel. min. Marcos Bemquerer.

³ Essa nova interpretação, apresentada no Acórdão nº 946/2013, é diametralmente oposta àquela apresentada no Acórdão nº 1.112/2005, relatado pelo mesmo ministro (TCU, Acórdão nº 1.112/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler).

⁴ Nesse sentido, v. TCU, Acórdão nº 031/1998, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi; TCU, Acórdão nº 706/1998, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi; TCU, Acórdão nº 513/1998, Plenário, rel. min. Bento José Bugarin; TCU, Acórdão nº 521/1998, Plenário rel. min. Bento José Bugarin; TCU, Acórdão nº 522/1998, Plenário, rel. min. Bento José Bugarin; TCU, Acórdão nº 523/1998, Plenário, rel. min. Bento José Bugarin; TCU, Acórdão nº 272/1999, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi; TCU, Acórdão nº 356/1999, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi; TCU, Acórdão nº 172/1999, Plenário, rel. min. Guilherme Palmeira.

⁵ O Acórdão nº 946/2013, de relatoria de Benjamin Zymler, é o que mais tem sido citado no tribunal como aquele que inaugurou esse novo entendimento no TCU (Acórdão nº 946/2013, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler). Ele é citado, por exemplo, no Acórdão nº 321/2019, de relatoria da ministra Ana Arraes. Em sentido similar, o Acórdão nº 730/2012 já mostrava a inclinação no TCU nesse sentido (TCU, Acórdão nº 730/2012, Plenário, rel. min. Ana Arraes).

diante da divergência que havia sido instaurada no tribunal em momento anterior, o Plenário reiterou que cabe ao TCU julgar as contas de terceiros contratados pela administração pública quando eles causarem prejuízo à União,⁶ com apenas duas ressalvas. A primeira ressalva foi o condicionamento do julgamento de contas do particular à existência de “vínculo jurídico com a Administração relacionado à gestão da coisa pública”. Assim, não cabe ao TCU julgar contas de particulares, por exemplo, em casos de depredação do patrimônio público por delinquentes, dano ao erário causado por particular em acidente de trânsito etc.; mas os danos causados no âmbito de contratos administrativos, por particulares, estariam sujeitos à jurisdição da Corte de Contas. Como segunda ressalva, afirmou-se que não cabe ao TCU atuar em hipóteses de *meros descumprimentos* de obrigações contratuais que não causem dano ao erário.⁷

Essa nova interpretação representou uma importante mudança de paradigmas, divergindo do entendimento outrora consolidado e alargando, em grande medida, a competência do próprio tribunal. E a revolução jurisprudencial se operou por simples mudança interpretativa, sem que houvesse qualquer alteração na redação dos dispositivos constitucionais ou legais pertinentes.

Esse modo de expansão da jurisdição do TCU não é fato isolado. A doutrina vem, nos últimos anos, identificando uma tendência expansionista na atuação do tribunal, que, pela via jurisprudencial e por meio de normas internas, editadas pelo próprio TCU, promove releituras ampliativas de suas próprias competências.⁸ Assim, têm sido identificadas expansões indevidas de atribuição do TCU, por exemplo, nos seguintes aspectos: (i) no controle de editais de licitação ainda não publicados;⁹ (ii) na tomada de medidas cautelares sem a observância dos

⁶ TCU, Acórdão nº 321/2019, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes. Confira-se trecho de sua ementa: “(...) Compete ao TCU, de acordo com as disposições dos artigos 70, parágrafo único, e 71, inciso II, da Constituição de 1988 c/c os artigos 5º, inciso II, 16, § 2º, e 19 da Lei 8.443/1992 e o artigo 209, § 6º, do Regimento Interno, julgar as contas de pessoa física ou jurídica de direito privado que causarem dano ao erário, independentemente da participação de servidor, empregado ou agente público, desde que as ações do particular contrárias ao interesse público derivem de ato ou contrato administrativo sujeitos ao Controle Externo”.

⁷ Cf. trecho do voto da relatora no Acórdão nº 321/2019 que trata sobre o ponto: “27. Da mesma forma que não compete a esta Corte atuar nas questões de interesse exclusivamente privado que não envolvam o resguardo do interesse público, o simples descumprimento de cláusula contratual pelo particular que não importe dano ao erário deve ser tratado pela própria Administração mediante ação judicial ou utilização dos instrumentos previstos na legislação (...) 28. Não é papel do TCU substituir a Administração ou o Poder Judiciário, sob risco de se imiscuir em competências alheias, nas contendas sobre a aplicação de cláusulas puramente comerciais sem indicativos de prejuízos ao interesse público (Acórdãos 1.236 e 2.202/2017 - Plenário, da minha relatoria)”.

⁸ Como nota Flávio Garcia Cabral, “[o] problema em relação ao TCU parece residir não no conjunto normativo que o estrutura e conforma suas competências, mas sim em como vem sendo interpretado e aplicado pela própria Corte” (CABRAL, Flávio Garcia. Como o Tribunal de Contas da União tem se comportado ao longo da Constituição de 1988? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 161-183, jul./set. 2021).

⁹ Cf. nesse sentido JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público*, ano 12, n. 47, out./dez. 2014.

limites estabelecidos pelos arts. 71, IX e X, da Constituição;¹⁰ (iii) na suspensão de contratos públicos, quando o texto constitucional prevê expressamente apenas a competência de sustar atos (art. 71, X e seus §§1º e 2º);¹¹ (iv) no exercício de controle de constitucionalidade incidental, buscando impor a toda a administração pública a sua interpretação sobre a constitucionalidade de atos normativos;¹² (v) na utilização de poder de sanção no controle operacional, expandindo o conceito de legalidade para incluir também os conceitos de “legitimidade”, “economicidade” e “eficiência”, aplicando penalidades também em face de supostas violações destes princípios;¹³ e (vi) na assunção de funções típicas de agências reguladoras, sobrepondo sua própria análise de mérito discricionária sobre alguma questão regulatória àquela feita pela entidade competente.¹⁴

¹⁰ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; ARRUDA CÂMARA, Jacintho. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 204; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no Controle de Contratos Administrativos. *Interesse Público*, n. 82, ano 15, nov./dez. 2013, p. 3-5; e ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 260-274.

¹¹ Cf. BARROSO, Luis Roberto. Tribunal de Contas: algumas incompetências. *RDA*, v. 203, p. 137-130, jan./mar. 1996, tópico “III – Incompetência do Tribunal de Contas para invalidar ou sustar, diretamente, contrato celebrado pela Administração”; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 119, maio/ago. 2011; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no Controle de Contratos Administrativos. *Interesse Público*, n. 82, ano 15, nov./dez. 2013, p. 26; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 274-285.

¹² O TCU adotou esse entendimento, por exemplo, no Acórdão nº 2.000/2017 – 2ª Câmara, Rel. Min. Ana Arraes, em que avaliou ser inconstitucional a concessão do bônus de eficiência e produtividade na atividade tributária disciplinado pela Lei Federal nº 13.464/2017 a servidores inativos e pensionistas, afastando, assim, a aplicação dos §§2º e 3º do art. 7º desta lei.

¹³ Cf. OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA USP, Faculdade de Direito. *Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. São Paulo, 2019, p. 10; e PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou administrador?* Dissertação de mestrado apresenta na pós-graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019, p. 160-165.

¹⁴ Nesse sentido são as conclusões de três diferentes dissertações de mestrado acerca do controle do TCU sobre agências reguladoras, oriundas de três diferentes programas de pós-graduação. Cf.: OLIVEIRA, Anderson Márcio. *Intervenção regulatória do TCU: uma avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC*. Dissertação apresentada na pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2017; MERLOTO, Nara Carolina. *A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras: entre a independência e o controle*. Dissertação apresentada na pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018; e PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou administrador?* Dissertação apresentada na pós-graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019.

Cf. também AZEVEDO NETO, Floriano de; PALMA, Juliana Bonacorsi *et al.* Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, maio/ago. 2019, p. 46; e DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura*. São Paulo: ed. Singular, 2020, *passim*. Como exemplo de artigo breve sobre o tema, cf. RIBEIRO, Mauricio Portugal; JORDÃO, Eduardo. Subordinação de agências ao TCU compromete imparcialidade regulatória. *Conjur*, 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/opinioao-subordinacao-agencias-tcu-compromete-imparcialidade>.

O contexto justifica a importância de analisar detidamente esse novo fenômeno de expansão da jurisdição do tribunal, consistente na possibilidade de o Tribunal de Contas julgar as contas e imputar débitos aos particulares contratados da administração, independentemente de concurso de agentes públicos. Diante do ineditismo da tese no direito brasileiro, optou-se por avaliar como é moldada a jurisdição dos tribunais de contas de países com sistemas de controle de contas que serviram de inspiração para a implementação das instituições de controle brasileiras.¹⁵ A ideia é a de que a avaliação da extensão dessas jurisdições e a forma como são ressarcidos os danos ao erário causados por particulares contratados da administração no direito comparado podem fornecer subsídios importantes para a análise da juridicidade e da legitimidade dessa nova orientação do TCU.

Este artigo tem, portanto, o objetivo específico de averiguar como o tema é tratado no direito estrangeiro a fim de verificar se há paralelos no direito comparado para essa atuação da jurisdição de contas. A hipótese dos autores – derivada da tendência expansionista das atribuições do TCU, citada linhas acima – era que essas decisões do TCU envolvendo particulares contratados da administração configurariam orientação isolada no direito comparado, não havendo julgamentos de contas de particulares por parte dos principais tribunais de contas estrangeiros, nem mesmo a imputação de débito exclusivamente a particulares em caso de dano ao erário. Nesses casos, a suposição era que, tal como ocorria no Brasil antes da virada jurisprudencial relatada, a cobrança de particulares por dano ao erário ocorreria apenas na via *judicial*. Nesse sentido, trazer essa competência sobre agentes privados para o âmbito do controle de *contas* seria algo que, tal como a jabuticaba mencionada no título deste artigo, só seria encontrado no Brasil.

Para verificar essa hipótese, realizou-se um estudo comparativo das competências de órgãos superiores de julgamento de contas notoriamente reconhecidos, em especial da Espanha, de Portugal, da França, da Itália e do Reino Unido. Os ordenamentos jurídicos desses países serão abordados, na seção III, sob duas perspectivas. Primeiro, serão averiguadas, na subseção 3.1, as condições sob as quais contas de entidades privadas podem ser analisadas pelas cortes de contas dos países supracitados. Como se demonstrará, as cortes de contas e os tribunais de superposição dos países estudados cuidam de afastar interpretações extensivas, afirmando claramente que a competência dos tribunais de contas não se estende para além do setor público e de eventuais pessoas que possam ser

¹⁵ Sobre as influências de sistemas de controle de contas estrangeiros na formação do TCU, remete-se a SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

equiparadas a integrantes da administração pública, por manejarem diretamente recursos públicos.

Em seguida, verificar-se-á, na subseção 3.2, se existe alguma possibilidade de responsabilização de particulares pelas cortes de contas no direito estrangeiro. Será demonstrado que, nos países analisados, de maneira geral, não há autorização para a responsabilização de particulares por parte das cortes de contas, diferentemente da jurisprudência recentemente fixada pelo TCU. Na verdade, nas jurisdições estrangeiras analisadas, foram encontrados julgados rejeitando até mesmo a responsabilidade solidária em casos de concurso de agentes públicos e privados.

Antes, porém, de expor o tratamento do tema no direito comparado, convém explicitar, de forma mais detida, a controvérsia que surgiu no TCU sobre o tema, bem como os argumentos constitucionais e legais utilizados no Brasil para justificar – e rechaçar – a atuação do TCU perante particulares contratados da administração. A próxima seção deste artigo é dedicada a isso.

2 A controvérsia sobre a atuação do Tribunal de Contas em relação a particulares contratados no direito brasileiro

No plano constitucional, a divergência tem por escopo, basicamente, a interpretação conferida a dois dispositivos da CRFB/88: o parágrafo único do art. 70 (“[p]restará 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 de natureza pecuniária”) e a parte final do inciso II do art. 71 (compete ao TCU “II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”).

A visão mais restritiva sobre a amplitude das competências do TCU, adotada pela jurisprudência do tribunal em um primeiro momento, partia da leitura conjunta dos arts. 70 e 71. Nessa perspectiva, a tomada de contas especial prevista na parte final do inciso II do art. 71 só poderia ser instaurada em face dos sujeitos listados no parágrafo único do art. 70 – aqueles que fossem responsáveis pela gestão de recursos públicos. Em outras palavras, caberia ao TCU promover a tomada de contas especial “de 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, e que, *satisfazendo a essas condições*, derem causa a perda,

extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário” (grifou-se).¹⁶ E os particulares contratados pela Administração Pública não são responsáveis pela gestão de dinheiros, bens e valores públicos.

No mesmo sentido, o TCU sempre entendeu que a responsabilização desses particulares contratados só poderia ocorrer de forma solidária, na hipótese em que o dano ao erário fosse causado em conluio com agente público, por força do previsto no art. 16, §2º, *b*, da Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU – LOTCU).¹⁷ ¹⁸ Caso não houvesse participação do agente público no dano ao erário, a apuração do prejuízo deveria ser realizada fora do âmbito do TCU, mediante ação judicial.¹⁹ O TCU reiterou esse entendimento em diversos precedentes envolvendo particulares contratados da administração, inclusive em casos envolvendo superfaturamento.²⁰ A alteração da redação do parágrafo único do art. 70 da Constituição promovida pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, não modificou esse entendimento.²¹

¹⁶ TCU, Acórdão nº 1.112/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

¹⁷ “Art. 16. As contas serão julgadas: III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: (...) c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico; d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária: a) do agente público que praticou o ato irregular, e b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.”

¹⁸ Nesse sentido, assim se manifestou o ministro Benjamin Zymler sobre a possibilidade de condenar particulares contratados em débito: “A hipótese normativa de sujeição do particular à jurisdição do TCU em sede de contas, quando aquele, mesmo não estando a desempenhar nenhuma função pública, der causa a dano ao erário em concurso com pelo menos um agente público, é prevista no art. 16 da Lei nº 8.443/1992, (...) Só tem contas a prestar aquele a quem se confiou a gestão de recursos públicos, conforme disposto no citado parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal. Assim, os agentes públicos envolvidos devem ter suas contas julgadas irregulares e ser condenados a responder pelos danos causados ao erário, enquanto o particular, que não tem contas a serem julgadas, deve responder solidariamente com os agentes públicos pelo referido dano. (...)” (TCU, Acórdão nº 1.112/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler).

¹⁹ É dizer, “*se não houver culpa lato sensu de nenhum agente público*, a lesão suportada pelos cofres públicos deverá ser sanada por meio da competente ação judicial. Assim, nessa última hipótese, *a questão será resolvida fora do âmbito de atuação desta Corte de Contas*” (TCU, Acórdão nº 1.693/2003, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler; grifou-se). No mesmo sentido: TCU, Acórdão nº 1.856/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler; TCU, Acórdão nº 33/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

²⁰ TCU, Decisão nº 543/2000, Plenário, rel. min. Walton Alencar Rodrigues; TCU, Acórdão nº 4.750/2009, 2ª Câmara, rel. min. Benjamin Zymler.

²¹ A referida emenda alterou a redação do parágrafo único do artigo 70, determinando a prestação de contas de “(...) 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, assumia obrigações de natureza pecuniária” (grifou-se), enquanto a redação anterior do dispositivo falava em “(...) qualquer pessoa física ou entidade pública (...)”. Ao analisar especificamente a nova redação do parágrafo único do artigo 70 da Constituição, a Corte de Contas firmou o entendimento de que “a alteração introduzida pela Emenda Constitucional nº 19, no Parágrafo único do art. 70, não trouxe mudança substancial à jurisdição deste Tribunal” (TCU, Acórdão nº 446/2000, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi; fundamentos reproduzidos no Acórdão nº 379/2000, Plenário, de mesma relatoria; grifou-se). Assim, o TCU reiterou que, a despeito das alterações redacionais, “o art. 70 da CF não alcança o contratado pela administração pública”.

Em um segundo momento, o TCU modificou, radical e subitamente, seu posicionamento sobre a possibilidade de condenação de particulares contratados e de julgamento de suas contas, reinterpretando as normas constitucionais e legais relevantes – que permaneceram formalmente inalteradas.²²

Essa nova interpretação se baseou em leitura isolada da parte final do inciso II do artigo 71 da Constituição Federal, que prevê o julgamento de contas daqueles que “(...) derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”. Nessa visão, esse trecho do dispositivo permitiria ao TCU o julgamento de contas de qualquer pessoa que dê causa a dano ao erário, não somente aquelas que o fizeram em conjunto com agente público. O parágrafo único do artigo 70, nessa perspectiva, não deveria ser levado em consideração nem deveria ser lido em conjunto com o inciso II. Em relação ao §2º do artigo 16 da LOTCU, que, como visto, determina que cabe ao TCU fixar a responsabilidade *solidária* do particular contratado quando haja concorrência conjunta com agente público no dano ao erário, a nova leitura do TCU passou a ser de que esse dispositivo não exaure os casos em que particulares podem ser condenados pelo tribunal.²³

Esse entendimento é, contudo, criticável. A nova orientação do TCU não parece encontrar respaldo na Constituição e na legislação, as quais não parecem lhe atribuir competências para julgar contas ou condenar particulares contratados pela administração.

Em primeiro lugar, porque, ao estabelecer a lista dos sujeitos que possuem a obrigação de prestar contas, o parágrafo único do art. 70 da Constituição elenca quem está sujeito ao controle externo exercido pelo Congresso Nacional, auxiliado pelo TCU.²⁴ Ao fazê-lo, a CRFB prevê como destinatários do controle externo apenas aqueles que administrem recursos públicos. E os particulares meramente contratados pela administração pública não se encontram nesse rol, uma vez que não realizam as atividades de “utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar bens ou valores públicos”.

²² Sobre os limites das competências discricionárias do TCU e do seu necessário balizamento jurídico, v. CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União é um órgão político? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 237-284, jan./abr. 2020.

²³ Na verdade, a jurisdição do TCU abrangeria “(...) aqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao erário;” (art. 5º da LOTCU, reproduzindo a parte final do inciso II do artigo 71 da CRFB/88). Nesse sentido, TCU, Acórdão nº 2.056/2013, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler; TCU, Acórdão nº 1.680, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler; TCU, Acórdão nº 2.448, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

²⁴ Em outras palavras, “somente os agentes sujeitos ao dever de prestar contas submetem-se à jurisdição dos Tribunais de Contas”, como coloca Jacoby Fernandes (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil*: Jurisdição e competência. 4. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016. p. 491). No mesmo sentido, RODRIGUES, Walton Alencar. O dano causado ao erário por particular e o instituto da tomada de contas especial. *Revista do TCU*, n. 77, 1998, p. 57.

Com efeito, as empresas, cujo relacionamento com a administração pública limita-se à prestação de serviços e ao fornecimento de bens, não são responsáveis pela administração ou gestão (em sentido amplo) de recursos públicos, não sendo incluídas nesse rol de sujeitos do controle externo.²⁵ Elas são apenas *receptoras* (e não gestoras) de gastos públicos.²⁶ Nesse caso, deve prestar contas não o particular contratado, mas, sim, o gestor público responsável pela sua contratação, até porque os valores pagos pela administração pública a pessoas jurídicas de direito privado tornam-se de natureza privada, perdendo sua natureza e caráter público ao ingressarem no patrimônio do contratado.²⁷

Em segundo lugar, um exame dos poderes específicos atribuídos ao TCU (CRFB/88, art. 71) confirma a circunscrição do controle externo àqueles que gerem recursos públicos. De fato, não é possível ler os incisos específicos do art. 71 ignorando o parágrafo único do art. 70, já que este fixa *todo o escopo* do controle externo.²⁸ Especificamente em relação ao inciso II do art. 71, verifica-se que o TCU, a partir da recente virada jurisprudencial, identifica na segunda parte do inciso II (“e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público”)²⁹ poderes de julgamento de qualquer um

²⁵ Nesse sentido, são pertinentes as considerações de Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, ao comentar justamente o parágrafo único do art. 70 da Constituição: “(...) O mero fornecedor externo de serviços ou bens para a administração pública não é obrigado a prestar contas ao controle público, ou seja, não se sujeita à jurisdição dos órgãos de controle externo. Agentes externos à administração pública federal, mesmo que com ela se relacionem, não têm contas próprias sujeitas à aprovação do TCU, não têm suas despesas contábeis auditadas, não são, em suma, jurisdicionados dos órgãos de controle externo. Isso porque essas pessoas privadas externas não são responsáveis por recursos públicos. São agentes estranhos à máquina administrativa, que exercem atividade no âmbito privado, ainda que em virtude de contrato com o poder público” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. *Justiça do Direito*, v. 33, n. 2, maio/ago. 2019, p. 205).

²⁶ A exceção são aqueles particulares que sejam contratados justamente para a guarda, gestão e administração de gastos públicos, a exemplo de instituição financeira contratada por entidade da administração pública para gerir seu patrimônio. Nesse caso, pela atividade de gestão de recursos públicos ser justamente a finalidade de seu contrato, ele submete-se ao dever de prestar contas. Contudo, a remuneração por ele recebida pelos serviços prestados não é recurso público.

²⁷ Nesse sentido, ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 166.

²⁸ Nesse sentido é a opinião da doutrina especializada: “[s]omente os agentes sujeitos ao dever de prestar contas submetem-se à jurisdição do TCU” (JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016. p. 491); “o escopo da atuação do controle externo está delineado no parágrafo único, do art. 70, da CF” (SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. *Justiça do Direito*, v. 33, n. 2, maio/ago. 2019, p. 205); “a competência do Tribunal de Contas da União é constitucionalmente definida no âmbito do controle externo da atividade financeira, contábil e orçamentária dos órgãos e entidades públicas federais na forma estatuída no art. 70 da Constituição Federal” (RODRIGUES, Walton Alencar. O dano causado ao erário por particular e o instituto da tomada de contas especial. *Revista do TCU*, n. 77, 1998, p. 57).

²⁹ A primeira parte é “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal”.

que venha a causar prejuízo ao erário, inclusive de particulares que sejam apenas contratados da administração pública.

No entanto, a divisão do inciso II em duas partes é, para a doutrina, uma forma de dividir aqueles responsáveis por prestar contas de forma corrente (primeira parte do dispositivo) – as chamadas *contas ordinárias* – e aqueles responsáveis por prestar contas em casos específicos de irregularidades ou desvios (segunda parte do dispositivo) – as chamadas *contas especiais ou excepcionais*. Esta última hipótese corresponde ao julgamento ou tomada de contas especial (TCE), que tem a finalidade de averiguar, investigar e tomar as medidas cabíveis no caso de irregularidades relacionadas à gestão do patrimônio público, com dano ao erário.³⁰ Dessa forma, a segunda parte do dispositivo amplia a sua abrangência. Não se impõe um dever a qualquer pessoa, mas, sim, àquelas pessoas com o dever de prestar contas, por serem responsáveis pela gestão (em sentido amplo) do patrimônio público, ainda que não sejam “administradores e responsáveis” da administração pública direta e indireta. É o caso de particulares que efetuam a gestão de recursos federais, como entidades do terceiro setor.³¹

Afinal, se quaisquer sujeitos que “derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” pudessem ser obrigados a prestar contas, independentemente de “utilizarem, arrecadarem, guardarem, gerenciarem ou administrarem dinheiros, bens e valores públicos”, o parágrafo único do art. 70 seria simplesmente inútil, sem qualquer razão de ser. E, de acordo com a conhecida regra de interpretação, não se presumem, nas leis, palavras inúteis.³²

Em terceiro lugar, o desenho constitucional de competências impõe que, caso o TCU suspeite de atuação irregular de particular contratado pela administração, ele deve encaminhar seus procedimentos e conclusões a outros órgãos públicos e

³⁰ Confirmam-se os comentários de Jacoby Fernandes sobre o art. 71, II, da Constituição: “A par das contas anuais, que são prestadas por todos os órgãos da Administração Pública, ordinariamente, existe um tipo diferenciado de contas, denominado contas especiais. (...) Por esse motivo é que o comando constitucional se refere a ‘julgar as contas dos administrativos e demais responsáveis’ e ‘daqueles’ que derem causa à perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário. No primeiro caso, refere-se a Constituição Federal às contas ordinárias; no segundo, às contas especiais. No primeiro caso, há gestão, no segundo, apenas a causa do dano, perda, extravio ou outra irregularidade”. JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016. p. 343.

³¹ ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 164.

³² De fato, “a competência de julgar contas, prevista no inciso II do art. 71 da CF, há de ser interpretada em consonância com o disposto no art. 70 e seu parágrafo único da Constituição (...)” (RODRIGUES, Walton Alencar. O dano causado ao erário por particular e o instituto da tomada de contas especial. *Revista do TCU*, n. 77, 1998, p. 58). No mesmo sentido, mais recentemente, 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. 117-118; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. *Justiça do Direito*, v. 33, n. 2, maio/ago. 2019, p. 207; ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 165.

instituições, tais como o Ministério Público, a Polícia Federal ou os próprios órgãos ou entidades da administração pública que teriam sido prejudicados, que têm o encargo de representar ao Poder Judiciário sobre a questão. Na forma do inciso XI do art. 71 da Constituição, o Tribunal de Contas possui o poder “de representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados”. Esse “Poder competente” é o Judiciário, porque, no direito brasileiro, “é reservada ao Poder Judiciário a função de condenar alguém ao ressarcimento de danos, inclusive ao erário”.³³

Em quarto lugar, a LOTCU não atribui ao Tribunal de Contas poderes de julgar contas de particulares contratados pela administração pública ou de condená-los a ressarcir eventuais danos causados ao erário, limitando-se, no ponto, a reproduzir as normas constitucionais sobre a extensão da jurisdição do TCU. E quando a LOTCU emprega termos de caráter mais indeterminado, como “responsáveis” e “aqueles” (presentes em diversos de seus dispositivos), essas expressões são utilizadas em sentido próprio para referir-se aos sujeitos que possuem o dever de prestar contas, e não a quaisquer terceiros externos à administração pública.³⁴ Aliás, na única vez em que a LOTCU se refere a agente privado externo à administração pública e à gestão de recursos públicos, ela usa a expressão “licitante fraudador” (trata-se de seu art. 46, que estabelece a sanção de inidoneidade). Ademais, a alínea “b” do §2º do art. 16 da LOTCU autoriza o TCU apenas a representar, na forma do §3º do art. 16 (e conforme a competência prevista no inc. XI do art. 71 da CRFB/88), não sendo fundamento para imposição de débito ou fixação de sanção administrativa.

Em quinto lugar e por fim, deve-se registrar que parte da ampliação de competência que o TCU tenta agora emplacar já foi rechaçada pelo Congresso quando da elaboração da LOTCU, promulgada em 1992. A proposta específica (ou seja, votada em separado) de emenda legislativa que atribuía ao TCU poderes sobre os particulares contratados terminou sendo expressamente rejeitada pelo Poder Legislativo federal. É dizer, essa competência que o tribunal busca consagrar para si, por meio de interpretação própria, fora-lhe expressamente negada pelo jogo

³³ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. *Justiça do Direito*, v. 33, n. 2, maio/ago. 2019, p. 205.

³⁴ Isso ocorre, por exemplo, em seu art. 12, incisos II e III, §§1º e 3º; art. 17; arts. 18 e 19, que tratam de quando as contas são julgadas regulares com ressalva e irregulares; art. 25, que trata da notificação do responsável para quitar a dívida; art. 44, que trata da possibilidade de afastamento cautelar do responsável, entre tantos outros. Nos casos em que a lei se refere a outros sujeitos externos à jurisdição do Tribunal, são utilizadas outras expressões, como “interessado”, a exemplo do inciso I do art. 22, que se refere à ciência do “responsável ou do interessado” quando da citação, deixando claro que são sujeitos distintos. No mesmo sentido, SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. *Justiça do Direito*, v. 33, n. 2, maio/ago. 2019, p. 211-212.

democrático.³⁵ Tratou-se de emenda apresentada pelo senador Pedro Simon,³⁶ que foi recusada pelo Plenário da Câmara dos Deputados,³⁷ com manifestações veemente contrárias, por parte de deputados, a essa expansão das competências do TCU para as empresas privadas contratadas.³⁸

3 O tratamento da matéria no direito comparado

Para verificar se os poderes que o TCU se autoatribuiu encontram paralelo no direito comparado, realizou-se um estudo das competências dos órgãos superiores de julgamento de contas reconhecidos internacionalmente, em especial da Espanha, de Portugal, da França, da Itália e do Reino Unido. Como se verá a seguir, nesses países são raras as decisões discutindo especificamente o assunto. Isso porque a questão normalmente nem se coloca: as cortes de contas estrangeiras, amparadas na legislação e no papel que universalmente se reconhece às cortes de contas, simplesmente partem do pressuposto de que suas funções se limitam ao controle do manejo de recursos públicos, e a condenação da reparação de eventuais danos à administração por particulares não integrantes da estrutura estatal se realiza no âmbito do Poder Judiciário. Nos poucos casos em que algum tribunal efetivamente se debruçou sobre o tema, relatados abaixo, concluiu-se de forma contrária à pretensão do TCU. Essa constatação atesta a excepcionalidade da atuação que tem se permitido o TCU, a partir de sua virada jurisprudencial.

Nos itens seguintes, apresenta-se o problema sob duas perspectivas diferentes. Uma questão é o Tribunal de Contas ter competência ou não para analisar contas de empresas privadas. Outra discussão, relacionada, mas não idêntica à primeira, é a possibilidade de, em uma auditoria realizada por uma corte de contas *sobre*

³⁵ Cf. ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 97-98. O ponto é levantado na análise feita no Capítulo 3 – O Processo de Construção da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, integrante da Parte 1 do livro, no qual o autor trata da história legislativa de elaboração dos dois principais instrumentos que disciplinam os poderes do TCU: os arts. 70 a 74 da Constituição Federal, e a Lei Orgânica do TCU. Cf. também SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. *Justiça do Direito*, v. 33, n. 2, maio/ago. 2019, p. 212.

³⁶ Diário do Congresso Nacional de 31.03.1992, p. 1.571. Cf. o inteiro teor da Emenda nº 26-CCJ: “Acrescentem-se ao art. 42. os seguintes parágrafos: ‘Art. 42. (...) §3º O Tribunal poderá determinar a extensão das inspeções e auditorias às pessoas jurídicas de direito privado interessadas ou de qualquer forma envolvidas, direta ou indiretamente, na aplicação dos recursos públicos objeto da fiscalização’”.

³⁷ A rejeição ocorreu na votação em separado das emendas do Senado Federal realizada em 24.06.1992, na 95ª Sessão de 1992. Votaram pela rejeição da emenda os líderes dos partidos PMDB, PTB, PDS, PSDB, PDT e de bloco formado pelos partidos PFL/PRN/PSC. O PT foi o único partido cujo líder votou favoravelmente à matéria.

³⁸ Diário do Congresso Nacional de 25.06.1992, p. 14.529-14.530. Cf. a íntegra da fala do deputado: “O SR. JOSÉ THOMAZ NONÔ (PMDB - AL. Sem revisão do orador.) - Sr. Presidente, as disposições do § 3º do art. 42, na forma proposta pela emenda, são manifestamente inconstitucionais. Não é competência do Tribunal de Contas da União determinar inspeções e auditorias na contabilidade das pessoas jurídicas de Direito Privado, o que me parece um flagrante atentado à Constituição”.

um órgão público, verificar-se que um contrato administrativo vem causando dano ao erário e condenar o particular a repará-lo, exclusivamente ou solidariamente com o agente público. As situações são distintas, mas o TCU tem se entendido competente em ambos os casos, como já se viu acima. E, nas duas situações, a sua orientação é descolada dos exemplos das jurisdições estrangeiras maduras e com tradição de controle de contas.

Nesse contexto, os exemplos do direito comparado serão abordados, a seguir, sob essas duas perspectivas. Primeiro, serão averiguadas as condições sob as quais contas de entidades privadas podem ser analisadas pelas cortes de contas dos países supracitados. Em seguida, verificar-se-á se existe alguma possibilidade de responsabilização de particulares pelas cortes de contas no direito estrangeiro.

3.1 O julgamento de contas de particulares contratados pela administração por tribunais de contas estrangeiros

Nos ordenamentos jurídicos analisados, as possibilidades de análise, pelas cortes de contas, de pessoas físicas e jurídicas de direito privado que não integram a Administração Pública, são extremamente restritas, limitando-se aos casos expressos em lei – hipóteses invariavelmente ligadas à gestão, por essas entidades privadas, de recursos públicos. Como se explicará, na maioria dos casos, a legislação de regência prevê genericamente a essas cortes competência sobre contas do *setor público* e, na sequência, traz um rol exaustivo de entidades privadas que podem ser objeto de apreciação.

Nos pouquíssimos casos em que as leis desses países poderiam, eventualmente, dar alguma margem para interpretações distintas – em especial no caso da Espanha e, em menor medida, de Portugal e da Itália –, verificou-se que as cortes de contas e os tribunais de superposição cuidam de afastar esse tipo de interpretação extensiva. Nesses casos, esses tribunais afirmam claramente que a competência dos tribunais de contas não se estende para além do setor público e de eventuais pessoas que possam ser equiparadas a integrantes da administração pública, por manejarem diretamente recursos públicos. A seguir, será exposto o tratamento dado ao tema pelos ordenamentos jurídicos de cada um dos países analisados.

3.1.1 O caso do *Tribunal de Cuentas* espanhol

Como o seu similar brasileiro, o *Tribunal de Cuentas* espanhol tem competências definidas na constituição do país e em sua lei orgânica. No texto constitucional, verifica-se que a competência da corte recai, genericamente, sobre as contas do

“setor público estatal”,³⁹ sem qualquer previsão de julgamento de contas privadas. Já a lei orgânica da corte de contas do país (*Ley Orgánica nº 2/1982*) possui dispositivos com redações semelhantes às previsões da Constituição brasileira e da Lei Orgânica do TCU (Lei nº 8.443/92), o que torna o cotejo dessas jurisdições especialmente relevante para este artigo.

Com efeito, o art. 15.1 da *Ley Orgánica nº 2/1982* dispõe que o *Tribunal de Cuentas* detém competência para apreciar as contas que “devem ser prestadas por aqueles que arrecadem, fiscalizem, administrem, guardem, gerenciem ou utilizem bens, dinheiros ou valores públicos”.⁴⁰ A semelhança com o art. 70, parágrafo único, da CRFB/88 salta aos olhos.⁴¹ O art. 38 da lei orgânica da Corte de Contas espanhola, por sua vez, estabelece que “aquele que, por ação ou omissão contrária à lei, originar a perda de dinheiros ou valores públicos, ficará obrigado à indenização dos danos e prejuízos causados”.⁴² A previsão assemelha-se à norma da CRFB/88 que atribui ao TCU o julgamento das contas “daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” (art. 71, II, *in fine*, CRFB/88).

Como visto acima, no Brasil, no Acórdão nº 321/2019, o TCU chegou à conclusão de que essa previsão da parte final do art. 71, inc. II, lida isoladamente (e sem consideração sistemática das demais normas constitucionais e legais), seria suficiente para justificar a competência da corte para julgar as contas de particulares que não exercem – nem mesmo por extensão – qualquer tipo de função pública. Na Espanha, onde as previsões textuais legais são bastante semelhantes, tanto o *Tribunal Supremo* quanto o *Tribunal de Cuentas* rejeitaram explicitamente esse entendimento. Como revela o trecho abaixo, o *Tribunal Supremo* espanhol deixou claro que a jurisdição da Corte de Contas não pode abranger aqueles que não têm a seu cargo a gestão de bens ou dinheiros públicos:

³⁹ O item 4 do art. 136 da Constituição espanhola dispõe que uma lei orgânica regulará a composição, e a organização e as funções do tribunal, mas o próprio texto constitucional já dá indicações dos limites das atribuições da Corte de Contas do país. Nesse sentido, o art. 136.1 da Constituição espanhola deixa claro que “o Tribunal de Contas é a organização fiscal suprema das contas e da gestão econômica do Estado, bem como do setor público”; já o item 2 do mesmo artigo afirma que “as contas do Estado e do setor público estatal serão submetidas ao Tribunal de Contas e por ele controladas”.

⁴⁰ Tradução livre do original: “*Artículo quince. Uno. El enjuiciamiento contable, como jurisdicción propia del Tribunal de Cuentas, se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos. Dos. La jurisdicción contable se extiende a los alcances de caudales o efectos públicos, así como a las obligaciones accesorias constituidas en garantía de su gestión*”.

⁴¹ “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, assumida obrigações de natureza pecuniária.”

⁴² Tradução livre do original: *Uno. “El que por acción u omisión contraria a la Ley originare el menoscabo de los caudales o efectos públicos quedará obligado a la indemnización de los daños y perjuicios causados.”*

(...) tampouco pode a responsabilidade de contas se confundir, necessariamente, com a responsabilidade civil ou patrimonial em que possam incorrer, perante a Administração, aqueles que, sem estarem vinculados ao seu serviço, ou estando, mas não tendo a seu cargo a gestão de bens ou dinheiros públicos, causem-lhes dano, seja diretamente, seja por gerar a obrigação da Administração de indenizar terceiros. Nestes casos, não haverá qualquer assunção de responsabilidade perante a jurisdição de contas, mas sim uma situação de “responsabilidade civil perante a Administração Pública”, para cuja efetivação esta última, na falta de preceito legal que o habilite, terá que amparar-se na jurisdição cível como qualquer outro sujeito de direito (...).⁴³

No julgado, o *Tribunal Supremo* também afastou, expressamente, o argumento de que a competência do *Tribunal de Cuentas* para julgar contas de particulares poderia ser extraída, de forma isolada, do já citado art. 38 da lei orgânica (que imputa responsabilidade de indenizar àqueles que originarem “a perda de dinheiros ou patrimônios públicos”) – dispositivo que, lembre-se, assemelha-se à parte final do art. 71, inc. II, da CRFB/88. Segundo a suprema corte espanhola, não é possível ler os dispositivos legislativos de forma isolada; ao contrário, é preciso fazer uma interpretação sistemática, que leve em consideração (i) a competência constitucional do Poder Judiciário e (ii) as outras normas definidoras de competências do *Tribunal de Cuentas*, em especial a norma que define os sujeitos da jurisdição da corte como sendo aqueles que “arrecadem, fiscalizem, administrem, guardem, gerenciem ou utilizem bens, dinheiros ou patrimônios públicos” (art. 15.1, *Ley Orgánica 2/1982*).⁴⁴ Fazendo um paralelo com a realidade jurídica brasileira, é como se a corte tivesse dito que o art. 71, inc. II, *in fine*, da CRFB/88 não pode

⁴³ STS 3995/1999, Sección 2, relator Pascual Sala Sánchez, 07.06.1999, p. 3. Tradução livre do original: “(...) tampoco puede la responsabilidad contable identificarse, de modo necesario, con la responsabilidad civil o la responsabilidad patrimonial en que puedan incurrir, frente a la Administración, quienes, sin estar vinculados al servicio de la misma o estándolo pero no teniendo a su cargo el manejo de bienes o caudales públicos, causen daños a estos, bien directamente, bien determinando la obligación de la Administración de indemnizar a terceros. En estos casos, no se estará ante supuesto alguno de responsabilidad contable, sino o ante una situación de ‘responsabilidad civil frente a la Administración pública’, para cuya determinación ésta, a falta de un precepto legal que la habilite, habrá de acudir a la Jurisdicción civil como cualquier otro sujeto de derecho (...)”.

⁴⁴ Sobre o ponto, assim dispôs o Tribunal Supremo no já citado STS 3995/1999: “Es por todo ello por lo que, pese a los ‘aparentes’ términos de generalidad con que vienen concebida la responsabilidad contable en el art. 38.1 de la Ley Orgánica 2/1982, su alcance, por fuerza de la lógica y por respeto a la exclusividad en el ejercicio jurisdiccional que la Constitución reconoce a los distintos órdenes de la Jurisdicción ordinaria -art. 117.3- en relación con la competencia atribuida al contencioso- administrativo en los arts. 9.3, y 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora dicha Jurisdicción, no puede traspasar el tipo de responsabilidad que surja de las ‘cuentas’ que, en el sentido más amplio, deban rendir quienes manejen o administren caudales o efectos públicos y derive de una infracción que, asimismo, pueda ser calificada de contable, tal y como exigen los arts. 15.1 de la tan repetida Ley Orgánica 2/1982”.

ser interpretado isoladamente, mas, sim, em conjunto com o art. 70, parágrafo único, e com as regras que definem competências do Poder Judiciário.

O *Tribunal Supremo* reafirmou esse entendimento em outros julgados mais recentes.⁴⁵ Na STS 881, de 2019, por exemplo, o tribunal afastou a competência do *Tribunal de Cuentas* em caso de dano ao erário causado por particulares que, de forma fraudulenta, inflaram os preços de bens adquiridos por eles no âmbito de um convênio, de forma a elevar artificialmente o valor que foi posteriormente pago pela administração. No caso, fixou-se o entendimento de que esse prejuízo deve ser recuperado nas vias judiciais ordinárias, por meio da responsabilidade civil, reiterando-se que, “embora a responsabilidade de contas possa se estender ao âmbito dos danos causados ao patrimônio público, ela se insere no exercício da atividade financeira pública”, o que não inclui a atividade contratual da administração pública.

Também o *Tribunal de Cuentas*, acatando expressamente esse entendimento restritivo sobre sua própria competência, tem orientação jurisprudencial clara de que “não podem ser responsabilizados aqueles que, apesar de terem participado nos eventos geradores do dano ao erário, não possuem a condição de gestores do patrimônio lesado”. Isso porque, segundo a Corte de Contas espanhola, “exigir responsabilidade contábil de quem não é gestor de fundos públicos, mesmo que tenha colaborado na produção do dano, implicaria invasão, pela jurisdição contábil, dos poderes de outras ordens jurisdicionais”.⁴⁶

3.1.2 O caso da *Cour des comptes* francesa

Na França, a lei traz como regra geral a competência da *Cour des comptes* para julgar as contas de pessoas jurídicas de direito público, trazendo, em seguida, algumas previsões expressas contendo os limites da competência que a corte pode exercer sobre determinadas entidades de direito privado.⁴⁷ Dessa forma, a

⁴⁵ Por exemplo, STS 881/2019 e STS 1376/2012.

⁴⁶ Tribunal de Cuentas, Sentencia nº 13 de 2008, de 20.10.2008. Trechos em tradução livre do original: “No pueden ser responsables contables quienes, pese a haber participado en los hechos generadores del menoscabo, no tuvieron la condición de gestores del patrimonio dañado. De acuerdo con esta doctrina, exigir responsabilidad contable a quien no tiene la condición de gestor de fondos públicos, aunque haya colaborado en la producción del daño, supondría una invasión por la jurisdicción contable de las competencias de otros órdenes jurisdiccionales”.

⁴⁷ A Constituição francesa dispõe que “o Tribunal de Contas [*Cour des comptes*] auxilia o Parlamento no controle da ação do Governo” (art. 47.2). As competências da *Cour des comptes* estão definidas, em detalhes, no art. L111 do código de jurisdições financeiras. Em linhas gerais, a competência da *Cour* abrange o julgamento das contas dos contadores públicos (*comptables publics*), responsáveis pela prestação de contas das pessoas jurídicas de direito público, cujas contas estão sujeitas ao controle da Corte de Contas (art. L111-3). O já citado art. L111 do código prevê, de forma exaustiva, alguns casos específicos e excepcionais em que a *Cour des comptes* pode exercer o controle de contas de pessoas jurídicas de direito privado.

Cour pode controlar as contas: (i) das organizações privadas que recebem aportes financeiros do Estado para viabilizar o seu funcionamento; (ii) das que estão legalmente autorizadas a recolher tributos; das delegatárias de serviço público;⁴⁸ ou (iii) das entidades que pedem doações ao público.⁴⁹ Mas essas hipóteses, reiterem-se, estão previstas em rol de competências. Sendo assim, é relevante destacar que a lei não menciona os contratados da administração.

Nesse sentido, em trabalho específico sobre o tema, Aline Kurek deixa claro que “o juiz de contas é incompetente para julgar as contas de pessoas privadas”,⁵⁰ de modo que ele deve “declinar qualquer competência jurisdicional devido à natureza privada desses estabelecimentos, mesmo que seja um contabilista público⁵¹ que manuseie os valores considerados”.⁵² É que a competência da *Cour des comptes* se restringe às entidades que integram a administração pública ou que gerenciam recursos públicos, desde que definidas em lei como sujeitas à jurisdição da *Cour*.

A corroborar essa conclusão, registre-se que o conselho constitucional francês já teve a oportunidade de se debruçar especificamente sobre a possibilidade de a *Cour des comptes* exercer jurisdição sobre particulares. No caso, o conselho apreciou a constitucionalidade de uma lei que permitia o controle, pela Corte de Contas, das “pessoas jurídicas de direito privado de natureza sanitária, social ou médico-social de direito privado de natureza sanitária, social ou médico-social” que prestam serviços sanitários de forma a implementar políticas públicas de saúde.⁵³ Segundo os requerentes do controle de constitucionalidade, o legislador, ao não especificar a natureza e as modalidades de exercício do controle pela *Cour des comptes*, ignorou a extensão de sua competência (§69 da decisão). O conselho constitucional entendeu que, embora, via de regra, a Corte de Contas não tenha competência para controlar pessoas de direito privado, a lei que instituiu a referida norma definidora de competência é constitucional, porque, no caso analisado,

⁴⁸ Respectivamente, arts. L133-3, L133-4 e L111-11 do *Code des juridictions financières*.

⁴⁹ O art. L111-9 do *Code des juridictions financières* admite o controle de organizações privadas que façam um “apelo público à generosidade” (isto é, entidades privadas que pedem doações ao público amplo e têm obrigação de prestar contas perante a Administração – v. <https://bityli.com/XCVIq>), exclusivamente para verificar a conformidade das despesas efetuadas com os objetivos perseguidos com o apelo à generosidade pública (do original, “*contrôle des comptes des organismes faisant un appel public à la générosité, afin de vérifier la conformité des dépenses engagées par ces organismes aux objectifs poursuivis par un appel à la générosité du public*” – art. L111-9).

⁵⁰ KUREK, Aline. *Le juge financier, juge administratif*. Droit. Thèse délivrée para l'Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2010, p. 189.

⁵¹ No direito francês, existe a figura do *comptable public*, que é um agente público responsável pela movimentação de dinheiros públicos e pela gestão de contas das pessoas jurídicas de direito público. Ele é, juntamente com o ordenador de despesas (*ordonnateur*), um dos dois agentes de execução orçamentária de um órgão público, à luz do princípio da separação entre ordenadores de despesa e contabilistas – que não existe no Brasil. Nesse sentido, v. CATTEAU, Damien. “Comptable Public”. KADA, Nicolas Kada (ed.), *Dictionnaire d'administration publique*. In: FONTAINE, Presses universitaires de Grenoble, “Droit et action publique”, 2014, p. 92-93.

⁵² *Id.*, p. 185.

⁵³ Décision n° 2015-727 DC du 21 janvier 2016 (Loi de modernisation de notre système de santé).

“estas pessoas jurídicas de direito privado recebem recursos públicos de pessoas ou organismos sujeitos, eles mesmos, ao controle da *Cour des comptes*” (§71), de modo que a previsão de um regime específico de controle sobre essas entidades é justificada.

Extraí-se do julgado que a competência da *Cour des comptes* sobre pessoas jurídicas de direito privado é excepcional, porque depende de previsão legal – e ainda poderá sofrer escrutínio no controle de constitucionalidade. Como se observa na decisão, a competência somente se justifica se a entidade controlada utiliza recursos públicos a ela transferidos na consecução de objetivos públicos. Ainda assim, essa competência deve ser exercida com parcimônia, de forma que “competirá, no entanto, ao poder regulamentar assegurar, estabelecendo os termos de implementação desses controles, a conformidade com os princípios constitucionais de liberdade de empresa ou liberdade de associação de pessoas jurídicas de direito privado em questão” (§71).⁵⁴

3.1.3 O caso do Tribunal de Contas português

Assim como na França, a legislação de Portugal lista expressamente as entidades privadas sujeitas à jurisdição do Tribunal de Contas, e não abarca os particulares contratados da administração pública (exceto concessionários, em alguns casos).⁵⁵ Por isso, “o contraente particular não está sujeito aos poderes de controlo e à jurisdição do Tribunal de Contas”, nas palavras do jurista português e ex-diretor-geral do Tribunal de Contas de Portugal Paulo Jorge Nogueira da Costa.⁵⁶ Algumas normas e entendimentos doutrinários e jurisprudenciais portugueses conduzem a essa conclusão.

⁵⁴ Tradução livre do original : “(...) *il appartientra toutefois au pouvoir réglementaire de veiller, en fixant les modalités de mise en œuvre de ces contrôles, au respect des principes constitutionnels de la liberté d’entreprendre ou de la liberté d’association des personnes morales de droit privé concernées*”.

⁵⁵ O art. 214 da Constituição portuguesa delega à lei a previsão das competências do Tribunal de Contas daquele país, ao prever que a tal órgão incumbe o “julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe”. Regulamentando o dispositivo, a Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas (LOPTC) traz um rol exaustivo, em seu art. 2º, das entidades que estão sujeitas à jurisdição e ao controle do Tribunal de Contas. A referida lei estabelece que a jurisdição do Tribunal de Contas abrangia o Estado, as Regiões Autônomas, as Autarquias Locais, os Institutos Públicos e os Institutos da Segurança Social (art. 2º, 1, LOPTC). Contudo, com a entrada em vigor da Lei nº 48/2006, que alterou o supracitado art. 2º, o Tribunal de Contas português passou a ter competência, também, para o julgamento das contas de entidades privadas, como empresas públicas e concessionárias (art. 2º, 2, LOPTC). Também foi incluída previsão de que a competência do Tribunal de Contas abrange “as entidades de qualquer natureza que tenham participação de capitais públicos ou sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos, na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correção econômica e financeira da aplicação dos mesmos dinheiros e valores públicos” (art. 2º, 3, LOPTC).

⁵⁶ COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*. Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Tese de doutorado, Coimbra, 2012, p. 371.

A regra legal definidora de competências da corte (art. 2º da Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas – LOPTC) usa, em geral, termos precisos, sem margem para interpretações extensivas. A exceção é a norma que prevê competência do tribunal sobre “entidades de qualquer natureza que (...) sejam beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros ou outros valores públicos” (item 3 do art. 2º da LOPTC). Tal dispositivo, porém, não justifica a extensão da jurisdição do Tribunal de Contas português sobre particulares em geral (na forma que foi definida pelo TCU no Acórdão nº 321/2019), uma vez que, para haver competência do tribunal, não basta que a entidade integre a esfera do direito privado – é também necessário que a atividade privada “se desenvolva a partir da objetiva utilização dos meios públicos”.⁵⁷ Nesse sentido, de acordo com a doutrina portuguesa⁵⁸ e o Tribunal de Contas de Portugal,⁵⁹ o conceito de *beneficiária* de verbas públicas envolve o controle das *subvenções*, *subsídios* públicos a entidades privadas de interesse coletivo.⁶⁰ Não há qualquer relação, portanto, com valores pagos aos contratados da administração para remunerar bens e serviços.

A propósito, nem mesmo a entidade privada *beneficiária de dinheiro público* – que, como visto, está genericamente sujeita à jurisdição do Tribunal de Contas de Portugal – tem suas contas julgadas pelo tribunal. Conforme explica Rute Frazão Serra, a atribuição do tribunal se limita à *auditoria* dessas entidades (sem julgamento sobre a regularidade das contas) e nos limites necessários para a fiscalização da

⁵⁷ SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. *Controlo Financeiro Público e Responsabilidade Financeira. Data Venia*, v. 4, n. 5, 2016. p. 209.

⁵⁸ PEREIRA, João Aveiro. Incumprimento da Obrigação de Prestar Contas Públicas. *Revista do Tribunal de Contas*, n. 59-60, p. 57-88: “No domínio das finanças públicas, estão sujeitos à elaboração e prestação de contas, como melhor se verá no número seguinte (3.), os responsáveis pela aplicação dos fundos que lhes são confiados para serem afectados, segundo os princípios da legalidade e do interesse público, às necessidades colectivas próprias das diversas funções do Estado, tomado este em sentido económico e amplo, ou de entidades privadas subsidiadas ou participadas com capital público, bem como as concessionárias de serviços e obras públicas”.

⁵⁹ Acórdão nº 13 /2015 - 3.ª Secção-PL: “2. Mas mesmo que se entenda que os Grupos Parlamentares são apenas órgãos dos respetivos partidos políticos – e salvo disposição legal e válida em contrário – o certo é que, enquanto entidades beneficiárias de dinheiros públicos – as denominadas subvenções parlamentares – estão sujeitos ao controlo financeiro e jurisdicional do TC (vide artigos 2.º, n.º 3, 5.º, n.º 1, al. e) e 65.º, n.º 1, alínea i), da LOPTC)”.

⁶⁰ Com efeito, não se pode equiparar a entidade *beneficiária de dinheiros ou outros valores públicos* à entidade que recebe dinheiro público a título de contraprestação por serviços prestados ou bens entregues à administração. É que, no momento em que a administração efetua pagamento a título de contraprestação, o dinheiro deixa de ser *público*, ingressando no patrimônio do contratado como bem *privado*. Isso é diferente da entidade *beneficiária de dinheiro público* – neste caso, o dinheiro ingressa nos cofres da entidade para atender a objetivos públicos.

aplicação dos valores públicos,⁶¹ por iniciativa própria ou mediante solicitação da Assembleia da República ou do Governo.⁶²

Na jurisprudência portuguesa, embora não tenha sido possível encontrar julgados tratando especificamente da questão – o que, como já se afirmou, apenas revela quão excepcional é o entendimento do TCU sobre o tema –, foi possível verificar que o Tribunal de Contas português atém-se às limitações legais de sua competência. Por exemplo, em um dos raríssimos casos em que a Corte de Contas lusitana apreciou um caso de cartel, fê-lo nos limites de suas atribuições. Trata-se do caso que ficou conhecido na imprensa portuguesa como “cartel do fogo”, que envolvia reiterados conluíus entre prestadores de serviços de combate aéreo a incêndios florestais ao longo de vários anos.⁶³ No caso, a Autoridade da Concorrência de Portugal deu como provada a existência de um cartel, e o Tribunal de Contas limitou-se, em conclusões de sua auditoria, a dar orientações aos *órgãos públicos* sobre medidas para mitigar riscos de futuros conluíus.⁶⁴

Igualmente, nos casos em que o Tribunal de Contas português promoveu auditorias sobre pessoas jurídicas de direito privado que recebem recursos públicos, o órgão de controle lusitano não impôs penalidades a qualquer das entidades privadas, mas apenas divulgou recomendações e orientações às *entidades da administração pública* para enfrentamento de problemas encontrados e melhor regulação setorial. Foi o caso, por exemplo, das recomendações dadas aos municípios, em auditoria das Associações Humanitárias de Bombeiros (AHB), entidades privadas que recebem verbas municipais;⁶⁵ e das orientações oferecidas “ao Governo, através do Ministro

⁶¹ SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. *Controlo Financeiro Público e Responsabilidade Financeira. Data Venia*, v. 4, n. 5, 2016. p. 156-157: “Esta prestação de contas não deverá ser confundida com a sujeição de entidades de natureza privada - mas beneficiárias, a qualquer título, de dinheiros e valores públicos - ao controlo financeiro do Tribunal de Contas, exercido por via da realização de auditorias de qualquer tipo e natureza, por sua iniciativa ou a solicitação da Assembleia da República ou do Governo, a estes entes de natureza privada. (...) A determinação de responsabilidade financeira dos entes privados ‘deverá ater-se aos factos típicos constitutivos de responsabilidade (...) e às obrigações legais que sobre o agente em causa recaem no que toca à utilização ou gestão dos dinheiros e valores públicos’ (cfr. afirma Guilherme D’Oliveira Martins, 2010)”.

⁶² Com efeito, o art. 5º, 1, da LOPTC, que lista as competências do Tribunal de Contas, prevê competência de julgamento da regularidade de contas apenas das entidades referidas nos itens 1 e 2 do artigo 2º (art. 5º, 1, f, LOPTC). Ocorre que, como visto linhas acima, a jurisdição sobre a entidade *beneficiária de dinheiro público* consta do item 3 do art. 2º da LOPTC. Por isso, a doutrina especializada conclui que entidades privadas que recebem, de alguma forma, dinheiros públicos estão sujeitas apenas a auditorias do Tribunal de Contas, por iniciativa própria, ou mediante solicitação da Assembleia da República ou do Governo (art. 5º, 1, g, LOPTC).

⁶³ Disponível em: <https://www.publico.pt/2017/09/04/sociedade/noticia/justica-portuguesa-investigaramo-portugues-do-cartel-do-fogo-1784152>.

⁶⁴ Relatório de Auditoria n.º 49/07 – 2.ª S PROC.º N.º 51/06.

⁶⁵ Relatório de Auditoria n.º 14/2019 – 2ª Seção. As AHB são entidades privadas que atuam, em âmbito local, na proteção a incêndios. No relatório de auditoria produzido, é interessante observar que o tribunal tomou especial cuidado ao delimitar a sua competência para tanto, mediante a verificação de que “montante de apoios públicos equivale a mais de 50% dos rendimentos obtidos”, o que é suficiente para enquadrar essas entidades no conceito de “beneficiárias de dinheiros e outros valores públicos”.

das Finanças” e outras entidades públicas, no caso de auditoria realizada sobre Novo Banco, instituição financeira privada que recebeu injeção de dinheiro público para evitar a sua liquidação.⁶⁶ Nos dois casos, não houve recomendações ou determinações a qualquer entidade privada fiscalizada.

3.1.4 O caso do *National Audit Office* britânico

A entidade responsável pelo controle de contas do Reino Unido tampouco tem competência para apreciar contas de particulares – aliás, há previsão normativa expressa capaz de livrar de qualquer dúvida que os contratados da administração não estão sujeitos à jurisdição de contas.

Com efeito, o *National Audit Act* de 1983, que instituiu o *National Audit Office* (NAO), estabelece a competência do NAO para realizar análises da economicidade, eficiência e efetividade de entidades e órgãos públicos no uso de recursos públicos (Seção 6), competência que é estendida para o controle de “outros órgãos majoritariamente financiados por recursos públicos” (Seção 7). A lei, ao regulamentar a forma de se aferir se o requisito para a competência do NAO sobre pessoas jurídicas de direito privado está presente, expressamente trata do caso dos contratados da administração. Nesse sentido, a previsão legal é de que, ao verificar se a entidade funciona majoritariamente com recursos públicos, “será desconsiderado qualquer dinheiro pago como contraprestação pela aquisição de propriedade ou pelo fornecimento de bens ou serviços, ou como remuneração, despesas, pensões, abonos ou benefícios similares, ou em relação a uma pessoa na qualidade de titular de cargo público”.⁶⁷

Ou seja, a lei britânica é clara ao afastar a competência do NAO em casos em que os únicos valores pagos para a pessoa jurídica de direito privado são a título de contraprestação pela prestação de serviços ou pelo fornecimento de bens.

⁶⁶ Relatório de Auditoria 7/2021, 2ª Seção. O Tribunal de Contas recentemente decidiu que é competente para realizar auditoria sobre o Novo Banco – que sofreu intervenção do poder público e injeção de dinheiro público para evitar a sua falência – “por ter participação de capitais públicos (25% do capital social do NB é detido pelo FdR) e ser beneficiário de dinheiro público (financiamento do FdR através do mecanismo de capital contingente), na medida necessária à fiscalização da legalidade, regularidade e correção econômica e financeira da aplicação desse dinheiro”.

⁶⁷ Tradução livre do original: “(5) For the purposes of this section money is received from public funds if it is paid – (a) by a Minister of the Crown out of moneys provided by Parliament or out of the National Loans Fund; or (b) by an authority or body which itself falls within subsection (1) above, including an authority or body falling within that subsection by virtue of this paragraph; but, in either case, there shall be disregarded any money paid as consideration for the acquisition of property or the supply of goods or services or as remuneration, expenses, pensions, allowances or similar benefits for or in respect of a person as the holder of an office”.

3.1.5 O caso da *Corte dei Conti* italiana

Assim como em outros países analisados, a possibilidade de julgamento de contas privadas pela *Corte dei Conti* italiana sequer se coloca – o órgão tem competência para julgar apenas as contas de entidades que integram a administração pública e que são financiadas por recursos públicos. Tal como se encontrou nos textos constitucionais de outros países, o art. 100.2 da Constituição italiana relaciona a corte de contas ao setor público e às “entidades para as quais o Estado contribui de forma ordinária”. Na legislação infraconstitucional,⁶⁸ à semelhança dos casos da França e de Portugal, há uma listagem de casos em que a corte pode intervir, todos ligados à administração pública *lato sensu*,⁶⁹ cabendo ao órgão julgar “as contas que devem ser prestadas por todos aqueles que têm manejo de dinheiro ou de valores do Estado, e outros valores públicos administrações designadas por lei”.⁷⁰ Como se vê, a redação guarda semelhanças com a regra geral de competência do TCU para o julgamento de contas (art. 70, parágrafo único, CRFB/88) e de outros países ora estudados (como Espanha e Portugal) – e a *Corte dei Conti* não julga contas integralmente privadas.

Na jurisprudência da *Corte di Cassazione*, verifica-se que os casos em que particulares estão sujeitos à jurisdição da *corte* são exclusivamente aqueles em que o sujeito privado atua de forma *equiparada* a um agente público, efetivamente *inserido faticamente na estrutura administrativa*. Conforme decidido na recentíssima *Sentenza n° 2157* de fevereiro de 2021, somente pode haver jurisdição de contas sobre particulares nos casos em que haja “atribuição ao sujeito privado externo do encargo de exercer, no interesse e com os recursos da Administração Pública, uma atividade ou um serviço público em sua substituição, e com a sua inserção no aparelho organizativo da mesma (*sic*)”.⁷¹

Se e somente se essas condições estiverem presentes haverá competência da *Corte dei Conti* para exigir, de particulares, o ressarcimento ao erário público. Note, porém, que, se os requisitos acima preenchidos estiverem presentes, esses agentes não serão particulares, mas verdadeiros agentes públicos de fato. Muito

⁶⁸ Vale observar que, no art. 103, a Constituição italiana prevê competência tanto para questões de contabilidade pública quanto para “outras questões especificadas por lei”. Do original: “*La Corte dei conti ha giurisdizione nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*”.

⁶⁹ R.D. 12 luglio 1934, n. 1214, arts. 13 e ss.

⁷⁰ *Id.*, art. 13.

⁷¹ Esse entendimento foi reiterado nas Sentenças 19086/20, 7640/20, 21871/19, 486/19, 10324/16, 19891/14. Tradução livre do original: “*Nell’attribuzione al soggetto privato esterno dell’incarico di svolgere, nell’interesse e con le risorse della P.A., un’attività o un servizio pubblico in sua vece e con suo inserimento nell’apparato organizzativo della stessa; nella idoneità della relazione instauratasi tra privato ed ente pubblico a rendere il primo partecipante dell’operato del secondo, così da assumere la veste di vero e proprio agente dell’amministrazione, come tale tenuto ad osservare particolari vincoli ed obblighi funzionali ad assicurare il perseguimento delle esigenze generali cui l’attività amministrativa dell’ente, nel suo complesso, è preordinata;*”

diferente, portanto, do entendimento do TCU, de que particulares *que não atuam na qualidade de agentes públicos* – nem mesmo de fato – possam ter suas contas julgadas e ser condenados pela corte de contas.

3.2 A responsabilização direta ou solidária de particulares por dano ao erário em tribunais de contas estrangeiros

Como já se explicitou, o simples fato de as cortes de contas não poderem apreciar contas de entidades privadas não exclui, necessariamente, a eventual possibilidade de imputação de responsabilidade por danos ao erário a particulares. É que, consoante afirmado linhas acima, ainda que um tribunal de contas se considere incompetente para julgar contas de pessoas e entidades privadas, poderiam subsistir dúvidas quanto à possibilidade de imputar-lhes responsabilidade, em conjunto com agentes públicos ou diretamente, quando danos ao erário fossem identificados no âmbito de processos de análise de contas do setor público. Daí porque é pertinente formular uma pergunta adicional: no direito comparado, admite-se a responsabilização, pelas cortes de contas, de particulares que não atuam na qualidade de agentes da administração pública nos moldes do que entendeu o TCU?

A pesquisa comparativa realizada revelou que a resposta é negativa. Enquanto a jurisprudência do TCU teve, historicamente, dois momentos – um primeiro, em que se admitia exclusivamente a responsabilidade solidária do particular (com fundamento em certa leitura do art. 16, §2º, *b*, da LOTCU), e um segundo, em que se passou a admitir a responsabilidade direta –, nos países analisados, de maneira geral, não há autorização para a responsabilização de particulares por parte das cortes de contas. Nas jurisdições estrangeiras analisadas, foram encontrados julgados rejeitando até mesmo a responsabilidade solidária. Com efeito, a jurisprudência estrangeira mostra-se tão restritiva sobre o tema que, mesmo no caso da Espanha, em que os termos genéricos utilizados pela legislação poderiam, em interpretação ampliativa, dar alguma margem para a responsabilização solidária de particulares, os tribunais expressamente rechaçaram essa tese.

Para fins didáticos, as jurisdições estrangeiras em exame serão, a seguir, divididas em três grandes grupos: (i) aquelas em que não há qualquer tipo de imputação de responsabilidade por órgãos de controle de contas, nem mesmo a agentes públicos, porque a função do órgão de controle de contas é de informar as instâncias competentes, e não agir por si (Reino Unido); (ii) aquelas em que a competência legal das cortes de contas para imputar obrigações é restrita a pessoas específicas, a saber, os agentes definidos em lei como responsáveis pelas contas (França e Portugal); e (iii) as jurisdições em que não há clareza legal sobre quem pode ser condenado pelas cortes de contas, de modo que a resposta

veio dos tribunais (Espanha e Itália) – valendo adiantar que as jurisprudências, nesses países, são contrárias à responsabilização de particulares contratados pela administração pública.

3.2.1 Jurisdições em que não há qualquer tipo de imputação de responsabilidade por órgãos de controle de contas

Em um primeiro grupo de países, a impossibilidade de imputar obrigações – sejam elas ressarcitórias ou sancionatórias – a particulares é evidente, porque a legislação sequer admite que a corte de contas impute responsabilidade a quem quer que seja. É o caso do Reino Unido, em que cabe ao NAO apenas reportar os seus achados de auditoria ao Parlamento e aos órgãos do Executivo supostamente lesados para que estes tomem as providências devidas. O órgão de controle de contas britânico não tem poder de imputar débitos nem mesmo aos agentes públicos responsáveis por eventuais danos ao erário.

Nesse sentido, Norton e Smith observam que o NAO não tem autoridade formal para dar início a processos contra órgãos governamentais.⁷² Além disso, o *National Audit Act* de 1983 – diploma legal que, como visto, institui o NAO e estatui suas competências –, ao delimitar os objetivos do exame de contas que deve ser promovido pelo referido órgão, não prevê a possibilidade de aplicação de sanções diretas,⁷³ estabelecendo apenas competências não condenatórias, como o fornecimento de avaliações, comentários e recomendações a órgãos e entidades públicos (Seção 7ZA).

3.2.2 Jurisdições em que a competência legal das cortes de contas para imputar obrigações é restrita a pessoas específicas

No segundo grupo, encontram-se os países cujas cortes de contas têm competência para impor responsabilidade restrita a determinados agentes públicos, que são aqueles obrigados a prestar contas ao órgão controlador – casos de Portugal e da França. Assim, na França, nos casos excepcionais e taxativamente previstos em lei em que a *Cour des comptes* julga contas de entidades privadas, ela está

⁷² NORTON, Simon D.; SMITH, L. Murphy. Contrast and Foundation of the Public Oversight Roles of the U.S. Government Accountability Office and the U.K. National Audit Office. *Public Administration Review*, v. 68, n. 5, 2008 (“the NAO does not have formal powers to initiate legal proceedings against a UK Government department”).

⁷³ No mesmo sentido: NAO. *An Introduction to the National Audit Office*. Disponível em: <https://www.nao.org.uk/about-us/wp-content/uploads/sites/12/2016/10/The-Comptroller-and-Auditor-General-powers.pdf>; NAO. *The Comptroller and Auditor General's powers*. Disponível em: <https://www.nao.org.uk/about-us/wp-content/uploads/sites/12/2016/10/The-Comptroller-and-Auditor-General-powers.pdf>.

limitada à responsabilização daqueles que estão obrigados a prestar contas – no caso, os contabilistas públicos (*comptables publics*),⁷⁴ que atuam nos casos e nos limites fixados em lei, e as pessoas que a *Cour* equipara a contabilistas públicos por terem administrado dinheiros públicos (*comptables de fait*).⁷⁵ Nesse sentido, os arts. L131-1 e L131-2 do *Code de juridictions financières* deixam claro que somente esses dois sujeitos citados – o contabilista e o contabilista de fato – podem vir a ter contas julgadas pela corte.

Igualmente, em Portugal, a responsabilidade se restringe a pessoas determinadas em lei como *responsáveis* pelas contas: “Pode o Tribunal de Contas condenar o responsável a repor as importâncias abrangidas pela infração” (art. 59.1, LOPTC). Nesse contexto, a lei portuguesa expressamente indica quem é o responsável que pode ser condenado a reparar o erário pelo Tribunal de Contas, definindo-o como sendo qualquer dos “membros do Governo e os titulares dos órgãos executivos das autarquias locais” (art. 61.2) ou a outras pessoas com poder de decisão na administração (arts 61.3 e 61.4). A lei não prevê, portanto, imputação de responsabilidade financeira a particulares, nem mesmo de forma solidária.⁷⁶

Note-se que a definição de *responsável*, expressa na legislação lusitana como aquele que gerencia recursos públicos, vai ao encontro da interpretação defendida por Sundfeld e Câmara para o direito brasileiro, nos termos da Lei Orgânica do TCU. Os autores extraem um conceito muito similar de *responsável* sob a LOTCU pela via da interpretação sistemática, concluindo que “o termo ‘responsável’ é sempre empregado na LOTCU para se referir a quem seja gestor de recursos públicos”.⁷⁷ É dizer: lá como cá, *responsável* não pode ser entendido como particular que não tem poder de gerir recursos públicos.

⁷⁴ No direito francês, existe a figura do *comptable public*, que é um agente público responsável pela movimentação de dinheiros públicos e pela gestão de contas das pessoas jurídicas de direito público. Ele é, juntamente com o ordenador de despesas (*ordonnateur*), um dos dois agentes de execução orçamentária de um órgão público, à luz do princípio da separação entre ordenadores de despesa e contabilistas – que não existe no Brasil. Nesse sentido, v. CATTEAU, Damien. *Comptable Public*. KADA, Nicolas Kada (ed.), *Dictionnaire d'administration publique*. In: FONTAINE, Presses universitaires de Grenoble, “Droit et action publique”, 2014, p. 92-93.

⁷⁵ Segundo o art. 60-XI da Lei de Finanças nº 63-156 de 23 de fevereiro de 1963, equiparam-se aos contabilistas públicos (logo, estão sujeitos à jurisdição de contas), “*toute personne qui, sans avoir la qualité de comptable public ou sans agir sous contrôle et pour le compte d'un comptable public, s'ingère dans le recouvrement de recettes affectées ou destinées à un organisme public doté d'un poste comptable ou dépendant d'un tel poste doit, nonobstant les poursuites qui pourraient être engagées devant les juridictions répressives, rendre compte au juge financier de l'emploi des fonds ou valeurs qu'elle a irrégulièrement détenus ou maniés*”.

⁷⁶ A previsão de responsabilidade solidária, no art. 63 da LOPTC, abrange apenas a solidariedade entre os “responsáveis”, desde que “nos termos dos artigos anteriores” (ou seja, nos termos dos supracitados dispositivos que definem quem é o *responsável*).

⁷⁷ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Limites da jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. *Justiça e Direito*, v. 33, n. 2, p. 198-221, maio/ago. 2019, p. 210.

3.2.3 Jurisdições em que a falta de clareza sobre o assunto na legislação foi resolvida pela jurisprudência de forma contrária à tese do TCU

Finalmente, um terceiro grupo de países – integrado, dentre as jurisdições analisadas, pela Espanha e pela Itália – mais se aproxima do caso brasileiro, por não haver previsão legal explícita relativa à possibilidade de responsabilizar particulares.

Como já foi relatado na seção anterior, em ambos os países as respectivas cortes superiores e de contas rejeitam a possibilidade de apreciação de contas de entidades privadas que não atuem na qualidade, ao menos por equiparação, de entidade de Estado. Mas, vale repetir, isso não impediria, em tese, eventual condenação de particulares ao ressarcimento, caso os órgãos de controle, no curso de auditorias de contas do setor público, verificassem que houve dano ao erário causado por particulares (por exemplo, os particulares contratados). Acontece que essa possibilidade hipotética também é expressamente rejeitada nessas jurisdições.

Na Espanha, a jurisprudência do *Tribunal Supremo* e do *Tribunal de Cuentas* é tão restritiva sobre o assunto que nem mesmo o particular que concorreu com o agente público no ato danoso responde perante a Corte de Contas – ou seja, adota-se, no país, entendimento ainda mais restritivo do que aquele que prevalecia no Brasil antes da virada jurisprudencial do TCU ocorrida nos últimos anos. É que, na Espanha, “somente cabe falar em responsabilidade contábil em relação àqueles que devam prestar contas pela gestão de recursos públicos, sem que, por consequência, seja possível estender o julgamento de contas a terceiros, ainda que sejam cooperadores necessários”.⁷⁸

Esse entendimento foi construído a partir do art. 42 da *Ley Orgánica 2/1982*, que qualifica como responsáveis diretos, obrigados a indenizar o erário pelos danos e prejuízos causados (art. 38), todos aqueles que “executaram, forçaram ou induziram a execução ou cooperaram na prática dos fatos, ou que participaram posteriormente para ocultá-los ou impedir sua persecução” (art. 42.1).⁷⁹ Note-se que o dispositivo não distingue entre agentes públicos e particulares – com efeito, sua redação é genérica, o que poderia, em tese, justificar a responsabilização solidária de particulares que tenham concorrido com agentes públicos no dano ao

⁷⁸ Tribunal de Cuentas, Sentencia nº 13 de 2008, de 20.10.2008: “Esta es también la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo quien en la reciente sentencia de 17 de abril de 2008 afirma que las responsabilidades conexas imputables a personas sujetas a distintas jurisdicciones no está expresamente regulada en relación con la jurisdicción contable, por lo que únicamente cabe hablar de responsabilidad contable cuando afecta a los que deban rendir cuentas por el manejo de fondos públicos, sin que, en consecuencia, sea posible extender el enjuiciamiento al «extraneus», aunque resulten cooperadores necesarios”.

⁷⁹ Tradução livre do original: “Artículo cuarenta y dos. Uno. Serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución”.

erário, de forma semelhante ao entendimento original do TCU, no Brasil, sobre o art. 16, §2º, *b*, da LOTCU. Ainda assim, o Tribunal Supremo da Espanha – seguido pelo *Tribunal de Cuentas* na Sentencia nº 13 de 2008 – discordou desse entendimento, fixando a tese de que essa responsabilidade conjunta de particulares não é possível (STS 2555/2008).⁸⁰ O seguinte trecho da decisão bem demonstra como a corte superior daquele país buscou conformar as competências do Tribunal de Contas, impedindo seu alargamento excessivo:

[...] só é possível falar de responsabilidade contábil quando atinge quem tem a obrigação de prestar contas pela gestão de verbas públicas, sem, conseqüentemente, ser possível estender a responsabilidade a terceiros, ainda que sejam cooperadores necessários.⁸¹

Na Itália, como visto acima, a jurisdição da *Corte dei Conti* abrange, no máximo, os particulares que gerenciam recursos públicos, assumindo papel de colaboradores do setor público na realização do interesse público.⁸² Mas, segundo a jurisprudência firme da *Corte Suprema di Cassazione*,⁸³ isso é muito diferente do caso em que o prejuízo que se busca ressarcir deriva de algum comportamento do particular na qualidade de contratado da Administração, caso em que é afastada competência da *Corte dei Conti*. Essa diferenciação foi adotada em diversos julgados, e é bem sintetizada no trecho abaixo, extraído de julgado da referida *Corte Suprema*:

⁸⁰ Vale notar que a matéria não é livre de controvérsias na Espanha: no acórdão citado, houve voto vencido, de lavra do Magistrado D. Emilio Frías Ponce, entendendo que, embora os particulares, em geral, não estejam abrangidos pela jurisdição do *Tribunal de Cuentas*, eles poderiam ser responsabilizados solidariamente quando em conluio com agentes públicos para causar dano ao erário. Para o magistrado, essa solução é justificada por razões de eficiência e economia processual (“esta solución agiliza la tramitación, evita disfunciones no deseables y sobre todo el peregrinaje jurídico-judicial, máxime cuando la concreción de los daños a los fondos públicos corresponde al *Tribunal de Cuentas*”). Registre-se, contudo, que houve apenas um voto vencido, tendo sido formada, no caso em exame, ampla maioria para excluir a possibilidade de condenação solidária de particulares pela Corte de Contas.

⁸¹ STS 2555/2008, p. 6. Tradução livre do original: “Finalmente, aunque es cierto que la doctrina que se mantiene puede fragmentar la continenencia de la causa y obliga a la Administración a acudir a un incidente de ejecución de sentencia penal o a la vía civil, una vez determinada la cuantía del alcancio por el Tribunal de Cuentas, para conseguir también la condena de los terceros, de forma solidaria, con los declarados responsables directos por la Jurisdicción Contable, no lo es menos que las responsabilidades conexas imputables a personas sujetas a distintas jurisdicciones no está expresamente regulada en relación con la jurisdicción contable, por lo que únicamente cabe hablar de responsabilidad contable cuando afecta a los que deban rendir cuentas por el manejo de fondos públicos, sin que, en consecuencia, sea posible extender el enjuiciamiento al “extraneus”, aunque resulten cooperadores necesarios”.

⁸² De fato, a *Corte dei Conti* só é competente quando o particular estabelece, com a Administração, uma “relação funcional de serviço, caracterizada pela inclusão do sujeito no aparato orgânico e na atividade do ente” (do original: “una relazione funzionale, caratterizzata dall’inserimento del soggetto nell’apparato organico e nell’attività dell’ente, suscettibile di rendere il primo compartecipe dell’operato del secondo” - Cass.SSUU nº 10324/2016). Nesse sentido, v. também Cass.SSUU nº 328/2019.

⁸³ Foi possível identificar vários julgados, ao longo de vários anos, nesse sentido: Cass. SSUU nn. 19086/20, 7640/20, 21871/19, 486/19, 10324/16, e 19891/14.

“A jurisdição contábil deve ser afirmada quando o dano ao erário depende de comportamento ilegítimo do agente no exercício de suas funções para as quais se possa dizer que está inserido no aparelho do órgão público; por outro lado, não existe nas diferentes hipóteses em que o prejuízo é consequência da conduta da contraparte contratual privada da administração.”⁸⁴

É dizer, quando se trata de uma “conduta da contraparte contratual privada da administração”, a *Corte dei Conti* não pode imputar responsabilidades, de modo que a ação de responsabilidade do sujeito privado por supostos danos é de “competência da autoridade judiciária ordinária”.⁸⁵ Isso ocorre justamente porque a relação com o parceiro privado, nesses casos, não envolve o exercício de poderes de natureza pública capazes de equiparar esse sujeito às entidades jurisdicionadas pela *Corte dei Conti*.

Aliás, nem mesmo a responsabilidade solidária do sujeito privado contratado, quando em suposta colaboração com agentes públicos, encontra respaldo na Itália. Com efeito, a *Legge n.º 20/1994*, que dispõe sobre atribuições da *Corte dei Conti* na responsabilização, prevê que, em regra, respondem perante a *corte* os “sujeitos à jurisdição da Corte dei Conti”⁸⁶ – que, como visto, são sujeitos públicos ou equiparados. Essa responsabilidade, em regra, é individual (art. 1.1-*quater*), havendo responsabilidade solidária apenas nos casos de enriquecimento ilícito ou de falta deliberada (arts. 1.1-*quater* e 1.1-*quinqüies*). Apreciando a constitucionalidade dessa norma, a *Corte Costituzionale* italiana equiparou essa hipótese a casos em que é apreciada a “responsabilidade de funcionários e administradores públicos” (*Sentenza 453/98*).⁸⁷

⁸⁴ Cass.SSUU n.º 10324/2016. Tradução livre do original: “La giurisdizione contabile va affermata ove il danno erariale dipenda da comportamenti illegittimi tenuti dall’agente nell’esercizio delle sue funzioni per le quali possa dirsi che lo stesso sia inserito nell’apparato dell’ente pubblico; non sussiste invece nella differente ipotesi in cui il pregiudizio è conseguenza di comportamenti del privato controparte contrattuale dell’amministrazione.”

⁸⁵ Cass.SSUU n. 486/19. V. trecho do acórdão original: “Si assuma che il danno derivi dall’inadempimento delle obbligazioni poste a carico del contraente generale come ‘controparte contrattuale dell’amministrazione pubblica’, così da squilibrare il sinallagma contrattuale (o, può qui aggiungersi, da un mero illecito extracontrattuale), la cognizione dell’azione di responsabilità o risarcitoria spetta alla giurisdizione dell’autorità giudiziaria ordinaria, in ragione del non venire in rilievo l’esercizio di poteri pubblicistici tale da far sorgere un temporaneo rapporto di servizio con l’ente pubblico”.

⁸⁶ Art. 1.1 da Legge n.º 94. Do original: “La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave (...)”.

⁸⁷ Do original: “La disposizione denunciata, al pari dell’altra, sulla quale questa Corte ha avuto recentemente occasione di pronunziarsi con una sentenza di infondatezza - e cioè quella che limita la responsabilità di dipendenti ed amministratori pubblici ai soli casi di dolo o colpa grave - si colloca nell’ambito di una nuova conformazione dell’istituto della responsabilità amministrativa e contabile, secondo linee volte, tra l’altro, ad accentuarne i profili sanzionatori rispetto a quelli risarcitori”.

4 Considerações finais

A partir da recente virada jurisprudencial ocorrida no TCU, que passou a se entender competente para julgar contas de particulares contratados pela administração e para condená-los ao ressarcimento de danos ao erário ainda que não estejam em concurso com agentes públicos, realizou-se uma pesquisa comparativa de cinco importantes jurisdições estrangeiras que possuem órgãos de controle externo notoriamente conhecidos – Espanha, Portugal, França, Itália e Reino Unido – para verificar qual é o tratamento dado ao tema nesses países.

Após a análise de normas que atribuem competências aos órgãos julgadores de contas de cada um dos países e da jurisprudência dos principais tribunais judiciais e de contas dessas jurisdições, verificou-se que os poderes que o TCU se autoatribuiu na sua mudança jurisprudencial, além de questionáveis à luz do ordenamento jurídico brasileiro, não encontram paralelo no direito comparado. De fato, a análise comparativa realizada revelou que cortes de contas não têm competência para apreciar as contas de entidades privadas contratadas da administração pública nem para condenar direta e autonomamente particulares – seja a pessoa jurídica, seja a pessoa física de seus administradores. Também se verificou que há países cujas leis que atribuem competências aos tribunais de contas são muito semelhantes às brasileiras, mas, nessas jurisdições, as pontuais tentativas de alargamento das competências das cortes de contas foram expressamente rechaçadas pelos respectivos tribunais superiores ou pelo voto das majorias dos próprios tribunais de contas.

Os achados desta pesquisa correspondem a mais um indício do movimento expansionista que vem sendo realizado pelo TCU ao longo dos últimos anos – movimento que tem sido reportado e denunciado pela doutrina jurídica que se debruça sobre o assunto. Esses achados reforçam a percepção de que tribunal vem abandonando o papel que lhe atribuíram a Constituição e as leis, passando a uma atuação muito mais extensa, sem base jurídica adequada e, como se vê, sem paralelo no direito comparado.

Referências

Literatura

BARROSO, Luis Roberto. Tribunal de Contas: algumas incompetências. *RDA*, v. 203, p. 137-130, jan./mar. 1996, tópico “*III – Incompetência do Tribunal de Contas para invalidar ou sustar, diretamente, contrata celebrado pela Administração*”.

BRASIL. OBSERVATÓRIO DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, USP, Faculdade de Direito. *Relatório de pesquisa bianual – O Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União*. São Paulo, 2019, p. 10;

CABRAL, Flávio Garcia. O Tribunal de Contas da União é um órgão político? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 7, n. 1, p. 237-284, jan./abr. 2020.

CABRAL, Flávio Garcia. Como o Tribunal de Contas da União tem se comportado ao longo da Constituição de 1988? *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 85, p. 161-183, jul./set. 2021.

CATTEAU, Damien. “Comptable Public”. KADA, Nicolas Kada (ed.). *Dictionnaire d’administration publique*. In: FONTAINE, Presses universitaires de Grenoble, “Droit et action publique”, 2014.

COSTA, Paulo Nogueira da. *O Tribunal de Contas e a Boa Governança*. Contributo para uma reforma do controlo financeiro externo em Portugal. Tese de doutorado, Coimbra, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O papel dos Tribunais de Contas no Controle de Contratos Administrativos. *Interesse Público*, n. 82, ano 15, nov./dez. 2013.

DUTRA, Pedro; REIS, Thiago. *O soberano da regulação: o TCU e a infraestrutura*. São Paulo: ed. Singular, 2020, *passim*.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. *Tribunais de Contas do Brasil: Jurisdição e competência*. 4. ed. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados – Controlador ou administrador? *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 209-230, 2014.

JORDÃO, Eduardo. Quanto e qual poder de cautela para o TCU? Ideia de poder geral de cautela implícito não condiz com texto constitucional. *JOTA*, 02 jan. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quanto-e-qual-poder-de-cautela-para-o-tcu-02012020>.

KUREK, Aline. *Le juge financier, juge administratif*. Droit. Thèse délivrée para l’Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; PALMA, Juliana Bonacorsi *et al.* Reputação Institucional e o Controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 37-70, maio/ago. 2019.

MERLOTO, Nara Carolina. *A atuação do Tribunal de Contas da União sobre as agências reguladoras: entre a independência e o controle*. Dissertação apresentada na pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

NORTON, Simon D.; SMITH, L. Murphy. Contrast and Foundation of the Public Oversight Roles of the U.S. Government Accountability Office and the U.K. National Audit Office. *Public Administration Review*, v. 68, n. 5, 2008.

OLIVEIRA, Anderson Márcio. *Intervenção regulatória do TCU: uma avaliação empírica nos processos de concessão da ANTT, ANTAQ e ANAC*. Dissertação apresentada na pós-graduação da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2017.

PALMA, Juliana; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Diálogos fora de esquadro: o controle das Agências Reguladoras pelo Tribunal de Contas da União. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 120, 2020.

PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. *O TCU e o controle das agências reguladoras de infraestrutura: controlador ou administrador?* Dissertação de mestrado apresentada na pós-graduação da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2019.

PEREIRA, João Aveiro. Incumprimento da Obrigação de Prestar Contas Públicas. *Revista do Tribunal de Contas*, n. 59-60.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; JORDÃO, Eduardo. Subordinação de agências ao TCU compromete imparcialidade regulatória. *Conjur*, 10 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-10/opinia-subordinacao-agencias-tcu-compromete-imparcialidade>.

RODRIGUES, Walton Alencar. O dano causado ao erário por particular e o instituto da tomada de contas especial. *Revista do TCU*, n. 77, 1998.

ROSILHO, André. Onde está o fundamento do poder geral de cautela do TCU? Em decisões, TCU tem ampliado seu poder cautelar. *JOTA*, 02 maio 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/onde-esta-o-fundamento-do-poder-geral-de-cautela-do-tcu-02052018>.

ROSILHO, André. *Tribunal de Contas da União – Competências, Jurisdição e Instrumentos de Controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SERRA, Rute Alexandra de Carvalho Frazão. Controle Financeiro Público e Responsabilidade Financeira. *Data Venia*, v. 4, n. 5, 2016.

SPECK, Bruno Wilhelm. *Inovação e rotina no Tribunal de Contas da União: o papel da instituição superior de controle financeiro no sistema político-administrativo do Brasil*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 257, p. 119, maio/ago. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Competências de controle dos Tribunais de Contas – possibilidades e limites. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Contratações Públicas e seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Silveira Dias de Arruda. Limites da Jurisdição dos tribunais de contas sobre particulares. *Justiça do Direito*, v. 33, n. 2, maio/ago. 2019.

Julgados e outros documentos públicos

BRASIL, Diário do Congresso Nacional de 25.06.1992.

BRASIL, Diário do Congresso Nacional de 31.03.1992.

BRASIL, TCU, Acórdão 4.750/2009, 2ª Câmara, rel. min. Benjamin Zymler.

BRASIL, TCU, Acórdão 031/1998, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi.

BRASIL, TCU, Acórdão 1.072/2009, Plenário, rel. min. Marcos Bemquerer.

BRASIL, TCU, Acórdão 1.112/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

BRASIL, TCU, Acórdão 1.529/2007, Plenário, rel. min. Valmir Campelo.

BRASIL, TCU, Acórdão 162/2011, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

BRASIL, TCU, Acórdão 1.653/2004, 2ª Câmara, rel. min. Lincoln Magalhães da Rocha.

BRASIL, TCU, Acórdão 1.680, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

BRASIL, TCU, Acórdão 1.693/2003, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

BRASIL, TCU, Acórdão 172/1999, Plenário, rel. min. Guilherme Palmeira.

BRASIL, TCU, Acórdão 1.856/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

BRASIL, TCU, Acórdão 2.000/2017 – 2ª Câmara, Rel. Min. Ana Arraes.

BRASIL, TCU, Acórdão 2.056/2013, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

BRASIL, TCU, Acórdão 2.111/2003, 1ª Câmara, rel. min. Walton Alencar Rodrigues.

BRASIL, TCU, Acórdão 2.448, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

BRASIL, TCU, Acórdão 2.499/2004, 1ª Câmara, rel. min. Marcos Bemquerer.

BRASIL, TCU, Acórdão 2.663/2010, Plenário, rel. min. Augusto Nardes.

BRASIL, TCU, Acórdão 272/1999, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi.

BRASIL, TCU, Acórdão 3.051/2008, Plenário, rel. min. Valmir Campelo.

BRASIL, TCU, Acórdão 33/2005, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

BRASIL, TCU, Acórdão 356/1999, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi.

BRASIL, TCU, Acórdão 382/2008, Plenário, rel. min. Aroldo Cedraz.

BRASIL, TCU, Acórdão 398/2010, Plenário, rel. min. Aroldo Cedraz.

BRASIL, TCU, Acórdão 4.227/2010, 2ª Câmara, rel. min. André de Carvalho.

BRASIL, TCU, Acórdão 446/2000, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi.

BRASIL, TCU, Acórdão 513/1998, Plenário, rel. min. Bento José Bugarin.

BRASIL, TCU, Acórdão 521/1998, Plenário rel. min. Bento José Bugarin.

BRASIL, TCU, Acórdão 522/1998, Plenário, rel. min. Bento José Bugarin.

BRASIL, TCU, Acórdão 523/1998, Plenário, rel. min. Bento José Bugarin.

BRASIL, TCU, Acórdão 5.796/2014, 2ª Câmara, rel. min. Aroldo Cedraz.

BRASIL, TCU, Acórdão 5.809/2014, 2ª Câmara, rel. min. Aroldo Cedraz.

BRASIL, TCU, Acórdão 640/2006, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

BRASIL, TCU, Acórdão 706/1998, Plenário, rel. min. Adhemar Paladini Ghisi.

BRASIL, TCU, Acórdão 730/2012, Plenário, rel. min. Ana Arraes.

BRASIL, TCU, Acórdão 92/2004, 2ª Câmara, rel. min. Ubiratan Aguiar.

BRASIL, TCU, Acórdão 946/2013, Plenário, rel. min. Benjamin Zymler.

- BRASIL, TCU, Acórdão 321/2019, Plenário, Rel. Min. Ana Arraes.
- BRASIL, TCU, Decisão 543/2000, Plenário, rel. min. Walton Alencar Rodrigues.
- ESPANHA, Tribunal de Cuentas, Sentencia nº 13 de 2008, de 20/10/2008.
- ESPANHA, Tribunal Supremo, STS 1376/2012.
- ESPANHA, Tribunal Supremo, STS 2555/2008.
- ESPANHA, Tribunal Supremo, STS 3995/1999, Sección 2, relator Pascual Sala Sánchez, 07/06/1999.
- ESPANHA, Tribunal Supremo, STS 881/2019.
- ITÁLIA, *Corte Costituzionale*, Sentenza 453/98.
- ITÁLIA, Corte di Cassazione. *Sentenza* 10324/16.
- ITÁLIA, Corte di Cassazione. *Sentenza* 19086/20.
- ITÁLIA, Corte di Cassazione. *Sentenza* 19891/14.
- ITÁLIA, Corte di Cassazione. *Sentenza* 21871/19.
- ITÁLIA, Corte di Cassazione. *Sentenza* 486/19.
- ITÁLIA, Corte di Cassazione. *Sentenza* 7640/20,
- ITÁLIA, Corte di Cassazione. *Sentenza* nº 2157, de fevereiro de 2021.
- PORTUGAL, Tribunal de Contas. Acórdão nº 13/2015 - 3.ª Secção-PL.
- PORTUGAL, Tribunal de Contas. Relatório de Auditoria 7/2021, 2ª Secção.
- PORTUGAL, Tribunal de Contas. Relatório de Auditoria n.º 49/07 – 2.ª S PROC.º N.º 51/06.
- PORTUGAL, Tribunal de Contas. Relatório de Auditoria nº 14/2019 – 2ª Secção.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JORDÃO, Eduardo Ferreira; CUNHA, Luiz Filippe Esteves. O TCU, os particulares contratados pela administração e a jabuticaba: a excepcionalidade da orientação atual do tribunal no direito comparado. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 22, n. 89, p. 217-250, jul./set. 2022. DOI: 10.21056/aec.v22i89.1564.
