

O DANO CAUSADO AO ERÁRIO POR PARTICULAR E O INSTITUTO DA TOMADA DE CONTAS ESPECIAL

Walton Alencar Rodrigues¹

Não raras vezes tem sido o Tribunal de Contas da União confrontado com a instauração de Tomadas de Contas Especiais por órgãos e entidades da Administração Pública Federal contra particulares, não investidos da condição de agente público, que causaram dano ao Erário. Têm sido estes, dentre outros, os casos do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, em relação a benefícios previdenciários fraudulentos, e da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, em relação aos sócios das firmas detentoras de franquia da marca "Correios".

Temos defendido, em oportunidades várias, que o particular, pessoa estranha ao serviço público, *ainda que dolosamente cause dano ao Erário*, não está sujeito a figurar como sujeito passivo do processo de Tomada de Contas Especial, a menos que tenha agido em conluio com algum agente público. Em todas essas hipóteses, a nosso ver, não abrange, a jurisdição do Tribunal de Contas da União, o processo e o julgamento de tais particulares. Aliás, tal entendimento não é novo, nem discrepa da antiga e pacífica jurisprudência do próprio Tribunal de Contas da União.

O processo de tomada de contas especial é o instrumento legal, posto à disposição dos Tribunais de Contas, com a finalidade de apurar a totalidade dos fatos lesivos ao Erário, identificar os responsáveis pelo dano e, quantificando-o, promover-lhe o ressarcimento. Sua instauração pode decorrer de ato de ofício de qualquer autoridade competente dos órgãos integrantes da Administração Pública, ou de expressa determinação do Tribunal de Contas da União. Suas conseqüências extrapolam o mero ressarcimento ao Erário, para abranger efeitos de ordem política.

A questão é submetida novamente a debate em virtude das numerosas Tomadas de Contas Especiais, instauradas no âmbito de toda a Administração Pública, sobretudo no do INSS e da EBCT, contra particulares, causadores de dano, alheios a qualquer vínculo jurídico de ordem administrativa ou funcional com o serviço público.

A jurisprudência do TCU sobre o tema, demarcando as exatas fronteiras de sua jurisdição, foi reafirmada nos recentemente apreciados processos TC-550.150/97 e TC-550.229/97-3, relativos ao INSS, e TC-006.706/96-7, relativo à EBCT.

Nestes processos, reafirmou-se a tese de que exorbita a competência constitucional da Corte de Contas o julgamento de atos lesivos ao Erário, praticados sem o concurso de agente público. É o caso de irregularidade atribuível única e exclusivamente ao particular.

Na hipótese específica do INSS, vale ressaltar que a circunstância de o particular receber benefícios previdenciários ilícitos não lhe altera a situação jurídica pe-

1. Procurador-Geral do Ministério Público junto ao TCU

rante a Administração Pública. Ele continua alheio ao conceito de agente público. No caso dos Correios, o vínculo de natureza meramente comercial, firmado com o particular, tal qual se estabelece na esfera empresarial privada, afasta a incidência do direito público sobre os contratos de franquia, descaracterizando-os como concessões de serviço público.

A jurisprudência do TCU sempre se orientou no sentido de que os particulares, que não tenham utilizado, arrecadado, guardado, gerenciado ou administrado dinheiros, bens ou valores públicos, ou pelos quais a União responda, não estão sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas da União, conforme preconiza o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, ainda existindo sobre o tema alguma controvérsia, cumpre aprofundar-lhe a análise para verificar se a Constituição Federal de 1988 alterou significativamente o espectro da atuação deste Tribunal, para alcançar também os particulares, responsáveis por danos ao Erário, seja por ato ilícito, aferido exclusivamente na esfera cível, como o abaloamento de um veículo oficial, seja por atos apreciados tanto na seara cível, quanto na criminal, de que são exemplos as fraudes previdenciárias.

Antes da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência do E. Tribunal de Contas da União era uníssona no sentido de o particular não estar sujeito à tomada de contas especial. Nesse sentido, o Ministro RUBENS ROSA asseverou, em moldes peremptórios:

"Uma coisa é indiscutida, o particular não está sujeito a processo de tomada de contas especial julgado por este Tribunal." (TC-038.807/57, sessão de 4.9.57).

No mesmo diapasão, insere-se o processo que cuidava de clássico exemplo de particular que fraudou documentos oficiais para obter benefício previdenciário. Na oportunidade, o Tribunal decidiu dispensar a promoção de tomada de contas especial, em virtude da ausência de comprovação da participação de servidor do INPS na fraude, em conluio com o particular, conforme se extrai dos elucidativos relatório e voto do Ministro MÁRIO PACINI, em que também são citados outros precedentes, *in verbis*:

"A Sra. Inspetora-Geral da 7ª IGCE, em seu Parecer Conclusivo esclarece:

'Não tendo sido apontada responsabilidade solidária entre servidor do INPS e o Sr. Antonio Carlos Gallego, pessoa estranha ao Serviço Público, somos, com base no decidido no processo retro mencionado TC-37.902/74 (Ata nº 20/79) e no TC-26.327/74 (Ata nº 04/75, página 8 e Anexo V), por que seja dispensada a remessa da tomada de contas especial do responsável, bem como por que, através da Secretaria de Controle Interno - MPAS, sejam solicitados àquele Instituto esclarecimentos sobre o resultado das providências adotadas com vistas ao ressarcimento do prejuízo causado aos seus cofres, conforme propõe a 2ª Divisão Técnica.'

A douta Procuradoria está de acordo.

É o relatório.

Ante os precedentes apontados pela instrução; considerando que não ficou comprovada a participação de servidor do INPS na fraude; considerando, ainda, a disposição manifestada pelo responsável de recolher o débito desde que seja o mesmo parcelado (fls. 6), acolho os pareceres e VOTO por que seja dispensada a tomada de contas especial, sem prejuízo do pedido das informações sugeridas na instrução." (TC-010.493/82, Anexo V da Ata nº 57/82, Sessão de 3.8.82)

Verifica-se, portanto, que o E. Tribunal de Contas da União tem adotado o entendimento de que, como regra, o particular não está sujeito ao julgamento de contas, apreciadas em processos de tomada de contas especial, por danos causados, nesta qualidade, ao Erário.

A exceção ocorre quando ele pratica a irregularidade em conjunto com o servidor público. Nesse caso, a especial condição jurídica do servidor público a ele se transfere, e a necessidade de adequada apuração dos fatos determina a prorrogação da competência do Tribunal de Contas para todos os envolvidos. Essa orientação está cristalizada no Enunciado nº 186 da Súmula da jurisprudência desta Corte, *in verbis*:

"Súmula nº 186 - Consideram-se sob a jurisdição do Tribunal de Contas da União os co-autores, embora sem vínculo com o serviço público, de peculato praticado por servidores - quer sejam ou não Ordenadores de Despesas ou dirigentes de órgãos - da Administração Direta ou Indireta da União e Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, pertencentes a qualquer outra entidade, que gerencie recursos públicos, independentemente da sua natureza jurídica e do nível quantitativo da sua participação no capital social. A juízo do Tribunal, atentas as circunstâncias ou peculiaridades de cada caso, os aludidos co-autores estão sujeitos à tomada de contas especial, em que se quantifiquem os débitos e se individualizem as responsabilidades ou se defina a solidariedade, sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, nas instâncias próprias e distintas."

Assim, a par de determinar a submissão de terceiros sem vínculo com o serviço público, no caso de irregularidade praticada em conluio com servidor público, o Enunciado, em uma interpretação *contrario sensu*, também consolida a tese de que, não existindo a participação de servidor público, o instituto da tomada de contas especial é inaplicável a particulares.

Vale ressaltar que esse Enunciado não sofreu alteração com o advento da Constituição de 1988 e da Lei nº 8.443/92, estando, por conseguinte, em pleno vigor.

Mesmo diante da permanência intacta do referido Enunciado, cumpre cotejar os dispositivos constitucionais e legais anteriores com os vigentes na atualidade,

para verificar a ocorrência de modificação bastante para modificar o entendimento anterior.

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, cujo parágrafo único dispõe:

"Prestará contas qualquer pessoa física ou entidade pública 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."

O art. 71, II, da Constituição Federal de 1988 atribuiu a competência de julgar contas ao Tribunal de Contas da União, estando vazado nos seguintes termos:

"Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - (...);

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;" (destacado.)

Como o particular não administra nem é responsável por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta ou indireta, pode-se inferir que o fundamento constitucional para a instauração de eventual Tomada de Contas Especial seria a parte final do referido inciso II, que alude àqueles " *que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público*".

De fato, essa atribuição, nos termos postos, não estava contemplada nos textos constitucionais pretéritos. A Carta de 1891 fazia referência somente à instituição de um Tribunal de Contas " *para liquidar as contas da receita e despesa (sic) e verificar a sua legalidade, antes de serem prestadas ao Congresso*" (art. 89). A de 1934 alçou a plano constitucional a função judicante, determinando o julgamento " *das contas dos responsáveis por dinheiros ou bens públicos*" (art. 99). Essa competência foi mantida inalterada na Constituição de 1937 (art. 114). Alargando o campo de atuação, a Constituição de 1946 conferiu ao Tribunal a competência de " *julgar as contas dos responsáveis por dinheiros e outros bens públicos, e as dos administradores das entidades autárquicas*" (art. 77, II). Por sua vez, a Constituição de 1967, procurando estender a jurisdição a toda a administração indireta, retirou a expressão "entidades autárquicas", consignando a competência para " *juízo das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos*" (art. 71). Por fim, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 manteve os mesmos termos anteriores (art. 70).

Sem embargo da ausência de expressa previsão constitucional, as diversas leis regulamentadoras da estrutura, competência e funcionamento do Tribunal de Contas da União sempre preconizaram a obrigação de instaurar o processo de Tomada de Contas Especial contra os causadores de prejuízo ao Erário.

Já em 1938, o Decreto-lei nº 426/38, em seu art. 19, § 2º, estipulava o seguinte:

"Art. 19 - Estão sujeitos à prestação de contas e só por ato do Tribunal podem ser liberados de sua responsabilidade:

§ 1º - (...);

§ 2º - todos os funcionários públicos civis e militares, ou qualquer pessoa ou entidade, estendidos pelos cofres públicos, ou não, que derem causa a perda, extravio ou estrago de valores ou de material da União, ou pelos quais seja esta responsável." (grifos nossos).

Essa redação foi mantida tanto na Lei nº 830/49 (art. 40, II) quanto no Decreto-lei nº 199/67 (art. 34, III), diplomas legais que precederam a atual Lei nº 8.443/92, cujo art. 1º, inciso I, repete a literalidade do comando do inciso II, do art. 71, da Constituição Federal.

Como se verifica, esse texto é bastante similar ao que se encontra atualmente estampado no art. 71, II, *in fine*, da Carta Magna, pois, à primeira vista, impõe a obrigação de prestar contas a todos os que causem prejuízo ao Erário.

Ora, se não houve substancial modificação dos dispositivos legais, tendo ocorrido somente a incorporação de norma infra-legal ao texto constitucional, não há razão para mudança de interpretação.

Com efeito, mesmo sob a égide da Constituição de 1988, a competência institucional do Tribunal de Contas não se alterou para alcançar particulares, totalmente desvinculados da Administração Pública, causadores de prejuízos ao Erário.

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, segundo o qual presta contas qualquer pessoa física ou jurídica que utilize, arrecade, guarde gerencie ou administre dinheiros, bens ou valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária.

Verifica-se, portanto, que atos de particulares, não responsáveis pela guarda ou administração de bens públicos, ou de bens pelo quais seja a União responsável, são estranhos ao controle externo e, portanto, não se compreendem no âmbito da competência de julgar contas constitucionalmente atribuída ao Tribunal de Contas da União.

Dessa forma, observa-se que não obstante o instituto da Tomada de Contas Especial tenha o seu raio de abrangência definido pelo art. 71, II, da Constituição Federal, do modo o mais amplo possível, permanece limitado por sua natureza intrínseca de voltar-se para a atividade administrativa do Estado. A limitação é de

ordem ontológica da Tomada de Contas Especial e do próprio Tribunal de Contas da União.

Com efeito, não é qualquer dano ao Erário suficiente para determinar a instauração de Tomada de Contas Especial. Por exemplo: o particular, sem nenhum vínculo com a administração, abalroa culposamente, ou mesmo dolosamente, veículo oficial. Deverá ele sofrer as sanções cíveis e/ou penais compatíveis, sem sujeitar-se, entretanto, a ter suas contas julgadas pelo TCU, nos moldes previstos para o controle externo da Administração Pública federal.

O acolhimento de tese divergente da aqui exposta importaria em alargar ao extremo a competência do TCU, tornando-a discrepante de sua razão de ser, de sua natureza político-institucional, criando mecanismo administrativo de exceção para sancionar qualquer particular que provoque dano ao Erário.

De pronto, a adoção do entendimento de que qualquer dano ao Erário deve causar a instauração de Tomadas de Contas Especiais teria por corolário a necessidade imediata de aumentar toda a estrutura administrativa desta Corte, já que seria impossível processar e julgar todos os casos de fraudes previdenciárias e administrativas com a estrutura atual. Este entendimento implicaria também a duplicidade de controles, administrativo e judicial, sobre temas idênticos, com desperdício de recursos públicos.

Não se pode, ademais, olvidar que o julgamento pela irregularidade das contas implica sanções de natureza política e administrativa. Subjacente à questão patrimonial de recomposição do Erário, está o TCU habilitado a realizar, no processo de tomada de contas especial, uma amplíssima avaliação da conduta do responsável, podendo inabilitá-lo para o exercício de função pública, impor-lhe multa de até cem por cento do valor do débito, dar início a processo destinado a torná-lo inelegível, mediante a inclusão do seu nome em lista própria etc.

Demonstra-se, assim, que não obstante toda a amplitude do comando constitucional, a jurisdição do Tribunal de Contas da União concernente à competência para instaurar processos de Tomada de Contas Especial não abrange todo o universo de possibilidades de dano ao Erário. Há de existir sempre a condição de agente público no causador do dano à Administração Pública, ou sua ação em conluio com algum agente público, para justificar a intervenção do Tribunal de Contas da União, tese que, a nosso ver, melhor atende os interesses da Administração Pública e da coletividade em geral.

