

# A LEI Nº 12.846/2013 E A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS



**Daniel de Carvalho Guimarães**

Procurador do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.  
Especialista em Direito do Tributário pela PUC Minas.

O artigo desenvolve uma proposta que harmonize a opção da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, de responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas de direito privado a cargo da autoridade máxima dos órgãos e entidades públicas, com a competência constitucional dos tribunais de contas, esquecidos pela lei, para fiscalização, processamento, julgamento e sanção dos agentes públicos e privados.

## 1 A LEI E SUA ESCOLHA SOBRE COMPETÊNCIA

A lei estabeleceu dois regimes de responsabilidade a depender da sanção cabível, um de responsabilidade administrativa e outro de responsabilidade civil perante o Poder Judiciário. No primeiro, estão as sanções de multa e de publicação de decisões condenatórias. O segundo engloba o perdimento de bens, a suspensão ou interdição temporária das atividades, a dissolução compulsória e a proibição de receber incentivos, subsídios e empréstimos públicos. Interessa-nos a responsabilidade administrativa.

O legislador atribui à autoridade máxima de cada poder, em todas as esferas da federação, a competência para a instauração e o julgamento de processo administrativo de responsabilidade de pessoa jurídica, com possibilidade de delegação (art. 8º, *caput* e §1º).

A fiscalização administrativa de infrações e o instituto do acordo de leniência já conviviam no ordenamento jurídico brasileiro, nas Leis nº 8.884/1994 e 12.529/2011, que regularam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. A competência foi atribuída ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), tribunal administrativo responsável pela apuração, instauração de processo e sanção sobre as condutas consideradas infrações à ordem econômica.

Esse exemplo legal de fiscalização administrativa por um tribunal administrativo nos remete à Constituição da República de 1988, que atribuiu aos tribunais de contas a competência para a análise de ilícitos contra a administração pública. No entanto, em nenhum dispositivo da lei há menção a eles, sequer um comando residual de comunicação dos fatos apurados para o exercício da sua competência.

Na mensagem que acompanhou o projeto de lei, o presidente da República justificou a proposta na existência de lacunas no sistema jurídico nacional em relação à responsabilização das pessoas jurídicas pela prática de atos ilícitos contra a administração pública, em especial por atos de corrupção e fraude

em licitações e contratos administrativos.<sup>1</sup> As lacunas consistiam na falta de meios específicos para se alcançar o patrimônio das pessoas jurídicas e obter o efetivo ressarcimento dos prejuízos causados por atos praticados em seu benefício, direto ou indireto.

A exposição de motivos ainda destacou que o projeto de responsabilização administrativa de pessoas jurídicas se inspirou na aplicação exitosa da Lei nº 8.884/1994, que cuidava do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência antes da Lei nº 12.259/2011 na responsabilidade objetiva de pessoas jurídicas por infrações contra a ordem econômica.

Apesar de se inspirar na Lei nº 8.884/1994, a lei analisada optou por solução diversa na apuração dos ilícitos contra a administração pública. Atribuiu o poder de instaurar, processar e julgar a uma das partes do conflito, à autoridade pública máxima de determinado órgão ou entidade pública. Já a Lei nº 8.884/1994 estabeleceu a competência de apuração das infrações contra a ordem econômica ao Cade, um tribunal administrativo espelhado no Poder Judiciário quanto à composição e qualidade de terceiro no processamento e julgamento da demanda posta à sua análise.

A escolha da Lei nº 12.846/2013 aproxima a ação estatal de busca de responsabilidade administrativa e o controle interno de cada poder. Indício desse movimento foi a escolha da Controladoria-Geral da União (CGU) como o órgão com competência concorrente para instaurar processos administrativos de responsabilização de pessoas jurídicas ou para avocar os processos instaurados pelas demais autoridades federais do Poder Executivo.

E tal escolha legal certamente induziu estados e municípios a concentrarem tal atuação em suas controladorias.

## **2 AS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E DO CONTROLE INTERNO**

A Constituição de 1988 prevê, entre outros, dois tipos de controle da administração pública: o interno, exercido por cada Poder; e o externo, pelo Poder Legislativo com o auxílio dos tribunais de contas. As competências estão divididas entre os artigos 71 e 74, cabendo aos dois sistemas de controle a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

O artigo 71 atribui aos tribunais de contas tarefas de controle das mais diversas naturezas, desde a prestação de informações ao Poder Legislativo, passando pela elaboração de parecer prévio sobre as contas do chefe do Poder Executivo, até a aplicação de sanções aos responsáveis por ilegalidade da despesa ou irregularidade das contas. A Constituição ainda reconhece aos tribunais de contas a competência para proferir decisões das quais resulte imputação de débito ou multa e com eficácia de título executivo.

Os tipos de ato lesivo à administração pública, nacional e estrangeira, contidos no artigo 5º, inciso IV, da Lei nº 12.846/2013, guardam similitude com as condutas que podem ser apuradas, processadas e julgadas pelos tribunais de contas:

<sup>1</sup> BRASIL. Câmara dos deputados. Mensagem nº 52 / 2010. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=735505&filename=MSC%2052/2010%20=%3E%20PL%206826/2010](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=735505&filename=MSC%2052/2010%20=%3E%20PL%206826/2010). Acesso em: 12 maio 2023.

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

(...)

IV - no tocante a licitações e contratos:

- a) **frustrar ou fraudar**, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) **impedir, perturbar ou fraudar** a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) **afastar ou procurar afastar** licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) **fraudar** licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) **criar, de modo fraudulento ou irregular**, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;
- f) **obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento**, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- g) **manipular ou fraudar** o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública;

A fiscalização sobre as condutas elencadas acima está alcançada pelas competências do controle externo, como as de julgar as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público (artigo 71, inciso II) e de aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário (artigo 71, inciso VIII).

Por outro lado, a função de controle interno tem outro desenho no artigo 74 da CR/88. Em primeiro lugar, cabem ao sistema de controle interno a avaliação e o monitoramento sobre os seguintes dados:

- a) cumprimento das metas previstas no plano plurianual e a execução dos programas de governo e dos orçamentos públicos;
- b) os resultados, a eficácia e a eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades públicas.

Em segundo lugar, o controle interno verifica a conformidade:

- a) da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades públicas e da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;
- b) das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da entidade federada.

Por fim, a Constituição obrigou o controle interno a apoiar o controle externo. Nesse sentido, o artigo 74, §1º, estabeleceu ao controle interno o dever de comunicação de irregularidade ou ilegalidade aos tribunais de contas, sob pena de responsabilidade solidária.

Da conjugação dos incisos com o §1º do art. 74, verifica-se que o controle interno tem competências limitadas quanto ao tratamento de atos lesivos à administração pública. Pelo texto constitucional, caberia ao controle interno uma função de monitoramento de metas e resultados e de vigilância sobre a conformidade dos atos praticados no âmbito da gestão pública e, por conseguinte, a comunicação dos fatos ao controle externo quando verificada ilegalidade.

O texto constitucional contém zonas de sobreposição entre as competências do tribunal de contas e do controle interno, por exemplo, em relação ao controle de legalidade de atos de gestão pública orçamentária, financeira e patrimonial. No entanto, a Constituição optou por reservar ao controle interno uma atuação voltada para a vigilância das práticas, sem transbordar para a fixação de responsabilidade e sanção, principalmente quando se tratar de agentes privados, como ocorre na Lei nº 12.846/2013.

Logo, caberia aos tribunais de contas a apuração da responsabilidade administrativa. Essa possibilidade ainda passa por duas questões jurídicas que enfrentaremos a seguir.

### **3 A COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS SOBRE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO**

A possibilidade de os tribunais de contas julgarem e sancionarem pessoas jurídicas de direito privado é matéria controvertida. O Tribunal de Contas da União (TCU) instaurou incidente de uniformização de jurisprudência para definir se teria competência para julgar agente privado e apreciou a questão no Acórdão nº 321/2019, assim ementado:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA COM O OBJETIVO DE DIRIMIR DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTOS A RESPEITO DA COMPETÊNCIA DO TCU PARA JULGAR CONTAS DE TERCEIROS PARTICULARES QUE CAUSEM DANO AO ERÁRIO. FIXAÇÃO DE ENTENDIMENTO SOBRE O ASSUNTO.

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 coparticipação 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.<sup>2</sup>

Extrai-se do acórdão que o requisito para a competência do TCU é que o vínculo do agente privado decorra de (i) ato da administração regido pelo direito privado (ato de gestão), (ii) ato administrativo em sentido estrito ou (iii) contrato da administração, em regime de direito público ou privado, que se relacione à gestão da coisa pública.

O Supremo Tribunal Federal (STF) compartilha desse entendimento. A Corte enfrentou questionamento sobre a possibilidade de pessoas físicas e jurídicas de direito privado figurarem no polo passivo de tomada de contas especial em tramitação no TCU, sob o argumento de que a competência prevista no art. 71 apenas alcançaria agentes públicos, e não particulares, ainda que com vínculo jurídico com a administração pública, como em processos de licitação e em contratos administrativos.

A Primeira Turma, por maioria, vencido apenas o ministro Marco Aurélio, denegou a segurança e assentou que a origem pública e federal dos recursos públicos envolvidos definiria a competência do TCU, e não a natureza dos agentes que atuaram no contexto fático examinado.

2 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 321/2019. Plenário. Relatora Ministra ANA ARRAES. Sessão 20 fev. 2019.

Mandado de segurança. Competência do Tribunal de Contas da União. Inclusão dos impetrantes em processo de tomada de contas especial. Responsabilidade solidária. Ressarcimento ao erário. Ilegalidade e abuso de poder não configurados. Denegação da segurança.

1. Ao auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, compete ao Tribunal de Contas da União a relevante missão de julgar as contas dos administradores e dos 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 (art. 71, II, da Constituição Federal).

2. Compete à Corte de Contas da União aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelece, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário (art. 71, VIII, da Constituição Federal).

3. Em decorrência da amplitude das competências fiscalizadoras da Corte de Contas, tem-se que não é a natureza do ente envolvido na relação que permite, ou não, a incidência da fiscalização da Corte de Contas, mas sim a origem dos recursos envolvidos, conforme dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal

4. Denegação da segurança.<sup>3</sup>

Por fim, o Supremo Tribunal Federal julgou o MS nº 30.788/MG,<sup>4</sup> em que foi questionado acórdão do TCU que impôs a pessoa jurídica de direito privado a sanção de declaração de inidoneidade diante de condutas de uso de notas fiscais e atestados de capacitação técnica falsos perante autoridade pública que conduzia licitação. A principal tese do mandado de segurança em relação ao objeto desse texto foi a incompetência do TCU para impor declaração de inidoneidade diante da regra legal superveniente constante do art. 87, IV e §3º da Lei federal nº 8.666/1993, que atribuía essa competência exclusivamente ao ministro de Estado ou secretário estadual ou municipal.

Prevaleceu o voto do ministro Roberto Barroso, que reconheceu a constitucionalidade do art. 46 da lei do TCU e denegou a ordem, como registrado na ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. SANÇÃO DE INIDONEIDADE.

1. Em processo administrativo no âmbito do Tribunal de Contas, é válida a comunicação por edital depois de tentativa frustrada de comunicação postal (Lei nº 8.443/1992, art. 23, III).

2. É constitucional o art. 46 da Lei nº 8.443/1992, que institui sanção de inidoneidade a particulares por fraude a licitação, aplicável pelo TCU. Precedente: Pet 3.606 AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

3. Ordem denegada.

Logo, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e do Supremo Tribunal Federal reconhece a competência dos tribunais de contas sobre as pessoas jurídicas de direito privado.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 24379. Primeira Turma. Relator: Dias Toffoli – Publicação: 8 jun. 2015.

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de segurança nº 30788. Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio. Redator do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO - Publicação: 4 ago. 2015.

## **4 PARÂMETROS LEGAIS DA COMPETÊNCIA SANCIONATÓRIA DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Em seguida, é necessário verificar se caberia aos tribunais de contas realizar controle de conformidade de condutas em relação a leis além daquela que disciplina sua organização.

Cada tribunal de contas brasileiro é regido por norma que define a sua organicidade, as suas competências, as regras processuais, as sanções e as hipóteses de incidência. A Lei nº 8443/1992, lei orgânica do Tribunal de Contas da União, estabelece em seu artigo 58 um rol de tipos abertos passíveis de multa, como a prática de ato com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial ou ainda a prática de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário.

As duas hipóteses demonstram que os tribunais de contas necessitam de outros parâmetros normativos para realizar o juízo de adequação típica sobre as condutas de agentes públicos e privados.

Esse modelo legal possibilita que os tribunais de contas verifiquem o cumprimento das normas, como as regras constitucionais, as leis de licitações e contratações públicas (Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002, 12.462/2011, 14.133/2021), de consórcios públicos (Lei nº 11.107/2005), de contratações com o terceiro setor (Lei nº 13.019/2014), de responsabilidade fiscal (Leis complementares nº 101/2000, 164/2018, 173/2020, 176/2020, 177/2021, 178/2021) e de receita e despesas públicas (Lei nº 4.320/1964).

Tais leis estabelecem regras de conduta para os agentes, órgãos e entidades públicas com tipos de infrações administrativas e sanções. Um exemplo é a Lei nº 14.133/2021 que estabelece um rol de condutas típicas e sanções nos artigos 155 e 156. No artigo 155, XII, há menção aos atos lesivos previstos no artigo 5º da Lei nº 12.846/2013, caracterizando-os também como ilícitos na lei de licitações e contratos.

Os tribunais de contas podem usar esses parâmetros normativos para preencher os tipos abertos previstos na sua lei orgânica de grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial ou de ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário.

## **5 AS FRAGILIDADES DO MODELO DESCENTRALIZADO DA LEI Nº 12.846/2013**

A lei estabeleceu balizas que podem ser utilizadas pela União, pelos estados e pelos municípios. Diante de sua heterogeneidade, o universo municipalista apresenta os maiores desafios para a implementação do controle.

Em primeiro lugar, porque os municípios enfrentam dificuldades na formação de um corpo de servidores efetivos para atuar no controle interno. Essa função exige um mínimo de autonomia para monitorar, auditar, processar e sancionar, e não deveria depender exclusivamente de agentes públicos ocupantes de cargos em comissão.

Em segundo lugar, porque há um déficit técnico dos agentes públicos municipais para a aplicação da Lei nº 12.846/2013, pois a maioria dos municípios brasileiros não tem estruturação administrativa suficiente para realizar a função de controle interno.

Em terceiro lugar, porque o controle interno dos municípios está próximo aos fatos, o que favorece o conhecimento e a reunião de elementos para a reconstituição do contexto. No entanto, essa proximidade pode prejudicar o exercício das funções de processamento, julgamento e eventual sanção, pois tais atividades exigem distanciamento dos agentes públicos responsáveis sobre o contexto fático em que ocorreram as condutas.

Os tribunais de contas amenizam essas fragilidades, pois incrementam o perfil técnico dos agentes públicos responsáveis pela fiscalização e concentram em uma entidade pública autônoma o julgamento dos fatos.

Na responsabilidade administrativa por ato lesivo à administração pública, os tribunais de contas se apresentam como órgão com perfil institucional consolidado, com rol de competências constitucionais compatíveis com a finalidade da Lei nº 12.846/2013, estruturados com agentes públicos ocupantes de cargos efetivos, que reúnem os atributos para realizar o processamento, julgamento e sanção a partir da comunicação dos fatos potencialmente ilícitos pelos controles internos de acordo com o comando constitucional do art. 74, §1º.

## 6 CONCLUSÃO

Proponho que os tribunais de contas possam usar o artigo 5º, IV, da Lei nº 12.846/2013 como parâmetro normativo na fiscalização das graves infrações à lei e ao regulamento na investigação de fatos potencialmente lesivos à administração pública, no processamento, no julgamento, na assinatura de acordos e na aplicação de sanção, quando não houver a atuação do controle interno.

Entretanto, o exercício dessa competência fiscalizatória e sancionatória deve ocorrer de forma subsidiária à atuação do controle interno, pois os tipos legais que a justificam foram construídos com conteúdo da Lei nº 12.846/2013. Essa restrição visa impedir que haja atuação dos órgãos de controle em duplicidade sobre responsabilidade administrativa decorrente de um mesmo fato e que ocorra a dupla punição de uma pessoa jurídica ou física, em violação ao princípio constitucional implícito do *ne bis in idem*.