

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-graduação em Direito – Curso de Especialização em Direito Administrativo

Carulina de Freitas Chagas

**A responsabilização dos agentes públicos pelo TCU: o Direito Administrativo do Medo e o Apagão das Canetas à luz do art. 28 da LINDB**

**BELO HORIZONTE**

**2021**

Carulina de Freitas Chagas

**A responsabilização dos agentes públicos pelo TCU: o Direito Administrativo do Medo e o Apagão das Canetas à luz do art. 28 da LINDB**

Artigo de conclusão de curso apresentado ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG – Curso de Especialização em Direito Administrativo, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.

Orientadora: Prof. Dra. Daniela Mello Coelho Haikal

Coordenador: Eurico Bitencourt Neto

Belo Horizonte

2021

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB-6/3167.

C431r Chagas, Carulina de Freitas

A responsabilização dos agentes públicos pelo TCU  
[manuscrito]: o Direito Administrativo do medo e o apagão  
das canetas à luz do art. 28 da LINDB / Carulina de Freitas  
Chagas.-- 2021.

Monografia (especialização) - Universidade Federal de  
Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Inclui bibliografia.

1. Brasil - Tribunal de Contas da União 2. Direito  
administrativo 3. Controle administrativo 4. Servidores  
públicos - Responsabilidade administrativa I.Coelho,  
Daniela Mello. II.Universidade Federal de Minas Gerais -  
Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 351.94



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO

### FOLHA DE APROVAÇÃO

**A responsabilização dos agentes públicos pelo TCU: o Direito Administrativo do Medo e o Apagão das Canetas à luz do art. 28 da LINDB**

**CARULINA DE FREITAS CHAGAS**

Monografia submetida à Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Curso de ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO, como requisito para obtenção do certificado de Especialista em DIREITO ADMINISTRATIVO, área de concentração DIREITO ADMINISTRATIVO.

Aprovada em 11 de setembro de 2021, pela banca constituída pelos membros:

Prof.<sup>a</sup> Daniela Mello Coelho Haikal - Orientadora  
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Eurico Bitencourt Neto  
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof.<sup>a</sup> Mariana Magalhães Avelar  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Belo Horizonte, 11 de setembro de 2021.



Documento assinado eletronicamente por **Mariana Magalhães Avelar, Usuário Externo**, em 14/09/2021, às 13:53, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

---



Documento assinado eletronicamente por **Eurico Bitencourt Neto, Professor do Magistério Superior**, em 15/09/2021, às 11:38, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

---



Documento assinado eletronicamente por **Daniela Mello Coelho Haikal, Professora do Magistério Superior**, em 15/09/2021, às 16:49, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 5º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).

---



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site [https://sei.ufmg.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.ufmg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0), informando o código verificador **0959170** e o código CRC **9F8EEE5C**.

---

## RESUMO

Este artigo aborda o medo de agir do agente público e o apagão das canetas como decorrência de alguns excessos e disfuncionalidades que podem ser apontados no exercício da atividade de controle externo pelo Tribunal de Contas da União – TCU, especialmente no exercício do poder sancionatório, sobre a atuação da Administração Pública. Nesse contexto, será avaliado se a inserção do art. 28 na LINDB, segundo o qual o agente público somente poderá ser responsabilizado se agir com dolo ou erro grosseiro tem contribuído para a melhoria dos problemas causados na gestão pública devido ao mencionado medo de agir dos agentes públicos. Pretende-se chegar a essa conclusão a partir do exame de alguns julgados recentes do TCU.

**Palavras chave:** medo de agir – apagão das canetas – excessos – disfuncionalidades – responsabilização - art. 28, LINDB – controle externo – TCU.

## ABSTRACT

This article addresses the public agent's fear of acting and the blackout of pens as a result of some excesses and dysfunctionalities that can be pointed out in the exercise of external control activity by the Federal Court of Accounts - TCU, especially in the exercise of sanctioning power, on the performance of the Public Administration. In this context, it will be evaluated whether the insertion of art. 28 in LINDB, according to which the public agent can only be held responsible if he acts with intent or gross error, has contributed to the improvement of the problems caused in public management due to the mentioned fear of acting by public agents. It is intended to reach this conclusion from the examination of some recent judgments of the TCU.

**Keywords:** fear of acting – blackout of pens – excesses – dysfunctionalities – accountability – art. 28, LINDB – external control – TCU.

## Sumário

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>2 DESENVOLVIMENTO</b> .....	10
2.1. O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU.....	10
<b>2.1.1 Disfuncionalidades e excessos observados no controle externo exercido pelo TCU e o Direito Administrativo do Medo</b> .....	11
2.2 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS .....	15
<b>2.2.1 O art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e o novo parâmetro estabelecido para a responsabilização de agentes públicos</b> .....	16
<b>2.2.2 A aplicação do art. 28 da LINDB pelo Tribunal de Contas da União - TCU</b> ...	18
<b>3 CONCLUSÃO</b> .....	27
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	29



## 1. INTRODUÇÃO

O artigo aborda a polêmica temática contemporânea afeta ao exercício do controle externo sobre a Administração Pública e à responsabilização dos agentes públicos decorrente dessa atividade controladora.

Objetiva-se demonstrar que o controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União – TCU, objeto particular de estudo deste trabalho, embora seja imprescindível à observância, à garantia e ao fiel cumprimento das normas e dos princípios que regem a atividade pública, não raras vezes apresenta algumas disfuncionalidades e excessos que serão salientados neste trabalho. E, nesses casos, o que se produz é o efeito contrário àquele que se espera de um órgão controlador da Administração Pública.

Isso porque, quando exercido de forma excessiva e disfuncional, o controle externo acaba por gerar medo de agir e paralisia na atuação administrativas. Nessas hipóteses, observa-se que o agente público passa a almejar, precipuamente, a sua autopreservação, adotando posturas conservadoras, legalistas, burocráticas, que não o farão ser questionados por controladores externos e que, em muito, se distanciam de uma atuação pública inovadora, proativa e eficiente que se espera da Administração Pública atualmente.

Trata-se do popularmente nominado “Direito Administrativo do Medo” ou “Administração Pública do Medo” e a sua nefasta consequência, o “apagão das canetas”.

A intenção da pesquisa é demonstrar como e porque isso ocorre e quais seriam as possíveis soluções para esse cenário que, nos últimos anos vem se revelando problemático para a Administração, em vista das novas demandas e necessidades sociais, as quais tem exigido uma postura mais proativa por parte Estado.

Nesse contexto, pretende-se, por fim, avaliar se as alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB em 2018, notadamente a inserção da chamada cláusula geral do erro administrativo em seu *novel* art. 28, que trouxe um novo parâmetro de responsabilização para os agentes públicos, têm contribuído para solucionar os problemas enfrentados no âmbito da gestão pública, em especial o medo de agir do agente público. Para se chegar a tal conclusão, além da análise do texto legal, serão analisados, também, alguns julgados recentes do Tribunal de Contas da União – TCU, referentes à aplicação prática do art. 28 da LINDB, enquanto norma balizadora da responsabilização dos agentes públicos.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1. O CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO - TCU

O controle da Administração Pública não é uma exigência nova. Mesmo antes da ênfase e destaques trazidos pela atual Constituição da República, o controle já era reconhecido pelo Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967, como um dos princípios fundamentais a reger a Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define o controle da Administração Pública como a atividade de fiscalização e de correção exercida por determinados poderes, órgãos e instituições sobre a Administração Pública, com o objetivo de garantir a conformidade dos atos praticados às exigências normativas e aos princípios que lhes são impostos e aos quais ela deve fiel observância e cumprimento (DI PIETRO, 2019).

No caso brasileiro essa função é exercida, predominantemente, pelos Tribunais de Contas e pelo Ministério Público, instituições com assento constitucional e com a missão de defesa da ordem democrática, dos princípios e garantias fundamentais da República, a qual cumprem por meio das competências delimitadas pela Carta Magna.

Some-se a isso o fato de que a atividade de controle ganhou maior destaque nos últimos anos a partir dos debates trazidos à tona em função das exigências de *accountability* público: *Compliance*, Governança e Integridade Públicas aliadas às práticas político-institucionais adotadas pelo Governo na direção do combate à corrupção.

O sistema jurídico-normativo evoluiu muito neste sentido, favorecendo e incentivando o controle da atividade pública, com a criação de um espectro normativo que valoriza e exige a adoção de posturas íntegras, éticas, morais e probas, empoderando a atuação dos controladores externos. Cite-se, como exemplo, a criação do sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal – Decreto nº. 6.029, de 1 de fevereiro de 2007; a Lei Anticorrupção – Lei nº. 12.846, de 1 de agosto de 2013; a Lei de Acesso à Informação – Lei nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011; a Lei que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública – Lei nº. 13.460, de 26 de junho de 2017, dentre outras.

Nesse contexto, a Constituição da República de 1988, no caput do art. 70, dispõe que compete ao TCU o exercício da *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.*

E, para o mister de cumprir essa importante competência, a própria Constituição cuidou, no seu art. 71, de elencar todo o rol de atribuições com as quais o TCU auxiliará o Congresso Nacional no exercício do controle externo.

Dentre essas, interessa ao presente estudo a competência sancionatória prevista no inciso VIII do citado art. 71. Tal competência é uma das mais importantes e questionadas atribuições no que tange às hipóteses de incidência, formas e limites do seu exercício, na prática.

### **2.1.1 Disfuncionalidades e excessos observados no controle externo exercido pelo TCU e o Direito Administrativo do Medo**

O Tribunal de Contas da União, sob a égide da Constituição da República vigente, foi alçado a uma posição institucional que lhe permite realizar o controle externo de legalidade e de economicidade dos atos da Administração Pública Federal. Nesse contexto, André Braga destaca que o exercício autônomo e discricionário desta atribuição pelo TCU torna a sua atuação passível de influenciar a rotina dos órgãos e entidades públicas de uma forma que o Poder Judiciário, por exemplo, não consegue fazer (BRAGA, 2020).

André Braga adverte, todavia, que o problema surge quando o TCU passa a exercer suas atribuições à luz das suas próprias predileções hermenêuticas e de seus próprios critérios de análise econômico-financeira (BRAGA, 2020).

Nesse ínterim, Rodrigo Valgas, em sua obra “Direito Administrativo do Medo”, explica que a disfuncionalidade ocorre quando o controlador, ainda que não intencionalmente, acaba por estimular condutas ou resultados contrários àqueles que almeja, ou seja, indesejáveis ao exercício de função administrativa e contrários aos preceitos constitucionais.

E, mais adiante, nessa mesma obra, Rodrigo Valgas aponta exemplos característicos da atuação disfuncional dos Tribunais de Contas: ausência de recursos a outros tribunais; tímida atuação do Poder Judiciário no controle das decisões das cortes de contas; ausência do devido processo legal e da ampla defesa e o fato de, muitas vezes, os Tribunais de Contas sentirem-se mais poderosos e importantes enquanto um “Poder” do que o próprio Poder Judiciário (VALGAS, 2020).

O professor Rodrigo Valgas<sup>1</sup> também faz referência a uma disfuncionalidade de ordem ideológica e que, por sua própria natureza, influencia o modo de exercício do controle externo e leva ao cometimento de outras disfuncionalidades. Trata-se da premissa de que todo agente público, especialmente os políticos, são desonestos, ímprobos, corruptos e antiéticos (VALGAS, 2020).

Outra disfuncionalidade apontada é o enfoque dos órgãos controladores no controle pautado pela legalidade estrita, exclusivamente pela subsunção da lei aos fatos, sem considerar as circunstâncias fáticas inerentes aos fatos que estão em julgamento, ao passo que o ideal seria sopesar as peculiaridades de cada situação em análise, de cada realidade investigada, das condições de cada ente controlado à época em praticados os fatos.

Tanto isso é verdade que a LINDB, aprovada pelo Decreto-lei 4.657, de 04/09/1942, após as alterações perpetradas pela Lei nº. 13.655, de 25/04/2018, passou a exigir que as decisões proferidas nas esferas administrativa, controladora e judicial considerem as consequências práticas da decisão, inclusive em face de possíveis alternativas (art. 20, *caput* e parágrafo único. LINDB). Em alguns casos, tais consequências deverão constar da própria decisão (art. 21, LINDB). Além disso, a LINDB também exigiu que os controladores considerem as circunstâncias fáticas e orientações gerais da época da prática do ato, e não do momento em que o controle está sendo exercido (art. 24, LINDB).

Não obstante, os órgãos de controle ainda resistem em admitir essa nova realidade e ainda insistem na aplicação engessada da lei ao caso concreto, concluindo que tudo aquilo que destoia da previsão expressa da lei, é uma violação passível de responsabilização.

Adverte-se, também, para a disfuncionalidade identificada como decisionismo do ente controlador aliado à irracionalidade da interpretação jurídica, a uma subjetividade motivadora das decisões. Inicialmente constatada no Poder Judiciário – ativismo judicial, tal disfuncionalidade também foi verificada nos órgãos controladores externos, sendo apontada

---

<sup>1</sup> Não raro os órgãos de controle acreditam que o espaço da política e da administração pública são – de regra – exercidos com falta de ética e com desonestidade, levando ao menoscabo dos agentes políticos submetidos ao controle jurisdicional, frequentemente levando os Tribunais de Contas, o Judiciário<sup>11</sup> e o Ministério Público à tentação de “administrarem” e definirem as escolhas que lhes pareçam mais adequadas e, mais que isso, responsabilizando os agentes públicos pelas decisões por eles adotadas ainda que fundamentadas e amparadas no direito, mas discrepantes dos parâmetros fixados pelos órgãos de controle externo. Tal postura — ainda que não generalizável – realmente amedronta<sup>12</sup>. Em especial, a desconfiança recai no agente político, cujos episódios de envolvimento com corrupção divulgados pela mídia, ainda que não sejam regra, já são suficientes para gerar permanente estado de dúvida acerca da credibilidade das decisões administrativas por eles tomadas, o que em última análise tira a legitimidade da sua decisão – com conseqüente falta de deferência dos órgãos de controle – levando à grande interferência dos órgãos de controle externo na atividade administrativa. (VALGAS, Rodrigo dos Santos. **Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos** [livro eletrônico] 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020. 6 Mb; 1 ed. e-book baseada na 1 ed. Imprensa ISBN 978-65-5614-317-0.) (grifos acrescidos)

como uma conduta descompromissada com o Direito, devido ao desprezo da obrigação de motivação jurídica das decisões.

Outra questão que costuma acometer o exercício do controle externo é a má utilização da teoria dos princípios, desvirtuando-os de sua precípua função fundamental. Rodrigo Valgas observa que os princípios passaram a ser invocados para justificar toda e qualquer situação e/ou atuação por parte dos órgãos controladores, até mesmo em desprezo às regras pré-existentes, em uma verdadeira inversão do que orienta a teoria jurídica. Dessa forma, tudo passa a ser uma questão de princípios, cujo papel real fica esquecido. Ao final, o professor arremata afirmando que *“o que serve para qualquer coisa, não serve para coisa alguma”* (VALGAS, 2020).

Além dessas disfuncionalidades apontadas por Rodrigo Valgas em “Direito Administrativo do Medo”, outras também são comumente apontadas pelos administrativistas estudiosos do tema controle externo.

A grande maioria reitera a contaminação das decisões dos órgãos controladores pelo pré-conceito relacionado a concepções políticas e opiniões pessoais que presumem que todo agente público é desonesto e corruptível e, por sua própria natureza, infrator de normas jurídicas. Em consequência, nota-se um grande apego ao aspecto punitivo e justiceiro criado para os órgãos controladores a partir dessa visão preconceituosa e generalizadora.

Também se verifica que os órgãos de controle, muitas das vezes, abusam e extrapolam os limites de suas próprias competências, exercendo poderes além daqueles que lhes foram atribuídos pela Constituição e por sua lei orgânica (CARVALHO FILHO, 2020).

Soma-se a isso o fato de que a legislação brasileira fortalece as disfuncionalidades identificadas no exercício do controle externo, tendo em vista que é composta por um conjunto de normas extremamente abertas, com conceitos imprecisos, indefinidos, abrangentes e flexíveis. Essa ampla abertura legislativa permite que uma imensa gama de condutas seja enquadrada dentre aquelas que ensejam a responsabilização, seja administrativa, civil, criminal ou todas elas.

Um exemplo típico desta disfuncionalidade é o art. 11 da Lei 8.429/1992, que define como ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, além das demais condutas listadas naquele dispositivo.

Outros importantes exemplos são a previsão legal de cometimento de improbidade administrativa que causa lesão ao erário na modalidade *culposa*, consoante art. 10º da Lei 8.429/1992, bem como a possibilidade de declaração da indisponibilidade dos bens do agente

público investigado, em sede de decisões cautelares proferidas pelo TCU, consoante permissivo contido no art. 7º da mesma Lei nº. 8.429/1992.

Neste particular, o professor Rodrigo Valgas esclarece que lei de improbidade administrativa e as ações dela decorrentes são as que mais apresentam disfuncionalidades, destacando como exemplos: inúmeros conceitos jurídicos indeterminados; falta de critérios de dosimetria das sanções; referência à violação de princípio como ato de improbidade administrativa; ampla discricionariedade dos órgãos acusadores no manejo das ações de improbidade e radical repercussão das condenações nos direitos políticos e subjetivos dos acusados (VALGAS, 2020).

Tal circunstância leva a um quadro de notória insegurança jurídica, o qual, consoante será exposto a seguir, foi uma das motivações as alterações implementadas na LINDB pela Lei nº. 13.655/2018.

Ainda há que se ressaltar outro problema jurídico constatado no exercício do controle externo da Administração Pública. Trata-se da coexistência de diversas instâncias de controle (Ministério Público, TCU e Controladoria-Geral da União – CGU, por exemplo), todas fiscalizando, avaliando e julgando um mesmo ato administrativo e, algumas vezes, exarando conclusões e recomendações distintas para o mesmo órgão ou entidade pública. Ou seja, a Administração Pública é lançada, novamente, a uma situação de absoluta insegurança jurídica acerca do posicionamento a ser seguido, o que, certamente, reforça o medo de agir já existente nos agentes públicos.

A burocracia é também uma característica marcante do controle externo disfuncional. E o cenário político institucional brasileiro vivenciado nos últimos anos, marcado por grandes operações de combate à corrupção aliado ao desgaste da classe política, fez com que o controle externo burocrático entrasse em ascensão como possibilidade de salvação do país desta realidade. Aparecem os órgãos controladores burocratizados, dessa forma, como o único meio legítimo de salvação diante de tantos e tão severos problemas políticos, jurídicos e institucionais.

Outra marca comumente apontada do exercício disfuncional do controle externo pelo TCU é o fato de ele não estar submetido a nenhum órgão controlador. O pouco que se tem verificado de tentativa de controle sobre sua atuação tem sido a tímida atuação do STF ao anular algumas de suas decisões.

Nesse contexto, Fernando Vernalha Guimarães ao discorrer sobre a crise da ineficiência pelo controle, já advertia que os seus excessos geravam efeitos colaterais indesejáveis que conduziam à ineficiência administrativa (GUIMARÃES, 2016).

Percebe-se que o esperado é que haja um equilíbrio entre o controle externo e a atuação da Administração Pública, o qual se almeja alcançar por meio da instituição de critérios balizadores para as decisões e condenações proferidas pelos órgãos controladores externos, notadamente as decisões de responsabilização de agentes públicos, que deverá pautar-se pelas disposições constitucionais e legais aplicáveis.

Enquanto assim não for, continuará havendo medo na atuação pública: medo de agir, medo de decidir, medo de discordar do órgão; medo de os sucessores serem responsabilizados por erros que não cometeram. Esse é o chamado “Direito Administrativo do Medo”.

E aliado ao medo de agir e à necessidade de autoproteção, são adotadas pelos agentes públicos outras medidas e estratégias que possibilitem a fuga dessa responsabilização: distribuição e delegação de competências; decisões coletivas e com manifestação de múltiplos agentes/áreas; decisões amplas, abrangentes e genéricas, aplicáveis a situações diversas; postergação; apego desmedido à burocracia e à legalidade como forma de postergar as decisões e criar empecilhos à prática do ato.

Em casos extremos, em que nenhuma dessas estratégias funciona mais, pode-se chegar até mesmo a recorrer à Justiça para não assumir responsabilidades indesejadas ou aceitar promoções e funções comissionadas cuja natureza das atribuições ofereça um nível maior de responsabilidade e, conseqüentemente, maior possibilidade de questionamentos e, eventualmente, de responsabilização.

Alguns administrativistas, abordando esta temática, já advertiam que “*dorme tranquilo quem indefere*”, pois, diante da ameaça de punição pelos órgãos controladores, os agentes reagem de forma a se proteger do mínimo receio ou desconfiança de um questionamento ou punição (MASCARENHAS, 2016).

Diante desse contexto, a “gana” dos órgãos de controle por responsabilizar ou punir a qualquer custo, inibe que pessoas qualificadas e que poderiam vir a ser agentes públicos bons e honestos almejem o desempenho de alguma função pública (MAFFINI, 2021).

## 2.2 A RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

O art. 37 da Constituição da República, ao tratar sobre a Administração Pública, dispõe nos seus parágrafos 4º a 5º sobre a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos pela prática de atos de improbidade administrativa e atos que causem prejuízos ao erário ou, ainda, danos a terceiros. Nessa seara, o art. 71, VIII, a Constituição atribui expressamente ao TCU, no

exercício do controle externo da Administração Pública, a competência para punir os responsáveis em casos de ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas.

Nesse contexto, destaca-se a categorização doutrinária e jurisprudencial das hipóteses de responsabilização legitimadas pela Constituição e sob a jurisdição e competência dos tribunais de contas, notadamente do TCU: *responsabilização-reparação* e *responsabilização-sanção*.

A *responsabilização-reparação* possui natureza civil, de cunho reparatório, imputada com o intuito de ressarcir aos cofres públicos o dano gerado ao erário, ainda que culposamente. Essa hipótese de responsabilização possui raízes no art. 37, §6º da CR/88.

A *responsabilização-sanção*, por outro lado, possui caráter financeiro-administrativo, devido à natureza da fiscalização exercida pelo TCU e das suas atribuições constitucionais, possuindo raízes no direito punitivo. Trata-se, como o próprio nome diz, de uma penalidade.

A importância de expor tal diferenciação destina-se à melhor compreensão dos julgados recentes proferidos pelo TCU, que têm mitigado a aplicação do art. 28 da LINDB, entendendo-se que ele somente se aplica às hipóteses de responsabilização-sanção. Ou seja, em algumas hipóteses de responsabilização considera-se suficiente a ocorrência da culpa, como elemento subjetivo.

Antes, porém, de se adentrar nessa análise, é importante destacar que a responsabilização também pressupõe a culpabilidade do agente público (OSÓRIO, 2020), pois, é ela que propiciará a medida da pena que será imposta, bem como as consequências desse apenamento. Assim, é importante ter em mente os conceitos de dolo e de culpa<sup>2</sup>.

### **2.2.1 O art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e o novo parâmetro estabelecido para a responsabilização de agentes públicos**

A Lei nº. 13.655, de 25 de abril de 2018, introduziu na LINDB (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público. Nesse *mister*, acrescentou à LINDB dez artigos com disposições relativas ao Direito Público e à temática do controle da Administração Pública.

---

<sup>2</sup> “O **dolo** é a vontade e a consciência de realizar a conduta típica, ou seja, o caminho intencional percorrido pelo agente. A intenção pressupõe a consciência. (...) Consiste a **culpa**, basicamente, na violação de deveres objetivos de cuidado, sendo normalmente identificada nas modalidades da imperícia, negligência ou imprudência. O agente não tem a intenção nem a vontade de praticar o fato ilícito e proibido, mas acaba cometendo o ato reprovado por uma atitude culposa, equivocada, por uma falta de cuidado ou de atenção. (OSÓRIO, 2020, p. 395 e 403) (grifos acrescidos)



Neste contexto, destaca-se a inclusão do art. 28, segundo o qual “*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”.

Esse dispositivo alterou substancialmente a sistemática de responsabilização dos agentes públicos, especialmente no âmbito do TCU, pois, até então, para a responsabilização do agente público bastava a demonstração da culpa em sentido lato sensu, nos termos do art. 37, §6º da CR/88.

Sobre essas alterações, não é exagero destacar a ressalva feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro no sentido de que todo e qualquer órgão de controle está sujeito às normas da LINDB, em todos os seus aspectos e detalhes (DI PIETRO, 2019). Tal ressalva, ainda que pareça óbvia, é pertinente se considerarmos que o TCU tem resistido à aplicação ampla e irrestrita do art. 28 da LINDB.

A Lei nº. 13.655/2018 e as alterações na LINDB foram a resposta a um cenário jurídico que clamava por segurança jurídica e por parâmetros e diretrizes orientativas, sobretudo, do exercício da atividade de controle estatal. E, em sua maior parte e ao menos no campo teórico, ela alcançou tais objetivos de forma exitosa. Todavia, não foi isenta de críticas.

Dentre as mais frequentes, identifica-se aquela segundo a qual a mera exigência de dolo e erro grosseiro para a responsabilização conferiria uma tolerabilidade indevida ao erro por parte dos agentes públicos. Ademais, outra crítica, é a de que o art. 28 violaria o disposto no art. 37, §6º da CR/88 que prevê a responsabilidade objetiva da Administração Pública.

Critica-se também o art. 28 da LINDB pelo fato de ele, supostamente, prejudicar a aplicação da lei de improbidade administrativa, a qual, ao regulamentar o art. 37, §4º da CR/88, prevê que qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres das entidades nela mencionadas configura ato de improbidade administrativa.

Por fim, critica-se o dispositivo afirmando sua desnecessidade para afastar o alcunhado crime de hermenêutica.

Em sentido oposto e elucidando os aspectos positivos das alterações promovidas na LINDB pela Lei nº. 13.655/2018, Luciano Ferraz pontua que:

**A lei é uma resposta à disseminação no seio da sociedade brasileira de um sentimento equivocado de que todo administrador público, até prova em contrário, é desonesto.** Essa percepção tem provocado uma inexata compreensão da realidade da gestão pública no país, rebaixando qualquer administrador público ao “grau de

desinvestimento” e, **com isso, “a gestão pública no Brasil encontra-se fragilizada e até acuada, muitas vezes por conta de avaliações apressadas e superficiais.**

**Os impactos mais significativos da nova legislação se dão no campo do controle**, porquanto suas disposições produzem uma espécie de amortecimento na pronúncia de nulidade dos atos administrativos, inserindo ingredientes de “pragmatismo” (força normativa dos fatos) e consequencialismo (avaliação concreta dos efeitos da decisão administrativa, controladora ou judicial). Com isso, **a LINDB propõe uma aproximação entre “ser” e “dever ser” jurídicos, imbricando os planos da validade e da eficácia dos atos administrativos, exatamente na esteira do que propunham há tempos os teóricos humanistas da ciência da administração.** (FERRAZ, 2020, p. 149/150).

Nesse contexto, as alterações introduzidas na LINDB, em especial o art. 28, são apontadas por Gustavo Binjenbojm e André Cyrino como uma possível solução para o medo de agir do agente público e para a consequente paralisia da Administração Pública:

Era preciso cuidar do gestor que quer fazer uma boa administração a partir de abordagens inovadoras, mas tem medo de agir. O legislador precisava lidar com o receio de qualquer espécie de criatividade administrativa, de não se querer assumir o risco do erro. Com efeito, o para inibir casos graves de má gestão e corrupção, acaba por dissuadir a ação daqueles que poderiam sugerir mudanças. (...)

O art. 28, LINDB, tem o escopo de proteger o gestor com boas motivações. Para que ele possa assumir o risco de *deferir* e dormir bem. Do mau administrador continuam tratando os inúmeros estatutos de controle da moralidade administrativa (Lei de Improbidade Administrativa, Lei Geral de Licitações etc.). A LINDB, no seu art. 28, quer tutelar o administrador com incentivos positivos de inovação no trato da coisa pública. (...)

(BINENBOJM; CYRINO;2018)

Avaliemos, pois, como o TCU tem aplicado o art. 28 da LINDB.

### **2.2.2 A aplicação do art. 28 da LINDB pelo Tribunal de Contas da União - TCU**

Por meio do Decreto nº. 9.830, de 10/06/2019, regulamentador dos artigos 20 a 30 da LINDB, foram estabelecidos critérios para definição e caracterização do dolo e do erro grosseiro do agente público (art. 12) bem como critérios a serem observados pela decisão que impuser sanções aos agentes públicos (art. 16). Contudo, apesar da importância desses

dispositivos, observa-se que o TCU optou por estabelecer seu próprio entendimento a respeito da matéria.

Nessa seara, destacamos o emblemático Acórdão nº. 2.391<sup>3</sup>, proferido pelo Plenário do TCU em 17/10/2018 e relatado pelo Ministro Benjamim Zymler, no qual o Tribunal sistematizou a disciplina relativa à responsabilização de agentes públicos frente às alterações implementadas na LINDB pela inserção do art. 28. Assim, estabeleceram os Ministros que:

79. (...) destaco que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa **stricto sensu**, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja instado a ressarcir os prejuízos que tenha causado ao erário (...).

80. Neste ponto, cabe ressaltar que a Lei 13.655/2018 introduziu vários dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINB, que diretamente alcançam a atividade jurisdicional desta Corte de Contas, em especial a atividade de aplicação de sanções administrativas e de correção de atos irregulares.

(...)

82. **Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas.**

**(...). O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.**

84.	Gradação do Erro	Pessoa que seria capaz de perceber o erro	Efeito sobre a validade do negócio jurídico (se substancial)
	Erro grosseiro	Com diligência abaixo do normal	Anulável
	Erro (sem qualificação)	Com diligência normal	Anulável
	Erro leve	Com diligência extraordinária - acima do normal	Não anulável

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, “culpa

<sup>3</sup> Referido acórdão foi proferido em julgamento de uma Tomada de Contas Especial – TCE instaurada em face da FUNASA, visando avaliar irregularidades na execução de contrato de prestação de serviço de transporte executivo a seus dirigentes e servidores, por meio de locação de veículos, incluídos motorista e combustível. O Tribunal constatou o pagamento de valores à contratada sem a efetiva comprovação da prestação de serviços, bem como o pagamento de serviços prestados em limites superiores à quantidade de quilômetros mensalmente contratada. Observou-se também descontrole na fiscalização da execução contratual.

*grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam”* (FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Atlas, p. 169).

85. Os aludidos autores invocaram a doutrina de Pontes de Miranda, segundo a qual a culpa grave é *“a culpa crassa, magna, nímia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis”*. (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 72).

**(Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.391/2018 – Plenário – TCU – Relator Ministro Benjamin Zymler) (grifos acrescidos)**

Conforme percebe-se do excerto destacado, o Tribunal conceituou erro grosseiro e criou uma tabela referencial para a sua identificação.

Joel Menezes Niebuhr elogiou o julgado, pois foi a primeira vez que o TCU estabeleceu diretrizes conceituais para avaliar a ocorrência do erro grosseiro e explicar o seu significado (NIEBUHR, 2018).

Todavia, no mesmo Acórdão n. 2.391/2018, o Plenário do TCU invoca o art. 37, §6º da Constituição da República para condenar o agente público a indenizar os danos causados à Administração Pública, ainda que não tenha agido com culpa grave ou cometido erro grosseiro.

Ou seja, embora o art. 28 da LINDB não traga distinção sobre as hipóteses de responsabilização dos agentes públicos - se para fins sancionatórios ou reparatórios – o TCU ainda as distingue, mantendo o entendimento de que a mera caracterização da culpa é suficiente para que se imponha o dever de indenizar os cofres públicos (responsabilização-reparação), afastando-se a necessidade de caracterização de dolo, má-fé ou de erro grosseiro nesses casos.

O Ministro Benjamin Zymler expõe com clareza essa distinção no Acórdão nº. 2.768/2019, proferido pelo Plenário do TCU<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> “(...) 109. Recentes alterações legislativas têm procurado delinear melhor as condutas dos agentes públicos que ensejam a aplicação de sanções. Nesse sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com redação dada pela Lei 13.655/2018) trouxe a seguinte disposição: “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.” (...) 111. Friso também que tal dispositivo se refere exclusivamente à aplicação de sanções, visto que o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição: (...) 112. Como é cediço, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre dolo e culpa, nem entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. 113. Tenha o particular atuado com dolo ou culpa levíssima, existirá sempre a obrigação de indenizar. Persiste, pois, a ideia extraída do brocardo do Direito Romano de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar. 114. O artigo 28 da LINDB, anteriormente transcrito, trata exclusivamente do direito sancionador, em especial o observado pela autoridade na sua função administrativa.” (Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.768/2019 – Plenário – TCU – Relator Ministro Benjamin Zymler)

Exemplificativamente, transcreve-se, também, excertos de outros acórdãos:

**86.** Sobre a questão da má-fé, importa consignar que não é preciso configurar a má-fé ou a ação dolosa do agente para fins de responsabilização perante o TCU. No caso de ressarcimento ao erário, a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU caracteriza-se pela constatação de culpa stricto sensu, sendo desnecessário demonstrar a conduta dolosa ou a má-fé do gestor (...)

**87.** Eis alguns precedentes do TCU, cujos enunciados foram retirados da ferramenta de pesquisa do TCU denominada de “Jurisprudência Seleccionada”, sobre a questão da má-fé e da culpa **stricto sensu**, com destaque para o já citado Acórdão 2.391/2018 – Plenário, em que a questão da responsabilização dos agentes públicos foi bem abordada, inclusive com a interpretação da recente Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica) que acrescentou novas disposições na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

“A responsabilidade perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada pela presença de simples culpa stricto sensu, prescindindo de evidencição de conduta dolosa, má-fé ou enriquecimento indevido do gestor.” (Acórdão 827/2019 – 2ª Câmara, rel. Min. Ana Arraes).

(...)

“No âmbito do TCU, é considerado de boa-fé o responsável que, embora tenha concorrido para o dano ao erário ou outra irregularidade, seguiu as normas pertinentes, os preceitos e os princípios do direito. A análise, portanto, é feita sob o ponto de vista objetivo, sem que seja necessária a comprovação de má-fé (dolo), mas apenas da ausência de boa-fé objetiva. (Acórdão 7.936/2018- 2ª Câmara, rel. Min. Subs. Augusto Sherman Cavalcanti). Grifei.

“Enunciado: Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, erro grosseiro é o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave. O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins do direito de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). As alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINB) pela Lei 13.655/2018, em especial a inclusão do art. 28, não provocaram modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.” (Acórdão 2.391/2018 – Plenário, rel. Min. Benjamim Zymler).

**(Tribunal de Contas da União - TCU. Acórdão 986/2019 – Plenário – Relator Min. Marcos Bemquerer Costa.) (grifos acrescentados)**

**25.** E nesse contexto destaca-se que, para fins de ressarcimento ao erário, a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU caracteriza-se pela constatação de culpa **stricto sensu**, sendo desnecessário demonstrar a conduta dolosa ou a má-fé do gestor (v.g.: Acórdãos 185/2016 - Plenário, rel. Min. Vital do Rêgo; 6.943/2015 – 1ª Câmara, rel. Min. Bruno Dantas; 11.441/2011 – 2ª Câmara, rel. Min. Aroldo Cedraz). Para a aplicação de multas e demais sanções

administrativas deve-se verificar a ocorrência de culpa grave ou dolo do gestor (v.g.: Acórdãos 1.942/2012 – 2ª Câmara, rel. Min. Aroldo Cedraz; Acórdão 2.391/2018 – Plenário, rel. Min. Benjamim Zymler).

26. Por oportuno, reproduzo, a seguir, tanto os enunciados extraídos da ferramenta de pesquisa do TCU denominada Jurisprudência Seleccionada como o excerto do voto condutor do já citado Acórdão 2.391/2018 – Plenário, em que a questão da responsabilização dos agentes públicos foi bem abordada, inclusive com a interpretação da recente Lei 13.655/2018 (Lei da Segurança Jurídica) que acrescentou novas disposições na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB):

“Enunciado: Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, erro grosseiro é o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.

Enunciado: O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer graduação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins do direito de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). As alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINB) pela Lei 13.655/2018, em especial a inclusão do art. 28, não provocaram modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.”

**(Tribunal de Contas da União - TCU. Acórdão 815/2019 – 2ª Câmara – Relator Min. Marcos Bemquerer Costa.) (grifos acrescidos)**

5. Esclareça-se, inicialmente, que a caracterização de erro grosseiro não é tida pelo TCU como requisito para imputação de débito ao gestor, bastando para isso a configuração de mera culpa. Nesse sentido são, por exemplo, os Acórdãos 2.391/2018, 635/2017, 2.781/2016 e 2.420/2015, só para citar alguns do Plenário do TCU. (...)

“Ocorre que, recentemente, evolui esse entendimento, ao defender, no voto condutor do Acórdão 2391/2018-Plenário, que o ‘erro grosseiro’ de que trata o dispositivo supramencionado [art. 28 do Decreto-Lei 4.657, de 4/9/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB) com a redação dada pela Lei 13.655, de 25/4/2018] corresponde à noção de culpa grave. Tal baliza se aplica à atividade sancionatória deste Tribunal, não incidindo sobre a responsabilização por débito, que permanece vinculada à noção de culpa, sem qualquer graduação.” (...)

6. (...) segundo jurisprudência que vêm se consolidando neste Tribunal (Acórdãos 2.860/2018 e 2.391/2018, ambos de Plenário), erro grosseiro seria aquele que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave (...).

**(Tribunal de Contas da União - TCU. Acórdão 2872/2019 – Plenário – Relator Min. Aroldo Cedraz.) (grifos acrescentados)**

12. A **quaestio juris** que sobressai dos autos consiste em perscrutar os diferentes reflexos da conduta culposa e/ou dolosa na responsabilização dos agentes públicos arrolados em processos de controle externo. 13. Esse tema foi recentemente tratado nos autos do TC-007.416/2013-0, em que o Relator, Ministro Benjamin Zymler, interpretou com maestria os dispositivos da novel Lei 13.655/2018, informalmente chamada de “lei da segurança jurídica”. Esse diploma incluiu novos enunciados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). (...) 15. (...) para fins de ressarcimento ao erário, a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada pela presença de “simples culpa stricto sensu”. Ou seja, é desnecessária a caracterização de dolo ou má-fê do agente público, bastando a comprovação de culpa em sentido estrito. Lado outro, para finalidade de aplicação de sanções administrativas, entre as quais as multas, há que se verificar a ocorrência de culpa grave ou dolo do administrador público.

**(Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão 11.762/2018. Min. Relator Marcos Bemquerer Costa. 2ª Câmara).**

Joel Menezes Niebuhr entende que o TCU, ao julgar os agentes públicos com base em seu próprio entendimento e na aplicação mitigada do art. 28 da LINDB, equivoca-se. O administrativista justifica sua conclusão nos seguintes argumentos: primeiro, não obstante o disposto no art. 37, §6º da CR/88, o legislador infraconstitucional não está impedido de disciplinar o assunto e estabelecer balizas e condicionantes para sua aplicação; segundo, se o art. 28 trata da responsabilidade do agente público de forma ampla e sem fazer restrições, não compete ao TCU fazê-lo; terceiro e último argumento, o art. 37, §6º da CR/88 aplica-se às hipóteses de danos causados pelos agentes públicos a terceiros e não à própria Administração Pública (NIEBUHR, 2018).

Observa-se que este terceiro e último argumento permite a aplicação do art. 28 sem qualquer restrição entre as hipóteses de responsabilização-reparação e responsabilização-sanção, refutando uma das críticas feitas ao dispositivo, qual seja, a da sua inconstitucionalidade por suposta violação ao §6º do art. 37 da CR/88.

Na mesma linha argumentativa de Joel Menezes Niebuhr, Luciano Ferraz também aponta esses equívocos no entendimento do TCU ao restringir a aplicação do art. 28 às hipóteses de responsabilização para fins sancionatórios e não para fins reparatórios (FERRAZ, 2018).

Nesse contexto, faz coro à doutrina de Luciano Ferraz e Joel Niebuhr o enunciado nº. 20, produzido pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA sobre as alterações da LINDB, o qual predileciona que:

**“O art.28 da LINDB, para os casos por ele especificados (decisões e opiniões técnicas) disciplinou o §6º do artigo 37 da Constituição, passando a exigir dolo ou erro grosseiro (culpa grave) também para fins da responsabilidade regressiva do agente público.”** (grifos acrescidos)

Portanto, não haveria mais motivos para subsistir a polêmica, embora a distinção entre as hipóteses de responsabilização continue sendo feita pelo TCU.

Importante mencionar, também, que o conceito de erro grosseiro já vinha sendo construído na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, consoante se percebe do acórdão paradigmático proferido nos autos do MS 24.631 (PALMA, ROSILHO, 2021). Referidos autores destacam que as alterações promovidas pela LINDB objetivaram afastar o temor excessivo que circunda o agir administrativo.

E, na mesma seara, privilegiando os preceitos já preconizados pela LINDB, foi editada a Medida Provisória - MP nº. 966, de 13 de maio de 2020, já com a sua vigência encerrada. Embora não tenha sido convertida em lei essa MP é um exemplo da preocupação em solucionar o problema conhecido como “apagão das canetas”.

Editada em contexto global radicalmente afetado pela pandemia de coronavírus, em que as necessidades sociais e estatais foram profundamente alteradas, a MP demonstra a necessidade e a preocupação em se extirpar da realidade pública o medo de agir dos agentes públicos, proporcionando segurança e conforto para a tomada de decisões e destacando que a responsabilização somente seria imposta em casos de dolo e erro grosseiro, para cuja definição foram especificadas as balizas conceituais.

Some-se a isso, conforme mencionam Juliana Bonacorsi de Palma e André Rosilho, que o STF, ao reconhecer a constitucionalidade da MP 966, conseqüentemente acabou por reforçar a constitucionalidade do art. 28 da LINDB. Nesse julgamento a maioria dos ministros reconheceu e mencionou o medo de decidir que rodeia os agentes públicos e o conseqüente “apagão das canetas” (PALMA, ROSILHO, 2021).

Acerca da MP 966/2020 e da previsão de responsabilização dos gestores públicos no contexto da pandemia de coronavírus, Rafael Maffini também destacou que os prejuízos decorrentes da inação causada pelo medo de agir dos agentes públicos seriam muito mais



gravosos do que eventuais erros ou prejuízos causados pelas incertezas decorrentes da pandemia (MAFFINI, 2021).

Também é interessante apontar que, na tentativa de estabelecer critérios para conceituar erro grosseiro, o TCU chegou a utilizar-se do parâmetro do “administrador médio”, considerando erro grosseiro toda conduta que se distanciasse daquela esperada do “administrador médio”.

Mas, por outro lado, o TCU não definiu o que ou quem era o “administrador médio”, o que agravou a insegurança jurídica pré-existente. Alguns acórdãos foram proferidos nesta tentativa:

52. Não tenho dúvidas de que, assim agindo, (...), não desempenharam suas atribuições da forma que seria esperada do administrador médio (...) caracterizando a ocorrência de erro grosseiro a ensejar suas responsabilizações nos termos do art. 28 da Lei 13.655/2018, que trouxe inovações à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). 53. Aliás, a jurisprudência desta Corte vem se inclinando no sentido de considerar que resta configurada a ocorrência de erro grosseiro quando a conduta culposa do agente público distancia-se daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto.

**(Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão 11.762/2018. Min. Relator Augusto Sherman Cavalcanti. 2ª Câmara).**

No acórdão destacado, alguns ministros proferiram declaração de voto à parte<sup>5</sup>, manifestando sua discordância com o balizamento do conceito de erro grosseiro a partir da definição de “administrador médio”, “gestor médio” ou “homem médio” para o Tribunal.

---

<sup>5</sup> Declaração de voto do Ministro Benjamim Zymler: “(...) a jurisprudência desta Corte vem se inclinando no sentido de considerar erro grosseiro a conduta culposa do agente público que se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto. (...) Ocorre que, recentemente, evolui esse entendimento, ao defender, no voto condutor do Acórdão 2391/2018-Plenário, que o “erro grosseiro” de que trata o dispositivo supramencionado corresponde à noção de culpa grave. Tal baliza se aplica à atividade sancionatória deste Tribunal, não incidindo sobre a responsabilização por débito, que permanece vinculada à noção de culpa, sem qualquer graduação.”

Declaração de voto Ministro Bruno Dantas: “(...) Ao refletir sobre esse tema, tenho entendido que o “erro grosseiro” previsto no art. 28 da Lei 13.655/2018 se equivale à “culpa grave”, ou seja, à negligência extrema, imperícia ou imprudência extraordinárias, que só uma pessoa bastante descuidada ou imperita comete. É o erro que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. (...) Na evolução prática e teórica que o tema vem ganhando, podemos considerar que, em termos de gravidade, a conduta enquadrada no chamado “erro grosseiro” situa-se entre a culpa comum e o dolo, razão pela qual não considero o critério do homem médio adequado para solucionar a questão.”

**(Tribunal de Contas da União – TCU. Acórdão 11.762/2018. Min. Relator Augusto Sherman Cavalcanti. 2ª Câmara).** (grifos acrescidos)

Devido à sua alta carga valorativa e à insegurança que lhe era inerente, este parâmetro não prevaleceu, sendo superado pelas balizas estabelecidas no acórdão referênciado mencionado: Acórdão nº. 2.391/2018 – Plenário.

Por fim, é importante citar que o TCU tem proferido alguns acórdãos nos quais considerou erro grosseiro posicionamentos que divergiam de seus julgados ou seus entendimentos predominantes/pacificados<sup>6</sup>. Trata-se do comumente chamado “delito de hermenêutica”, questionado por Juliana Bonacorsi de Palma em artigo intitulado “É erro grosseiro divergir do TCU?”. Vale citar dois elucidativos acórdãos da Corte de Contas:

(...) Decisão de gestor que desconsidera, sem a devida motivação, acórdão do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro para fins de responsabilização perante o Tribunal. Tal conduta revela grave inobservância do dever de cuidado, o que configura culpa grave, motivo suficiente para a responsabilização e para a aplicação de sanção ao gestor.

**(Tribunal de Contas da União - TCU. Acórdão 1941/2019 – Plenário – Relator Min. João Augusto Ribeiro Nardes) (grifos acrescidos)**

19. Deste modo, entendo que a responsabilização jurídica do gestor encontra amparo na jurisprudência do TCU, segundo o qual o parecer jurídico que não esteja fundamentado em razoável interpretação da lei, contenha grave ofensa à ordem pública ou **deixe de considerar jurisprudência pacificada pode**, em tese, ensejar a responsabilização de seu autor, se o ato concorrer para eventual irregularidade praticada pelo gestor que nele se embasou (v.g. Acórdãos do Plenário 336/2008, 2.890/2014 e 615/2020). 20. A respeito, cabe trazer à baila recente manifestação do Supremo Tribunal Federal (Agravo Regimental em Mandado de Segurança 35.196, de 11/11/2019 – Primeira Turma) (...). **(Tribunal de Contas da União - TCU. Acórdão 13.375/2020 – 1ª Câmara – Relator Min. Benajmim Zymler) (grifos acrescidos)**

O delito de hermenêutica foi reforçado após o veto ao §1º do art. 28 do projeto que resultou na Lei nº. 13.655/2018. Nos termos do dispositivo vetado, não caracterizaria erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não

---

<sup>6</sup> De acordo com o Acórdão 1941/2019-P, “decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, acórdão do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro para fins de responsabilização perante o Tribunal”. Para o TCU, portanto, é erro grosseiro ignorar, pura e simplesmente, suas decisões. Mas é errado, contudo, extrair desse julgado, como *ratio decidendi*, que o mero desatendimento de exigências formuladas pelo TCU importaria, necessariamente, em erro grosseiro. Isso porque a “devida motivação”, segundo se depreende da jurisprudência do Tribunal, pode justificar visão distinta da dele.

pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, independentemente de sua aceitação posterior por órgãos de controle ou judiciais.

Tal dispositivo representaria significativo avanço e conquista importante na direção da segurança jurídica para o gestor público e para o agente público, notadamente para os pareceristas jurídicos. Todavia, foi vetado sob o argumento de que a sua manutenção proporcionaria ao gestor discricionariedade para agir segundo sua própria convicção e que, assim, ganharia espaço a insegurança jurídica. Um verdadeiro contrassenso.

Sobre essa questão, o STF proferiu julgamento em matéria penal que é bastante pertinente à discussão ora travada: *“deve-se punir o gestor desonesto e não o gestor que se funda em entendimento técnico, ainda que o órgão de controle pense de forma diversa.”* (Inq 3962, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 20/02/2018, acórdão eletrônico DJe-191. Divulg. 11-09-2018. Public. 12-09-2018).

Em face do cenário exposto, as alterações promovidas na LINDB pela Lei nº. 13.655/2018 são tidas como positivas por Rodrigo Valgas, que defende a necessidade de revisão dos sistemas de controle externo, de forma a torná-lo menos formalista e punitivista, e mais pedagógico, concertado e consensual (VALGAS, 2020). Ao final, conclui:

Nesse contexto, a proteção legal ao agente público a partir da Lei 13.655/2018, apesar de ser um grande avanço, ainda é insuficiente para adequada blindagem por suas decisões ou opiniões técnicas na atividade decisória, especialmente por um problema de mentalidade dos órgãos de controle, que enquanto não modificada, dificilmente ocorrerá de modo equilibrado e consentâneo ao Direito. (VALGAS, 2020)

### 3 CONCLUSÃO

O art. 28 da LINDB, conhecido como cláusula geral do erro administrativo, ao condicionar a responsabilização do agente público às hipóteses de dolo e erro grosseiro, sem impor maiores restrições, trouxe luz à atuação dos agentes públicos. A partir dessa alteração normativa vislumbrou-se, ao menos no campo teórico e doutrinário, a possibilidade de uma atuação com maior segurança jurídica, especialmente sob a ótica do controle estatal.

Essa nova condicionante, aliada às demais alterações da LINDB que exigem a fundamentação das decisões com base em circunstâncias fáticas, obstáculos e dificuldades reais do gestor e nas orientações gerais da época em que praticado o ato sob análise do órgão

controlador, voltam a preconizar valores que são caros à atuação pública atualizada e conectada com a realidade e com as particularidades de cada agente público.

Nesse contexto, o cenário do medo de agir dos agentes públicos, do “apagão das canetas” e da inércia e ineficiência da atuação públicas decorrentes dessa realidade tem condições de melhorar a partir dos novos dispositivos da LINDB, especialmente, a partir da nova dinâmica de responsabilização instituída pelo art. 28.

Não obstante, conforme se percebeu da análise de alguns julgados do TCU, a aplicação prática do art. 28 da LINDB tem sido mitigada por aquela Corte de Contas e aplicada somente às hipóteses de responsabilização-sanção, continuando-se a exigir a culpa em sentido amplo para os casos de responsabilização-reparação, decisões essas que têm sido criticadas por alguns doutrinadores.

Sabe-se que ao longo do período de vigência de uma lei, muito se evolui sobre a sua interpretação e aplicação. É o que se espera que aconteça em relação ao artigo 28 no âmbito dos órgãos controladores externos, especialmente do TCU.

Espera-se que a lei não seja apenas um mero pedaço de papel, como outrora advertia Ferdinand Lassale ao discorrer sobre o conceito sociológico de constituição (aqui aplicável analogicamente). Espera-se que o art. 28, e a LINDB como um todo, seja aplicado em sua plenitude para trazer a tão almejada segurança jurídica ao contexto e ao cotidiano do agente público bem intencionado, sem mitigações, sem restrições, sem pré-conceitos, sem juízos de valor que a impeçam de alcançar o seu real objetivo.

Que o art. 28 traga a luz da teoria para a prática administrativa, iluminando, com a devida segurança jurídica a Administração Pública e a atividade de controle público, propiciando condições para uma atuação segura e sem medo, voltada para a eficiência da atuação pública e para a supremacia do interesse público, em perfeito equilíbrio com o exercício da atividade controladora.

## REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo.** Revista de Direito Administrativo- RDA. Edição Especial. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: FGV, 2018

BRAGA, André de Castro O. P. **Erro grosseiro e TCU: algo mudou?** Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/erro-grosseiro-e-tcu-algo-mudou-15072020> Acesso em 08 ago 2021.

BRAGA, André de Castro O. P. **O Tribunal de Contas da União impõe Obstáculos à inovação no setor público?** In Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade. Organização de Carlos Ari Sundfield e André Rosilho (coletânea de artigos – diversos autores). 1ª edição. São Paulo: 2020. Editora Almedina. P. 365-402.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em [Constituição \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/constituicao) . Acesso em 15 ago 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em [DEL 200 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/del200) . Acesso em 15 ago 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em [Del4657compilado \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/del4657) . acesso em 15 ago 2021.

BRASIL. **Lei 8.429 de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em [L8429 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/l8429) . Acesso em 15 ago 2021.

BRASIL. **Lei 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em [L13655 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/l13655) . Acesso em 15 ago 2021

BRASIL. **Tribunal de Contas da União. Acórdão 2.391/2018, Plenário.** Relator Ministro Benjamim Zymler . Disponível em [Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União \(tcu.gov.br\)](http://www.tcu.gov.br/pesquisa-textual-tribunal-de-contas-da-uniao). Acesso em 15 ago 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 986/2019, Plenário.** Relator Min. Marcos Bemquerer Costa. Disponível em [Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União \(tcu.gov.br\)](http://www.tcu.gov.br/pesquisa-textual-tribunal-de-contas-da-uniao). Acesso em 15 ago 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 815/2019, 2ª Câmara.** Relator Min. Marcos Bemquerer Costa. Disponível em [Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União \(tcu.gov.br\)](http://www.tcu.gov.br/pesquisa-textual-tribunal-de-contas-da-uniao) .Acesso em 15 ago 2021

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2.872/2019, Plenário**. Relator Min. Aroldo Cedraz. Disponível em [Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União \(tcu.gov.br\)](#). Acesso em 15 ago 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 11.762/2018, 2ª Câmara**. Relator Min. Marcos Bemquerer. Disponível em [Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União \(tcu.gov.br\)](#). Acesso em 15 ago 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1941/2019, Plenário**. Relator Min. João Augusto Ribeiro Nardes. Disponível em [Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União \(tcu.gov.br\)](#). Acesso em 15 ago 2021

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 13.375/2020 – 1ª Câmara. Relator Min. Benjamim Zymler. Disponível em [Pesquisa textual | Tribunal de Contas da União \(tcu.gov.br\)](#). Acesso em 15 ago 2021.

CRUZ, Alcir Moreno; BORGES, Mauro. **O artigo 28 da LINDB e a questão do erro grosseiro**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/opinio-artigo-28-lindb-questao-erro-grosseiro>. Acesso em 15/03/2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. E-book. ISBN 978-85-97- 02497-5

CARVALHO, Raquel. **Controle: “muita calma nessa hora” é o primeiro conselho**. Disponível em <http://raquelcarvalho.com.br/2019/05/21/control-e-muita-calma-nessa-hora-e-o-primeiro-conselho/>. Acesso em 16/02/2021.

FERRAZ, Luciano. **Controle e Consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, acordos de leniência, acordos, substitutivos e instrumentos afins)**. 2ª ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FERRAZ, Luciano. **Alteração na Lindb e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos**. Disponível em [Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu](https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu). Acesso em 10/02/2021.

GABRIEL, Yasser. **Responsabilização do gestor de boa-fé no TCU: LINDB não permite responsabilização por erros pelas circunstâncias ou falhas leves eventuais**. Disponível em [Responsabilização-do-gestor-de-boa-fé-no-TCU-JOTA-Info.pdf](#). Acesso em 08 ago 2021.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-control-e>. Acesso em 16/02/2021.

HELLER, Gabriel; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Reparação e Sanção no controle de atos e contratos administrativos: as diferentes formas de responsabilização pelo Tribunal de Contas**. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 279, n. 1, p. 51-77, jan./abr. 2020.

JORDÃO, Eduardo Ferreira. **Por mais realismo no controle da administração pública.** Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/eduardo-ferreira-jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica> . Acesso em 16/02/2021.

JORDÃO, Eduardo; TRISTÃO, Conrado. **O que é erro grosseiro para o TCU?** Disponível em [\\*Jordão Tristão\\_2705.pdf \(sbdp.org.br\)](http://www.sbdp.org.br/jordao_tristao_2705.pdf) . Acesso em 08 ago 2021.

JORDÃO, Eduardo; PEREIRA, Gustavo Leonardo Maia. **O TCU e o risco da autoidealização.** [O-TCU-e-o-risco-da-autoidealização-JOTA-Info.pdf \(sbdp.org.br\)](http://www.sbdp.org.br/O-TCU-e-o-risco-da-autoidealizacao-JOTA-Info.pdf) Acesso em 08 ago 2021.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAFFINI, Rafael. **LINDB, Covid-19 e Sanções Administrativas Aplicáveis a Agentes Públicos** in Revista da Controladoria-Geral da União/CGU. Brasília. Volume 13. Nº 23, Jan-Jun 2021. P. 55-70. Disponível em <http://revista.cgu.gov.br/> . Acesso em 08/08/2021.

MODESTO, Paulo. **O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza.** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiro-administrativo-tempos-incerteza> . Acesso em 15/03/2021.

MODESTO, Paulo. **O Controle Público e o Fetiche da Culpa.** Disponível em [O Controle Público e o Fetiche da Culpa \(direitodoestado.com.br\)](http://www.direitodoestado.com.br/O-Controle-Publico-e-o-Fetiche-da-Culpa) Acesso em 16/02/2021.

NIEBUHR, Joel. **O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU.** Disponível em [Disponível em O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU – Blog da Zênite \(zenite.blog.br\)](http://www.zenite.blog.br/O-Erro-Grosseiro-Analise-critica-do-Acordao-no-2.391-2018-do-TCU) . Acesso em 18/02/2021.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. **Por que o controle da Administração Pública incomoda tanto?** Disponível em [ConJur - Por que o controle da administração pública incomoda tanto?](http://www.conjur.com.br/por-que-o-controle-da-administracao-publica-incomoda-tanto) . Acesso em 16/02/2021.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador.** 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Thomsom Reuters. Brasil, 2020.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; ROSILHO, André. **Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB** In Revista da Controladoria-Geral da União/CGU. Brasília. Volume 13. Nº 23, Jan-Jun 2021. P. 45-54. Disponível em <http://revista.cgu.gov.br/> . Acesso em 08/08/2021

PALMA, Juliana Bonacorsi. **Cabe responsabilização de parecerista que não seguir jurisprudência pacificada do TCU? É ônus do TCU indicar sua jurisprudência pacificada com base em sólida metodologia.** Disponível em [30.12.20-Cabe-responsabilizacao-de-parecerista-que-nao-seguir-jurisprudencia-pacificada-do-TCU\\_JOTA.pdf](http://www.jota.info/opinioe-analise/colunas/controle-publico/e-erro-grosseiro-divergir-do-tcu-jota.pdf) Acesso em 08 ago 2021 .

PALMA, Juliana Bonacorsi. **É erro grosseiro divergir do TCU.** Disponível em <https://www.jota.info/opinioe-analise/colunas/controle-publico/e-erro-grosseiro-divergir-do-tcu-21112019> Acesso em 16 fev 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o “administrador médio” do TCU?** <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em 27/11/2018.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **“Na dúvida, dorme tranquilo quem indefere”, e o Direito Administrativo como caixa de ferramentas.** Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/leonardo-coelho-ribeiro/na-duvida-dorme-tranquilo-quem-indefere-e-o-direito-administrativo-como-caixa-de-ferramentas>. Acesso em 16/02/2021.

RODRIGUES, Camila. **A Competência do TCU para julgar contas de particulares sem a coparticipação de servidores, agentes ou empregados públicos.** Disponível em

ROSILHO, André. **Simplificação do Controle pelo Tribunal de Contas da União.** Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/simplificacao-do-controle-pelo-tribunal-de-contas-da-uniao-06052020> . Acesso em 14/06/2021.

TRISTÃO, Conrado. **TCU: órgão de controle externo ou revisor geral da administração?.** Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/tcu-orgao-de-controle-externo-ou-revisor-geral-da-administracao-14092019> Acesso em 15/03/2021

**Tribunal de Contas da União no Direito e na Realidade.** Organização de Carlos Ari Sundfield e André Rosilho (coletânea de artigos – diversos autores). 1ª edição. São Paulo: 2020. Editora Almedina.

VALGAS, Rodrigo dos Santos. **Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos** [livro eletrônico] 1. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020. 6 Mb; 1 ed. e-book baseada na 1 ed. impressa ISBN 978-65-5614-317-0.