

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito e Ciências do Estado
Programa de Pós-graduação em Direito

Ariane Sherman Morais Vieira

**FUNDAMENTOS DO CONTROLE DO ERRO ADMINISTRATIVO, PELO
TRIBUNAL DE CONTAS, SOB A ÉGIDE DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS
DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)**

Belo Horizonte

2024

Ariane Shermam Morais Vieira

**FUNDAMENTOS DO CONTROLE DO ERRO ADMINISTRATIVO, PELO
TRIBUNAL DE CONTAS, SOB A ÉGIDE DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS
DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias.

Belo Horizonte

2024

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Queiroz - CRB-6/2233.

V657f Vieira, Ariane Shermam Morais Vieira
Fundamentos do controle do erro administrativo, pelo Tribunal de Contas, sob a égide da lei de introdução às normas do direito brasileiro (LINDB) [manuscrito] / Ariane Shermam Morais Vieira. - 2024.

Orientadora: Maria Tereza Fonseca Dias.
Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito administrativo - Teses. 2. Tribunal de Contas da União - Teses. 3. Controle jurisdicional de atos administrativos - Teses. I. Dias, Maria Tereza Fonseca. II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 35.072(81)



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

ATA DA DEFESA DE TESE DA ALUNA ARIANE SHERMAM MORAIS VIEIRA

Realizou-se, no dia 22 de agosto de 2024, às 10:00 horas, no auditório Francisco Luiz da Silva Campos da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de tese, intitulada *FUNDAMENTOS DO CONTROLE DO ERRO ADMINISTRATIVO, PELO TRIBUNAL DE CONTAS, SOB A ÉGIDE DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)*, apresentada por ARIANE SHERMAM MORAIS VIEIRA, número de registro 2020651976, graduada no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em DIREITO, perante à seguinte Comissão Examinadora: Profa. Maria Tereza Fonseca Dias - Orientadora (UFMG), Prof. Eurico Bitencourt Neto (UFMG), Profa. Daniela Mello Coelho Haikal (UFMG), Profa. Juliana Bonacorsi de Palma (FGV - SP), Prof. José Sérgio da Silva Cristovam (Universidade Federal de Santa Catarina).

A Comissão considerou a tese:

(x) Aprovada, tendo obtido a nota: 92 (noventa e dois)

() Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 22 de agosto de 2024.

Documento assinado digitalmente
MARIA TEREZA FONSECA DIAS
Data: 22/08/2024 17:24:06-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Profa. Maria Tereza Fonseca Dias (Doutora) Nota: 92 (noventa e dois)

Documento assinado digitalmente
EURICO BITENCOURT NETO
Data: 23/08/2024 16:05:56-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof. Eurico Bitencourt Neto (Doutor) Nota: 92 (noventa e dois)

Documento assinado digitalmente
DANIELA MELLO COELHO HAIKAL
Data: 24/08/2024 18:43:01-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Profa. Daniela Mello Coelho Haikal (Doutora) Nota: 92 (noventa e dois)

Profa. Juliana Bonacorsi de Palma (Doutora) Nota: 92 (noventa e dois)

Prof. José Sérgio da Silva Cristovam (Doutor) Nota: 92 (noventa e dois)



Documento assinado digitalmente
Jose Sergio da Silva Cristovam
Data: 02/09/2024 10:04:14-0300
CPF: ***.524.840-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

A todas e a todos que, com sua inteligência, trabalho árduo e disposição para a luta tornaram, e tornam, concreto o sonho de um futuro melhor, mais próspero e equânime.

AGRADECIMENTOS

Agradecer nominalmente é tarefa difícil, pois creio, sinceramente, que todas as pessoas contribuem para nossa evolução pessoal, de alguma forma.

Neste momento, contudo, é preciso, sim, nomear aquelas e aqueles que foram importantes na minha trajetória pessoal dentro da Universidade Federal de Minas Gerais, que já conta, nesse instante, dezesseis anos.

Em primeiro lugar, agradeço à minha orientadora, Maria Tereza Fonseca Dias, pela condução segura e serena deste trabalho, que enfrentou altos e baixos, inclusive em meio à pandemia. Professora, você é uma das minhas grandes inspirações profissionais. A você, meu “muito obrigada”.

Agradeço também ao corpo docente da Pós-graduação em direito da UFMG, especialmente, às Professoras e Professores de direito administrativo, que, por meio das trocas de ideias, escritos, palestras e aulas, tanto contribuíram para minha formação como publicista.

Agradeço à Professora Cristiana Fortini, que acreditou em mim, me apoiou e incentivou meu crescimento pessoal e profissional desde os tempos de graduação. Cristiana, a gratidão é imensa. Minha retribuição está na busca por me desenvolver como uma boa pesquisadora e profissional, à altura daquelas que me antecederam.

Agradeço ao Conselheiro Licurgo Mourão, que confiou em meu trabalho e possibilitou importantes oportunidades de desenvolvimento profissional.

Agradeço aos meus colegas e amigos do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, pelas trocas e pela parceria.

Agradeço às minhas amigas e amigos, sem os quais eu não teria chegado até aqui.

À Cibele Silva e à Mariana Bueno, pela convivência diária que tornou meus dias mais leves e alegres e que preenche meu coração do sentimento de pertencimento. Meninas, vocês são inspiração e parceria real, para a vida.

Aos meus colegas da Pós-graduação, desde os tempos de mestrado até os dias atuais, pelas trocas e inspiração mútua.

Aos meus amigos e amigas de longa data, da Vetusta, pela amizade que vence o tempo e pelo companheirismo. Agradeço, em especial, à Déborah, à Ariane, à Camila, à Shayene e à Ana Cláudia: meninas, só tenho a agradecer pela paciência comigo e minhas faltas frequentes. Mesmo com cada uma em um “canto” diferente de

Belo Horizonte, do Brasil e do mundo, nossos encontros e trocas, presenciais ou virtuais, são sinônimo de alegria e de apoio, da confiança de que eu não ando só. Amo vocês!

Aos meus amigos Humberto e Rosana, incentivadores do meu percurso acadêmico e que primeiro me acolheram no mundo profissional.

À Eli (Eliana Bertolino) (*in memoriam*): a saudade é imensa, amiga. Tenho certeza de que você ficaria muito feliz com mais esse passo dado por mim.

À Julinéia, por estar ao meu lado nos momentos leves e nos mais difíceis, como uma presença segura, e por me ajudar a me enxergar e acreditar mais em mim.

À minha família, meu fundamento e minha força.

Aos meus pais, Antônio Roberto e Margaret, por terem me oportunizado a vida e tantas ocasiões para aprendizado.

À Rayane, minha irmã, grande incentivadora dos meus passos, nos altos e baixos do dia a dia, e companheira de jornada. Obrigada por tanto.

Ao Bryan, irmão que a vida me deu: com você, aprendo a ser uma pessoa melhor; mais atenta e mais forte.

Aos meus tios e tias, em nome da Maria Cristina, por torcer, acreditar e apoiar a minha trajetória.

Ao meu tio Marcelo, a quem nenhum agradecimento será suficiente: por ter enxergado e carregado nos braços a menina que fui, cheia de sonhos, e por ter dado a ela a esperança e a segurança de que tudo podia ser melhor. Tio, conviver com você nessa vida é acreditar que alguns encontros são mesmo proporcionados por nossos ancestrais. Obrigada por tudo e por tanto.

Aos meus avós – “seu” Divino, “dona” Ana, vô Lucas e vó Clarice, que já partiram da existência terrena, mas que são presença certa, viva e constante nos meus dias. Sou porque vocês foram e são.

A todas e todos, meu muito obrigada!

“Ninguém testa a profundidade de um rio com ambos os pés.”
(Provérbio africano)

RESUMO

A presente tese tem o objetivo de compreender a natureza jurídica, as características e os efeitos do erro grosseiro, no sentido do que prevê o caput do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), diante da vinculação da administração pública à legalidade e à juridicidade. Esse dispositivo da LINDB estipula que os agentes públicos só responderão pessoalmente por suas decisões e opiniões técnicas em caso de dolo e erro grosseiro. Os seguintes problemas de pesquisa orientaram o desenvolvimento da investigação: como caracterizar o erro administrativo a partir do que prevê o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942)? O erro que não seja grosseiro configura uma ilicitude, uma desconformidade com o ordenamento jurídico, porém não punível, ou se trata de uma espécie jurídica caracterizada pela licitude? Trata-se de espécie normativa inserida na legalidade? O erro administrativo que não seja grosseiro afasta a punição pela ausência do elemento volitivo (culpa ou dolo)? Como compatibilizar a definição do erro com as competências constitucionais sancionadoras do controle externo da administração pública desempenhado pelo Tribunal de Contas da União? A partir do exame da literatura estudada, identificou-se lacuna teórica sobre a natureza jurídica e os pressupostos para identificação do erro administrativo na doutrina pátria. Observou-se que a ausência de estudos mais aprofundados sobre o tema reverbera na jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Nesse cenário, foi realizada pesquisa teórica e empírica, baseada na análise de textos científicos, em especial, de estudos de ramos da dogmática jurídica como direito constitucional e direito administrativo, além da legislação e da jurisprudência relacionada ao tema. A jurisprudência do TCU foi escolhida como objeto de análise em razão da abrangência nacional de sua jurisdição e do volume de dados disponíveis. Buscou-se, a partir da caracterização do erro administrativo, e diante da premissa teórica de que erros que não forem grosseiros não são puníveis, compatibilizá-los com as atribuições sancionadoras do TCU, sobretudo diante do entendimento prevalecente na jurisprudência da Corte de que o artigo 28 não se aplica aos casos que envolvem dano ao erário. O estudo desenvolvido identificou que essa jurisprudência vai de encontro com a posição doutrinária acerca da existência de espaço jurídico de tolerância ou de acomodação de equívocos juridicamente relevantes. Como resultado da investigação, concluiu-se que o erro implica conduta antijurídica, omissiva ou comissiva. Porém, a presença da culpa em grau reduzido, diminui a reprovabilidade da conduta e é capaz de afastar punição e/ou determinação de ressarcimento de dano ao erário, sempre a partir da análise das circunstâncias do caso concreto, com fulcro nas balizas legais. Verificou-se, ainda, que a análise da existência do erro e, sobretudo, de seus efeitos, implica o exercício concreto de margem de autonomia decisória do agente público, a partir de previsão legal abstrata. Em síntese: cogitar da existência e da punibilidade de um erro nos moldes tratados neste trabalho implica, em regra, o reconhecimento do exercício de competência discricionária do agente público.

Palavras-chave: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; erro grosseiro; direito administrativo sancionador; controle externo; Tribunal de Contas da União.

ABSTRACT

The present thesis aims to understand the legal nature, characteristics and effects of the essential mistake, in the sense of the Section n. 28 of the Act of Introduction to the Norms of Brazilian legal system (LINDB), in view of the binding of public administration to legality. This LINDB provision stipulates that authorities and civil servants will only be personally responsible for their decisions and technical opinions in the case of intent and essential mistake. The following research problems guided the development of the investigation: how to characterize the administrative mistake based on the provisions of Section n. 28 of the Act of Introduction to the Norms of Brazilian legal system (Decree-Law n. 4.657/1942)? Does a mistake that is not essential constitute an illegality, a non-compliance with the legal system, but not punishable, or is it a legal species characterized by lawfulness? Is this a normative species included in legality? Does an authority mistake that is not classified as essential remove the punishment due to the absence of the conduct willful element (fault or intent)? How can the definition of mistake be made compatible with the constitutional power to sanction by the external control of public administration carried out by the Federal Court of Auditors? From the examination of the literature studied, a theoretical gap was identified regarding the legal nature and the assumptions for identifying administrative mistake in the Brazilian doctrine. It was observed that the lack of more in-depth studies on the topic reverberates in the jurisprudence of the Federal Court of Auditors. In this scenario, theoretical and empirical research was carried out, based on the analysis of scientific texts, in particular, studies of branches of legal dogmatics such as constitutional law and administrative law, in addition to legislation and jurisprudence related to the topic. The TCU jurisprudence was chosen as the object of analysis due to the national scope of its jurisdiction and the volume of data available. Based on the characterization of the administrative mistake, and given the theoretical premise that mistakes that are not essential are not punishable, the aim was to make them compatible with the sanctioning powers of the TCU, especially given the prevailing understanding in the Court's jurisprudence that the Section n. 28 does not apply to cases involving damage to the treasury. The study identified that this jurisprudence is not in line with the doctrinal position regarding the existence of a legal space for tolerance or accommodation of legally relevant mistakes. As a result of the investigation, it was concluded that the mistake involves illegal, omissive or commissive conduct. However, the presence of fault in a reduced degree reduces the reprehensibility of the conduct and is capable of ruling out punishment and/or determination of compensation for damage to the treasury, always based on the analysis of the circumstances of the specific case, based on legal requirements. It was also found that the analysis of the existence of the mistake and, above all, its effects, implies the concrete exercise of decision-making autonomy by the authority, based on an abstract legal provision. To summarize: considering the existence and punishability of a mistake as discussed in this research implies, as a rule, the recognition of the authority's exercise of discretionary powers.

Keywords: Act of Introduction to the Norms of Brazilian legal system; essential mistake; Administrative Sanctions Law; external control of the Public Administration; Federal Audit Court.

RÉSUMÉ

La présente thèse vise à comprendre la nature juridique, les caractéristiques et les effets de l'erreur essentielle, au sens de la section n. 28 de la Loi d'introduction aux normes du système juridique brésilien (LINDB), en vue de lier l'administration publique à la légalité. Cette disposition de LINDB stipule que les autorités et les fonctionnaires ne seront personnellement responsables de leurs décisions et avis techniques qu'en cas d'intention et d'erreur substantielle. Les problèmes de recherche suivants ont guidé le développement de l'enquête: comment caractériser l'erreur administrative sur la base des dispositions de l'article n. 28 de la loi d'introduction aux normes du système juridique brésilien (décret-loi n. 4.657/1942)? Une erreur non essentielle constitue-t-elle une illégalité, un non-respect de l'ordre juridique, mais non punissable, ou est-ce une espèce juridique caractérisée par la licéité ? Est-ce une espèce normative incluse dans la légalité? Une erreur d'autorité qui n'est pas qualifiée de essentielle supprime-t-elle la sanction en raison de l'absence d'élément volontaire (faute ou intention) du comportement? Comment rendre compatible la définition de l'erreur avec le pouvoir constitutionnel de sanction par le contrôle externe de l'administration publique exercé par la Cour des comptes fédérale? L'examen de la littérature étudiée a révélé une lacune théorique concernant la nature juridique et les hypothèses permettant d'identifier l'erreur administrative dans la doctrine brésilienne. Il a été observé que le manque d'études plus approfondies sur le sujet se répercute dans la jurisprudence de la Cour des comptes fédérale. Dans ce scénario, des recherches théoriques et empiriques ont été réalisées, basées sur l'analyse de textes scientifiques, en particulier des études de branches de la dogmatique juridique telles que le droit constitutionnel et le droit administratif, en plus de la législation et de la jurisprudence liées au sujet. La jurisprudence TCU a été choisie comme objet d'analyse en raison de l'étendue nationale de sa compétence et du volume de données disponibles. Sur la base de la qualification de l'erreur administrative, et compte tenu du postulat théorique selon lequel les erreurs non essentielles ne sont pas punissables, l'objectif était de les rendre compatibles avec les pouvoirs de sanction du TCU, en particulier compte tenu de l'interprétation dominante dans la jurisprudence de la Cour selon laquelle Section n. 28 ne s'applique pas aux cas impliquant des dommages au trésor. L'étude a identifié que cette jurisprudence n'est pas conforme à la position doctrinale concernant l'existence d'un espace juridique pour la tolérance ou l'accommodement des erreurs juridiquement pertinentes. À la suite de l'enquête, il a été conclu que l'erreur impliquait un comportement illégal, omissif ou commissif. Cependant, la présence d'une faute à un degré réduit réduit le caractère répréhensible du comportement et est susceptible d'exclure la sanction et/ou la détermination d'une indemnisation pour le préjudice causé au trésor, toujours sur la base de l'analyse des circonstances du cas concret, basée sur exigences légales. Il a également été constaté que l'analyse de l'existence de l'erreur et, surtout, de ses effets, implique l'exercice concret de l'autonomie décisionnelle de l'autorité, sur la base d'une disposition juridique abstraite. En résumé: considérer l'existence et la sanction d'une erreur telle que discutée dans cette recherche implique, en règle générale, la reconnaissance de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de l'autorité.

Mots clé: Acte d'introduction aux normes du système juridique brésilien; erreur essentielle; Loi sur les sanctions administratives; contrôle externe de l'administration publique; Cour fédérale des comptes.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA	13
1.1	Contexto de problematização.....	13
1.2	Objetivos e justificativas.....	21
1.3.	Desenho metodológico.....	24
1.3.1.	Referenciais teóricos.....	25
1.3.2.	Métodos e técnicas de pesquisa.....	28
1.3.3.	Estrutura do trabalho.....	30
2	ERRO ADMINISTRATIVO: PREMISSAS TEÓRICAS E CONCEITUAIS	32
2.1	Legalidade enquanto princípio basilar da administração pública	32
2.2	Sobre o sentido da vinculação da administração pública à legalidade no direito brasileiro	50
2.3	Sobre o conceito de erro administrativo.....	50
2.3.1	A natureza jurídica do erro e os seus efeitos em diversos ramos do direito	52
2.3.1.1	O erro para o direito civil	52
2.3.1.2	O erro para o direito penal.....	60
2.3.1.3	O erro para o direito administrativo	70
2.4	Erro administrativo, licitude e punibilidade do agente público.....	93
3	ERRO GROSSEIRO NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB).....	101
3.1	Alterações introduzidas na LINDB pela Lei n. 13.655/2018: as motivações explicitadas e as principais críticas	101
3.2	O art. 28 da LINDB na visão do TCU, a partir de estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), e da doutrina	110
4	A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL SANCIONADORA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	124
4.1	Fundamento jurídico constitucional da função sancionadora do Tribunal de Contas da União e pressupostos para seu exercício	124
4.1.1	Imposição de sanção e imputação da obrigação de ressarcimento ao erário: natureza jurídica e consequências	136
4.2	Análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União	140

4.2.1	O artigo 28 da LINDB em face da função constitucional sancionadora do Tribunal de Contas da União: dissonância ou harmonia?	148
4.3	Erro grosseiro na jurisprudência do TCU: síntese	152
4.4	Aprimoramento do controle externo do erro: propostas para o teste de legalidade	154
5	CONCLUSÃO.....	172
	REFERÊNCIAS.....	177

1 INTRODUÇÃO TEÓRICO-METODOLÓGICA

Esta introdução compreende os seguintes tópicos, em ordem sucessiva: contextualização do tema-problema e formulação das perguntas de pesquisa; apresentação dos objetivos e das justificativas para a elaboração do trabalho; enunciação do desenho metodológico, que inclui a exposição dos referenciais teóricos, dos métodos e técnicas de pesquisa e, por fim, da estrutura do trabalho em capítulos.

1.1 Contexto de problematização

Em 25 de abril de 2018, foi promulgada a Lei n. 13.655, que incluiu dez novos artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942), versando sobre “segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”.

Conforme a justificativa anexada ao Projeto de Lei do Senado n. 349/2015, que posteriormente se transformaria na Lei n. 13.655/2018, tal normatização se fez necessária na medida em que a produção de vasta legislação acerca dos diversos aspectos do funcionamento do Estado, bem como sobre os controles internos e externos da atividade pública, teria sido acompanhada por retrocessos em termos de segurança jurídica. De acordo com a exposição de motivos do projeto de lei, “O aumento de regras sobre processos e controle da administração tem provocado aumento da incerteza e da imprevisibilidade [...]” (Brasil, 2015, n. p.). Assim, seria necessária a submissão das atividades de regulamentação e aplicação das leis “a novas balizas interpretativas, processuais e de controle” (Brasil, 2015, n. p.), a serem seguidas, nos termos do projeto, pela administração pública federal, estadual e municipal.

Ao explicitar o fundamento jurídico que ensejou a promulgação da Lei n. 13.655/2018, Floriano de Azevedo Marques Neto destaca a transição da concepção de legalidade estrita para os conceitos de “bloco de legalidade” ou de “juridicidade”, a evocar a pluralidade de fontes normativas no sistema jurídico, bem como o caráter normativo da Constituição (Marques Neto, 2019, p. 7). Uma resultante desse processo de transformação teria sido a “fragilização do conteúdo normativo”, oriunda de “textura

normativa plurissêmica”, impregnada por “termos técnicos” e por “conceitos jurídicos indeterminados de forte conotação axiológica” (Marques Neto, 2019, p. 9).

O diagnóstico feito por Floriano de Azevedo Marques Neto se coaduna, em parte, com as transformações do direito administrativo enunciadas por Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2017, p. 17) como caracterizadoras de novos fenômenos juspolíticos, a saber: a afirmação supraconstitucional dos direitos fundamentais, o pluralismo das fontes normativas, o robustecimento da noção do público não estatal e, principalmente, a compreensão dos princípios como normas jurídicas e, como tais, dotados de efetividade, a conformar o que o autor denomina de “supersistema jurídico axiologicamente orientado”.

Aos fatores que tornam mais complexo o sistema jurídico e o controle da aplicação das normas somam-se, na ordem jurídica brasileira, a multiplicidade de partes legitimadas a concretizar o direito no desempenho da função de controle, abrangendo os órgãos do poder judiciário, entes e órgãos da administração pública – como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) –, além de órgãos de controle interno (controladorias e corregedorias) e externo da administração pública, a exemplo dos tribunais de contas e do ministério público.

Nesse cenário, a inflação normativa aliada à incidência de múltiplos controles sobre a administração pública, os quais teriam sido prestigiados no modelo de Estado concebido pela Constituição da República de 1988 (CR/88), teria resultado na “substituição do administrador público pelo controlador, *destacadamente no exercício de sua atividade-fim*” (Marques Neto, 2019, p. 12, grifos acrescidos).

Diante da miríade de legitimados a exercer o controle sobre a administração pública e da pluralidade de interpretações decorrentes da multiplicidade de controles institucionalizados, as decisões dos administradores públicos teriam se tornado *provisórias*, sujeitas a “sobrestamento” (ou seja, invalidações, responsabilizações, suspensões) pelos órgãos de controle. Tratar-se-ia de uma “cambialidade que gera instabilidade, abala a segurança jurídica, interfere em políticas públicas de longo prazo, arrefece a confiança dos particulares na gestão da coisa pública” (Marques Neto, 2019, p. 13).

No contexto narrado, o objetivo da Lei n. 13.655/2018 teria sido robustecer a segurança jurídica em cenário jurídico e institucional de incerteza e mudanças constantes, de modo a assegurar a estabilidade (perenidade de atos jurídicos e dos

efeitos deles decorrentes), a previsibilidade (evitando-se surpresas e mudanças bruscas de interpretação) e a proporcionalidade (em seu aspecto de razoabilidade e de proporcionalidade em seu sentido estrito) (Marques Neto, 2019, p. 18).

Entre os diversos dispositivos incluídos na LINDB pela Lei n. 13.655/2018 com o objetivo declarado de majorar a segurança jurídica e de garantir a eficiência, sobretudo da atividade controladora, foi editado o artigo 28, cujo *caput* estabelece que o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.¹ Essa previsão legal tem sido interpretada por parte dos estudiosos como uma “cláusula geral do erro administrativo” (Binenbojm; Cyrino, 2018), cuja inserção expressa na ordem jurídica brasileira teria decorrido justamente das novas previsões da Lei de Introdução.

A previsão do *caput* do artigo 28 representaria contraponto à concepção tradicional de que administrar é aplicar a lei de ofício (Fagundes, 2010) e de que caberia aos gestores tão somente, uma vez “vinculados positivamente à lei formal, dar concretude à vontade legislada” (Binenbojm; Cyrino, 2018, p. 204). Sobretudo quando em causa o exercício de competências discricionárias, em cenários fáticos caracterizados por complexidade e incertezas, há que se reconhecer as dificuldades do gestor para decidir aquilo que melhor atenda ao interesse público, em que pesem as previsões normativas que guiam suas atribuições.

Justamente porque o “sonho de vinculação rigorosa à vontade dos representantes do povo reunidos em assembleia mostrou-se simplesmente utópico e até mesmo indesejável” (Binenbojm; Cyrino, 2018, p. 204), passou-se a entender que a lei não é capaz de conter toda a atividade administrativa e que administrar também implica a realização de “funções proativas” como a prestação de serviços públicos, além de abarcar atividades complexas como a regulação de setores econômicos e a tomada de “decisões difíceis” a partir dos espaços lacunosos deixados em aberto pelo legislador (Binenbojm; Cyrino, 2018, p. 204).

¹ Os §§ 1º a 3º do artigo 28 da LINDB (Brasil, 2018b) foram vetados pelo Presidente da República à época, sob o argumento de que criariam insegurança jurídica – caso do §1º, que afastava o erro grosseiro em caso de opinião ou decisão baseadas em doutrina ou jurisprudência não pacificadas – e possíveis ônus financeiros indevidos, especialmente para os entes subnacionais – no caso dos §§2º e 3º, que, em conjunto, previam o apoio da entidade ao qual estava vinculado o agente público que precisasse se defender da acusação de prática de conduta ilícita e o dever de ressarcimento à entidade, pelo agente, caso restasse comprovado, no caso concreto, a efetiva ocorrência de dolo ou erro grosseiro.

Jacques Chevallier (2013), em sintonia com a literatura pátria, afirma que um novo direito – instrumentalizado e posto a serviço da realização de políticas públicas – surgiu com o advento do Estado-providência (Chevallier, 2013, p. 82). Nessa concepção contemporânea, o direito não visaria tão somente a enquadrar comportamentos e a assegurar formalmente a autonomia dos atores sociais, como também a alcançar determinados objetivos e produzir certos efeitos sociais e econômicos, de forma a agir sobre os “equilíbrios sociais”. Tratar-se-ia de nova compreensão da positividade guiada pela lógica da eficácia (Chevallier, 2013, p. 82).

Contudo, ao ser instrumentalizado, o direito teria perdido os atributos clássicos de sistematicidade, generalidade e estabilidade. Chevallier (2013, p. 82) chama atenção para o processo de proliferação anárquica de textos legais e para a cada vez maior especificidade e tecnicidade dos textos normativos. Tais circunstâncias comprometeriam a estabilidade das normas, gerando sua rápida obsolescência, dificuldades interpretativas e de aplicação das leis, além do aumento dos litígios e do contencioso, vez que, na visão do jurista francês, “[...] sempre é possível achar nas práticas administrativas algum elemento de ilegalidade de natureza a justificar um recurso” (Chevallier, 2013, p. 83).

Afinal, utilizado como “técnica operacional de gestão”, o direito teria perdido sua eficácia enquanto instrumento de regulação estatal e a insegurança jurídica teria sido reforçada (Chevallier, 2013, p. 83). Sobretudo, teria passado ao segundo plano o objetivo de limitação do poder que estava na essência da ordem jurídica liberal (Chevallier, 2013, p. 83), razão pela qual dizer que administrar é aplicar a lei de ofício, no atual cenário jurídico, é inviável.

O artigo 28 da LINDB teria surgido com propósito ainda maior: resguardar o gestor que deseja fazer uma boa administração, adotando técnicas, decisões e metodologias inovadoras, mas que tem receio de agir, de exercitar a criatividade benéfica, para não assumir as consequências de eventual erro – como enfrentar processos e possíveis condenações nas diversas esferas de responsabilização.

Segundo Binenbojm e Cyrino (2018, p. 206), “o rigoroso sistema de controles administrativos”, que, apesar da multiplicidade de instâncias, nem sempre é suficiente para coibir casos graves de má gestão e corrupção, acaba tendo o efeito reflexo de dissuadir a ação daqueles gestores que poderiam sugerir mudanças, exatamente por seu apego ao formalismo.

Na perspectiva exposta, a forma de separar o “joio do trigo”, o bom do mau administrador, o administrador inovador, mas que pode, eventualmente, errar, daquele gestor desonesto, é limitar as hipóteses de responsabilização às ações (e omissões) decorrentes de dolo ou erro grosseiro, ou seja, às condutas graves praticadas com a intenção de lesar a administração pública e aos equívocos graves, mas, em princípio, não intencionais, na interpretação dos fatos e normas.

Em outras palavras: o equívoco não pode resultar em inexorável responsabilização; do contrário, haverá tão somente incentivo para que o administrador cumpra ritos e formalidades, sem se preocupar com resultados, em detrimento da eficiência, do agir otimizado que dele é demandado, inclusive por expressa previsão constitucional (Batista Júnior, 2012, p. 176 e p. 182).

Assim, reconhecendo a necessidade de avanço da doutrina e da jurisprudência administrativista na matéria, Gustavo Binenbojm e André Cyrino defendem que “erros que não forem grosseiros deverão ser permitidos” (Binenbojm; Cyrino, 2018, p. 215). Trata-se de visão “declaradamente pragmatista e pressupõe a constante reanálise de prognoses e avaliação das consequências”, com a ressalva de que “a tolerância ao erro não pode significar complacência.

À propósito do pragmatismo, Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2011) revela as três principais características relacionadas ao conceito, a saber: (i) antifundacionalismo, relativo à rejeição de “entidades metafísicas” ou conceitos abstratos, estáticos e definitivos no direito, que sejam imunes às transformações sociais; (ii) contextualismo, o qual requer que a interpretação jurídica seja norteadada por questões práticas e que o direito seja visto como uma prática social; (iii) consequencialismo, segundo o qual as decisões devem ser tomadas a partir de suas consequências práticas, voltando-se para o futuro, sobretudo, e não para o passado (Oliveira, 2011, p. 132).

Nesse contexto, quando se trata de erro, admite-se a falha, mas a desídia, o descuido e más gestões, em geral, merecem enfrentamento. Apenas casos graves poderão ensejar a responsabilização pessoal” (Binenbojm; Cyrino, 2018, p. 214).

Voltando à Lei de Introdução, o problema é que ela se vale de conceitos indeterminados, a começar pelo próprio “erro grosseiro”, o que gera desafios à interpretação não apenas do artigo 28, como também de outros dispositivos que lhe

são correlatos, como o artigo 22, *caput* e §1º, da mesma lei,² segundo o qual as circunstâncias fáticas e jurídicas subjacentes a determinada decisão do gestor deverão ser levadas em consideração quando da interpretação/aplicação do direito, inclusive no que toca à avaliação da regularidade de conduta, ato, contrato e processo administrativo.

As dificuldades interpretativas se expressam, por exemplo, na aplicação que o Tribunal de Contas da União (TCU) vem dando aos dispositivos legais mencionados.

Em relatório de pesquisa cujo objetivo foi a análise do conjunto de decisões do TCU fundamentadas nos novos dispositivos da LINDB desde a publicação da Lei n. 13.655/2018, o Observatório do TCU, grupo de pesquisa vinculado à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, fez a seguinte observação geral sobre os artigos 28 e 22, *caput* e §1º, da LINDB:

Tanto o art. 28 quanto o art. 22, *caput* e §1º, têm relação intrínseca com a aplicação correta dos mecanismos de responsabilização utilizados pelas instâncias de controle, pois visam a evitar a penalização do gestor bem-intencionado, impedindo a responsabilização pessoal por “erro honesto” (FGV, 2021, p. 13).

Entre outras inconsistências derivadas da aplicação dos artigos legais, identificou-se que o conceito de erro grosseiro, no âmbito do TCU, tem sido utilizado menos como parâmetro para avaliação do elemento subjetivo do agente público, no sentido de delimitar com precisão, em cada situação concreta, as circunstâncias que tornam escusável determinado equívoco cometido pelo gestor, e mais como critério para listar, em abstrato, condutas que podem ser objetivamente qualificáveis como erro grosseiro (FGV, 2021, p. 17 e p. 24).

Ao não esclarecer o conceito de erro grosseiro, diferenciando-o de outros conceitos jurídicos indeterminados utilizados para fundamentar, ou afastar, responsabilizações, como “administrador médio” e “culpa grave”, o TCU estaria apenas reiterando o fato de que determinadas condutas violam o ordenamento jurídico, em vez de se concentrar na verificação dos fatores subjetivos que tornariam essa violação aceitável ou não (FGV, 2021, p. 24). Em outras palavras: as decisões

² “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. [...]” (Brasil, 2018b, n. p.).

do TCU têm alimentado uma lista de infrações administrativas, traduzidas em enunciados de jurisprudência, formulada com base na gravidade da conduta praticada ou do dano verificado, com “presunções” do que seria o erro grosseiro (FGV, 2021, p. 24).

Há outra dificuldade, que exacerba uma possível incompatibilidade entre a competência sancionadora do Tribunal de Contas da União e as interpretações, sobretudo doutrinárias, que vem sendo construídas sobre a necessidade de reconhecer um espaço de “acomodação” do erro (Leal, 2021, p. 113), a partir do que prevê o artigo 28 da LINDB. Para o TCU, a caracterização do erro grosseiro *não tem sido* entendida como requisito para imputação de débito ao gestor, bastando, para tanto, a existência de “mera culpa” (FGV, 2021, p. 34).

Da parte do TCU, a interpretação “mitigada” do artigo 28 da LINDB, no sentido de que tal dispositivo não se aplicaria aos casos que envolvem dano ao erário, se relaciona à interpretação conferida ao §6º do art. 37 da Constituição de 1988, qual seja:³ a Constituição não teria fixado qualquer condicionante para estabelecer a responsabilidade do agente que gere dinheiros, bens e valores públicos e que age com dolo ou culpa contra a administração pública.

Em outras palavras, o TCU estaria adotando entendimento que enfraquece o ônus argumentativo imposto pelo artigo 28 da LINDB, já que:

A pesquisa mostra que o Tribunal vem expressamente afastando a necessidade de identificação de erro grosseiro como pressuposto de responsabilização por dano ao erário. Esse entendimento, que vem sendo contestado pela doutrina, restringiu consideravelmente o alcance do art. 28 da LINDB sobre as atividades do TCU, eis que os processos de responsabilização civil conduzidos pelo Tribunal, geralmente sob a forma de tomadas de contas especiais, representam parcela significativa de suas atividades. Além disso, é nos processos de responsabilização civil que o TCU impõe as condenações com maior repercussão financeira. Em 2020, o Tribunal imputou a agentes públicos e privados débitos no valor total de R\$ 5,2 bilhões, no âmbito de processos em que, por força de sua jurisprudência, o TCU estava desobrigado de identificar erro grosseiro. Esse valor representa 60% do valor total das repercussões financeiras (os outros 40% são provenientes da aplicação de multas) (FGV, 2021, p. 34).

³ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (Brasil, 1988, n. p.).

Há que se reconhecer, por outro lado, que a ausência de uma análise mais aprofundada do “erro” se origina de dificuldades que antecedem a aplicação da LINDB pelo TCU.

O conceito de erro administrativo na literatura consultada aponta, embora não se limite, ao descompasso entre a interpretação da realidade fática e das normas jurídicas e o que de fato se apresenta ao agente público, pois o erro é a “desconformidade *não intencional* entre a percepção do administrador público acerca dos motivos que basearam sua atuação e a realidade fática ou jurídica” (Dionisio, 2019, p. 66). Além disso, na perspectiva indicada, se defende que o juízo realizado a respeito do (pretense) erro cometido pelo agente público pode ser, ele próprio, equivocado, já que um agente externo pode considerar de forma errônea que o administrador público compreendeu mal a realidade fática ou jurídica que embasou sua atuação (Dionisio, 2019, p. 66).

Justamente por decorrer de percepção incorreta do agente público que, por definição, ocorreria de maneira honesta e não intencional, a atuação administrativa baseada em um equívoco seria, em regra, *menos danosa* aos valores que integram o sistema jurídico pátrio, em relação aos vícios que envolvem má-fé, como o desvio de poder e a corrupção (Binenbojm; Dionisio, 2021, p. 127).

Erro seria, enfim, a “ignorância que se ignora” ou ignorância negligente dos fatos e dados relevantes que são indevidamente desconsiderados no processo de decisão. O conceito de erro grosseiro, construído a partir de perspectiva dúplice, é o da falsa representação dos fatos ou do direito aplicável, que configura ação ou omissão *lesiva, evitável, antijurídica, grave e indesculpável*; alternativamente, erro grosseiro expressa o grave incumprimento de um dever de diligência exigível (Modesto, 2021, p. 85).

Embora contextos de urgência e incerteza, tais como os vivenciados em meio aos períodos mais críticos da pandemia de Covid-19 no Brasil, nos anos de 2020 e 2021, não autorizem por si sós a dispensa ao cumprimento dos deveres de eficiência e da boa administração, Paulo Modesto, por exemplo, entende que sua ocorrência pode *mitigar* ou até mesmo *elidir a responsabilidade* pessoal do agente público pelo cometimento de erros, se estes forem escusáveis e inevitáveis (Modesto, 2021, p. 87).

Para parcela da doutrina, portanto, certos erros devem ser considerados toleráveis. Mais do que isso, entende-se que fora das hipóteses de atuação dolosa (sic) ou não diligente que acarreta erros grosseiros, conforme dispõe o artigo 28 da

LINDB, “o erro deve ser considerado parte do processo de tomada de decisões complexas” no desempenho da administração pública (Leal, 2021, p. 117).

Nessa perspectiva, apenas em circunstâncias excepcionais o administrador público poderia ser pessoalmente responsabilizado, havendo que se reconhecer a existência de uma *cláusula geral do erro* administrativo, capaz de conduzir a maiores níveis de deferência, ainda que não absolutos, por parte dos controladores (Leal, 2021, p. 117-118). Em resumo, “Essa necessidade de tolerância ao erro se torna indispensável em contextos decisórios marcados por risco ou incerteza radical, que não podem ser descartados por uma teoria pragmática do direito administrativo” (Leal, 2021, p. 115-116).

Diante de todo o exposto, vistas as diferentes interpretações da doutrina para o erro grosseiro e o entendimento atual do TCU, formulam-se os seguintes problemas de pesquisa: como caracterizar o erro administrativo a partir do que prevê o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942)? O erro que não seja grosseiro configura uma ilicitude, uma desconformidade com o ordenamento jurídico, porém não punível, ou se trata de uma espécie jurídica caracterizada pela licitude? Trata-se de espécie normativa inserida na legalidade? O erro administrativo que não seja grosseiro afasta a punição pela ausência do elemento volitivo (culpa ou dolo)? Como compatibilizar a definição do erro com as competências constitucionais sancionadoras do controle externo da administração pública desempenhadas pelo Tribunal de Contas da União?

1.2 Objetivos e justificativas

O objetivo geral da pesquisa nesta tese, diante de todo o exposto, é o de caracterizar o erro administrativo a partir do que prevê o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e identificar como compatibilizá-lo com as competências constitucionais sancionadoras desempenhadas pelo Tribunal de Contas da União.

Para tanto, foram formulados os seguintes objetivos específicos:

a) Compreender e explicitar a natureza jurídica do “erro”, a partir da previsão contida no artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com enfoque sobre os pressupostos para sua identificação;

a.1) Ainda no que concerne à caracterização do erro administrativo, buscar responder se a intencionalidade é, ou não, elemento que o define; em que medida o erro se diferencia de outras violações ao sistema normativo, como, por exemplo, o desvio de finalidade e a improbidade administrativa; com base em quais normas legais, entendimentos doutrinários e interpretações dos órgãos de controle externo na aplicação das leis de direito administrativo se pode afirmar, com a maior segurança possível, que se está diante do cometimento de um erro pelo administrador público e não de outra desconformidade face ao sistema jurídico;

b) A partir da definição sobre o que é o erro, compreender e explicitar as premissas e os limites normativos para traçar as consequências quando constatada sua ocorrência, tais como a aplicação de sanções ao responsável e a imputação da obrigação de ressarcimento do dano ao erário eventualmente apurado, considerando-se, nesse aspecto, o que dizem as previsões constitucionais acerca das competências sancionadoras do Tribunal de Contas da União e as interpretações construídas sobre a matéria pelo próprio órgão de controle externo;

c) Analisar a jurisprudência do Tribunal de Contas da União para compreender o significado que a Corte tem dado à expressão “erro grosseiro” e como ela se relaciona com a noção de culpa, com o objetivo de determinar a possibilidade, ou não, de responsabilização do agente público;

d) Com base em todo o estudo desenvolvido, propor parâmetros, preferencialmente utilizados em etapas sucessivas, a fim de conferir sistematicidade ao tema do controle do erro administrativo, com vistas à preservação da segurança jurídica, da eficiência e da efetividade no exercício da competência sancionadora do Tribunal de Contas da União, considerando-se ainda os prováveis benefícios no aprimoramento da própria administração pública.

Justifica-se o desenvolvimento desta tese, em virtude do fato de que a previsão do *caput* do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (Decreto-Lei n. 4.657/1942), introduzida pela Lei n. 13.655/2018,⁴ tem sido interpretada como “cláusula geral do erro administrativo”, a acomodar as recentes tendências pragmáticas e consequencialistas do direito público, limitando a responsabilização do agente público às hipóteses de cometimento de erro grave, inescusável e evidente e às condutas cometidas com dolo (Binenbojm; Cyrino, 2018).

⁴ “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (Brasil, 2018b, n. p.).

Chega-se a afirmar a existência de um “direito ao erro” do administrador público (Dionisio, 2019), o qual estaria fundado no reconhecimento de um “espaço de tolerância” calcado, em especial, na ausência de culpa em sentido amplo nas hipóteses de cometimento de erro inevitável, assim como no caráter subjetivo da responsabilidade civil e administrativa. Nesse sentido: “O gestor que incorre em erro inevitável que foi motivo essencial de sua atuação tem excluído o elemento subjetivo, necessário à sua responsabilidade pessoal” (Dionisio, 2019, p. 110).

Independentemente da perspectiva teórica adotada, fato é que a defesa de um espaço jurídico para a acomodação de erros dos administradores públicos sem que isso implique em sua responsabilização pessoal fora dos casos de dolo ou erro grosseiro (Leal, 2021, p. 113) aponta para questões antecedentes não solucionadas, sobre as quais a doutrina pesquisada diverge, e que justificam a realização de pesquisa teórica, pois ora o erro administrativo é espécie normativa abarcada pela legalidade, ora entendido como escusa à punibilidade incidente sobre o elemento subjetivo da conduta desconforme ao sistema jurídico.

A necessidade de estudo aprofundado sobre o tema é reforçada pela compreensão de que, no direito administrativo brasileiro, há ainda pouca literatura específica sobre o conceito, as espécies, as implicações jurídicas e os parâmetros que devem orientar o controle do erro, ao contrário de outros ramos da dogmática jurídica, como o direito civil e o direito penal, que possuem densa e antiga teorização a respeito do assunto (Binenbojm; Dionisio, 2021, p. 111). Os mesmos autores apontam, a propósito, que a carência de estudos sobre o erro no Brasil destoa de países com semelhante tradição jurídica, como Portugal, Espanha, Itália e França, onde há robusta produção teórica sobre o erro cometido por agentes públicos e suas consequências (Binenbojm; Dionisio, 2021, p. 111).

Fato é que a ausência de teorias sobre o erro administrativo e suas implicações, somada à indeterminação dos conceitos presentes na legislação brasileira reverbera sobre os órgãos aplicadores das leis de direito administrativo, sobretudo, como se deseja enfatizar, no Tribunal de Contas da União.

Quanto à atuação do TCU, talvez o principal ponto que mereça atenção seja o da possível incompatibilidade entre as competências constitucionais sancionadoras do órgão e as interpretações que têm sido construídas pela doutrina acerca do controle do erro administrativo, o que justifica a realização dessa pesquisa: segundo o órgão de controle externo, o artigo 28 não se aplicaria quando o caso envolve dano

ao erário. Essa interpretação mitigaria consideravelmente o alcance do dispositivo legal, ao desconsiderar, segundo a doutrina, o espaço jurídico aberto para acomodação do erro, espaço esse que implica a não produção das consequências normativas usuais, a partir da constatação do equívoco juridicamente relevante, que são a punição e a responsabilização do agente pelo ressarcimento de prejuízo ao erário eventualmente constatado.

Para além da discussão sobre o erro administrativo, que se pode dizer mais recente, afirma-se que esta pesquisa igualmente se justifica na medida em que demanda a retomada e compreensão do percurso teórico e da evolução jurisprudencial sobre categorias, conceitos e teorias jurídicas tradicionais no direito administrativo. De acordo com Raquel Carvalho (2019), por exemplo, recentemente houve o distanciamento das concepções estritas de legalidade, que deu espaço à necessidade de reconstruir o significado da norma jurídica em cada situação específica em que ela é aplicada; uma forma de afastar interpretações rígidas e fixas. Também se destaca, nessa perspectiva, a realização da ponderação normativa, com o uso da proporcionalidade como técnica de solução de conflitos normativos em casos de difícil resolução, em atenção constante à realidade normativa. Dessa forma:

O problema diante desse contexto, evidenciado de forma maximizada pela LINDB, é que considerar os fatos, os elementos concretos da realidade a que a norma se destina, não é tarefa fácil, nem mesmo habitualmente estudada pelos especialistas jurídicos. Trata-se de uma mudança significativa de paradigma e, mais grave, uma transformação que ainda não tem os seus próprios parâmetros definidos, com segurança, pela Ciência. Ainda não se tem definido como e em que medida cogitar das mazelas da Administração, as quais variam desde a falta de tempo para o exercício das tarefas mais basilares ao número insuficiente de servidores, passando pelo desperdício, malversação, corrupção e omissão dos próprios administradores e dos particulares que se relacionam com o Estado. *Até que ponto cada uma dessas possibilidades, presente em dada realidade, é capaz de definir algo como caracterizador de ilicitude ou dela excludente, ainda não se sabe* (Carvalho, 2019, n. p., grifos acrescidos).

Por todo o exposto, reafirma-se a importância de estudar o erro com profundidade, de modo a compreender, sobretudo, como se relaciona com a legalidade e quais são os efeitos e implicações que decorrem de sua ocorrência em nosso sistema jurídico.

1.3. Desenho metodológico

Neste tópico, apresentam-se os referenciais teóricos, os métodos e técnicas de pesquisa utilizados, assim como a estrutura do trabalho, por meio da enunciação do conteúdo dos capítulos da tese.

1.3.1. Referenciais teóricos

A propósito dos aspectos teóricos e metodológicos, é preciso destacar, inicialmente, que a defesa teórica, a partir de argumentos pragmáticos, da existência de um direito dos administradores públicos ao erro ou de uma cláusula geral do erro administrativo, está calcada na pertinente leitura de um movimento de mudanças econômicas e sociais (Bauman, 2001); do Estado e do direito como um todo (Chevallier, 2013), e do direito administrativo em especial (Medauar, 2017). Velocidade e complexidade são elementos-chave do momento contemporâneo.

Considera-se relevante para a pesquisa, nesse cenário, o entendimento de Eberhard Schmidt-Assmann (2013, p. 212), segundo quem o poder executivo não é mero executor de normas do parlamento controlado pelo poder judiciário: sua efetiva autonomia, assim como a dos demais poderes, contribui em si mesma para a racionalidade do sistema de distribuição de funções previsto constitucionalmente. Não há, portanto, administração totalmente vinculada, nem totalmente livre, mas, sim, uma administração dirigida por lei, com variados graus de vinculação a esta. Justamente por isso, o autor prega a superação da ideia exclusiva de uma administração hierarquizada cuja função seria a de mera executora das normas legais (Schmidt-Assmann, 2003, p. 214).

Especificamente quanto ao erro, adota-se o entendimento de Gustavo Binenbojm e Pedro de Hollanda Dionisio (2021, p. 115 e 117), segundo quem tal figura jurídica, que pode incidir tanto sobre situação de fato quanto sobre normas jurídicas que sejam evocadas como pressupostos para a atuação administrativa, constitui-se na *desconformidade não intencional* entre a percepção do agente público sobre os motivos que basearam sua atuação e a realidade fática ou jurídica. Para os autores, haverá erro “sempre que, *de maneira acidental*, as razões utilizadas pelo agente como base para a atuação administrativa não corresponderem à realidade” (Binenbojm; Dionisio, 2021, p. 114, grifos acrescentados).

Dá-se destaque ao elemento subjetivo, pois, “Por definição, é essencial para a configuração do erro que a má avaliação dos motivos não seja intencional”

(Binenbojm; Dionisio, 2021, p. 115). Nessa linha de raciocínio, o equívoco “pressupõe a ausência de dolo ou malícia daquele que nele incorre, ou seja, sua boa-fé subjetiva. A incoerência entre a realidade e a sua projeção psicológica por parte do agente público deve ser necessariamente acidental, ainda que decorrente de culpa” (Binenbojm; Dionisio, 2021, p. 115, grifos acrescidos).

A proposta de “reconhecimento de um espaço jurídico de acomodação do erro do gestor público” (Leal, 2021, p. 130) e de afastamento da possibilidade de responsabilização do agente público no caso da ocorrência de “erros inevitáveis” (Binenbojm; Dionisio, 2021), por exemplo, indica tensão a ser solucionada entre o erro e a legalidade (ou, para alguns, juridicidade).⁵

Portanto, investigar a natureza do erro requer considerar os conceitos de legalidade (ou juridicidade), em especial, em Rocha (1994) e Otero (2017); o estudo sobre princípios de direito e interpretação jurídica, em, por exemplo, Ávila (2005) e Garcia (2019); assim como estudos acerca de capacidades institucionais e deferência do controlador – vide Ribeiro (2010) e Arguelhes e Leal (2011), além de obras que tratem da teoria das nulidades no direito administrativo – em especial, Zancaner (2008).

Formula-se, como hipótese, que o erro permanece sendo uma desconformidade com a ordem jurídica, sujeitado a controle (Binenbojm; Dionisio, 2021), porém, não gera como consequência necessária a penalização ou a responsabilização pessoal daquele que lhe deu causa, uma vez que apenas desconformidades graves geram tal consequência.

Nessa perspectiva, (i) ainda que estejam em causa duas das principais competências do Tribunal de Contas da União, a saber, aquelas previstas no artigo 71, inciso VIII e §3º da Constituição de 1988 (impor multa e débito), e (ii) mesmo diante da atual interpretação do aludido órgão de controle externo no sentido de que o artigo 28 não se aplica aos casos que envolvam dano ao erário, defende-se que não devem incidir as penalizações e nem mesmo a responsabilização pessoal pela restituição do dano ao erário eventualmente apurado, uma vez constatada a ocorrência de erro que não seja grosseiro, isto é, erro simples, aquele que se insere no espaço de “acomodação” sugerido pela doutrina.

⁵ Vide, a propósito da juridicidade, os estudos de Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994) e de Paulo Otero (2017).

Por outro lado, admitindo-se que a segurança jurídica de que trata a LINDB modificada atende, preponderantemente, aos interesses do gestor público, podendo gerar, eventualmente, decisões públicas conflitantes e perda da racionalidade decisória, recorre-se à lição de Raquel Carvalho (2019), segundo quem os atos violadores de princípios constitucionais, regra geral, *não estão sujeitos à validação*, independentemente das justificativas exaradas. Assim, continua sendo inaceitável, “justificar por meio de lei que remete a expressões desprovidas de conteúdo semântico preciso, condutas próprias de atos nulos ou inexistentes” (Carvalho, 2019, n. p.). Com efeito, entende-se que a observância aos princípios constitucionais que regem a administração pública não pode ser afastada em um contexto prático desfavorável. É preciso ponderar sempre, portanto, de modo que não “[...] exurjam hipóteses de irresponsabilidade administrativa pela prática de ilícitos ou de convalidação de atos nulos ou inexistentes” (Carvalho, 2019, n. p.).

Os referenciais teóricos ora destacados contribuíram para o exame do exercício, pelos tribunais de contas, de competências que podem resultar na penalização e na responsabilização pessoal dos agentes públicos pelo ressarcimento de dano ao erário, em face do disposto pelo art. 71, inciso VIII e §3º, da Constituição de 1988. Busca-se elucidar em que medida os argumentos pragmáticos/consequencialistas podem ser compatibilizados com os deveres, sobretudo os de natureza constitucional, dos órgãos de controle, no sentido de assegurar a aderência de agentes públicos no geral, e dos gestores públicos em especial, à principiologia que rege o direito administrativo, a qual se expressa, sobretudo, no *caput* do art. 37 da Constituição da República de 1988.

Em última análise, busca-se verificar se a orientação pragmática/consequencialista que embasa a Lei n. 13.655/2018 pode fundamentar, no limite, a indevida leniência com os maus gestores públicos, comprometendo, assim, a realização dos direitos fundamentais, os quais, lembre-se, cabe não só à administração pública, como também aos tribunais de contas resguardar. Há que se lembrar que segurança jurídica é concebida não só como dever do Estado de se abster de violar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, como também um dever de satisfazer a confiança depositada na atividade estatal continuamente voltada à proteção das expectativas legítimas e dos direitos fundamentais dos cidadãos (Martins-Costa, 2004, p. 116).

1.3.2. Métodos e técnicas de pesquisa

A pesquisa que se propõe pertence à vertente jurídico-dogmática, que desenvolve investigações com vistas à compreensão das relações normativas nos vários campos do direito e à avaliação de estruturas internas ao ordenamento jurídico, embora não esteja limitada ao campo de tais relações, que devem também ser “[...] pensadas de forma externa, vital, no mundo dos valores e relações da vida.” (Gustin; Dias; Nicácio, 2020, p. 65).

Esta pesquisa segue prioritariamente o tipo jurídico compreensivo (ou jurídico interpretativo), pois, a partir da previsão do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pretende dele extrair interpretação condizente com o sistema jurídico-constitucional de controle dos atos administrativos e de responsabilização dos agentes que os praticam, passando pela definição teórica sobre o que é o erro e sobre quais os pressupostos fático-jurídicos para a responsabilização pessoal dos agentes públicos em face da sua presença. Concomitantemente, busca-se compreender se, e de que forma, as previsões constitucionais acerca da competência do Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, se harmonizam com as (relativamente) novas regras da LINDB, no sentido de resguardar a eficácia e a efetividade do controle, de evitar a “irresponsabilidade administrativa” e, ao mesmo tempo, garantir a segurança e a eficiência da atuação controladora, que, entende-se, também beneficia a administração pública.

Por outro lado, afirma-se que se trata de pesquisa teórica, baseada sobretudo na análise de estudos doutrinários, da legislação e da jurisprudência. Os dados e informações coletados servem ao propósito de compreender a natureza jurídica do erro, a partir do que prevê o artigo 28 da LINDB, sua relação com a legalidade, bem como à seleção de possíveis subsídios que auxiliem na harmonização entre a competências constitucionais desempenhadas pelo Tribunal de Contas da União e as previsões infralegais.

A pesquisa foi realizada por meio da utilização de fontes indiretas, além de fontes diretas. Quanto às fontes diretas, será feito o exame de dados primários, principalmente de legislação e de jurisprudência, e de dados secundários, principalmente de estudos doutrinários de ramos diversos da dogmática do direito, no que concerne ao estudo do tema do erro, de sua natureza e de seus efeitos, em especial, o direito constitucional e, principalmente, o direito administrativo.

Pretende-se, ademais, realizar pesquisa de natureza qualitativa, em que decisões do Tribunal de Contas da União proferidas a partir de 25 de abril de 2018 serão estudadas a fim de auxiliar na elucidação sobre o que é o erro de que tratam os administrativistas que advogam o direito a cometê-lo. A escolha desse órgão de controle externo como objeto de pesquisa decorre de sua relevância e posição privilegiada no cenário do controle da administração pública: trata-se do maior tribunal de contas do país, em termos de abrangência territorial da jurisdição (quando se considera, também, que estados e municípios devem ser fiscalizados quando aplicam recursos federais) e no tocante ao volume de recursos avaliados.

Serão adotados os seguintes critérios de seleção dos acórdãos do TCU que tratam do erro grosseiro previsto no caput do art. 28 da LINDB: considerando que a Lei n. 13.655/2018, que alterou a LINDB, entrou em vigor há mais de seis anos, tendo sido promulgada em 25 de abril de 2018, e que, para o período de 2018 a 2020, utilizamos como referencial a pesquisa realizada pelo Observatório do TCU, decidimos, nesta tese, priorizar a avaliação dos acórdãos do TCU proferidos a partir do ano de 2021. Para tanto, decidimos nos concentrar na pesquisa de jurisprudência selecionada, no sítio eletrônico de busca de acórdãos do Tribunal de Contas da União. A jurisprudência selecionada constitui-se numa página que retorna, a partir de específicos critérios de pesquisa, os enunciados que retratam os entendimentos firmados em decisões do Tribunal de Contas da União. Embora tais enunciados não configurem resumos oficiais das decisões do TCU, eles apontam as teses recorrentes do Tribunal sobre determinado tema, as quais constam da parte dispositiva dos acórdãos.

Assim, no sítio eletrônico específico de busca pela jurisprudência selecionada (Brasil, 2024a), inserimos os seguintes critérios de busca: erro grosseiro art. 28. Demos destaque às decisões proferidas a partir do ano de 2021.

Com os critérios de pesquisa anteriormente expostos, identificamos 27 (vinte e sete) enunciados do TCU, no campo jurisprudência selecionada, que contêm as expressões “erro grosseiro” e “art. 28”. Os enunciados de jurisprudência e as decisões que os originaram serão objeto de análise neste trabalho.

Trata-se, por fim, de pesquisa que observa o tipo jurídico-propositivo, o qual se destina ao “questionamento de uma norma, de um conceito ou de um instituto jurídico, com o objetivo de propor mudanças ou reformas legislativas concretas” (Gustin; Dias; Nicácio, 2020, p. 87). Com efeito, parte-se da previsão do *caput* do artigo 28 da LINDB,

bem como da doutrina administrativista, para traçar pressupostos seguros para o controle do erro administrativo, seja ele grosseiro, ou não.

1.3.3. Estrutura do trabalho

Após esta Introdução, no Capítulo 2, inicialmente, identifica-se a legalidade como princípio basilar do regime jurídico-administrativo, tratando de sua dimensão formal e material, bem como de sua ampliação para abarcar o que, na atualidade, a doutrina administrativista denomina de princípio da juridicidade.

Posteriormente, no Capítulo 2, passa-se a investigar a natureza jurídica do erro administrativo, dentro do contexto da ampliação da legalidade administrativa. Parte-se do exame do significado do erro no direito civil e no direito penal, ramos do direito comumente citados pelos administrativistas como inspirações para o delineamento da noção de erro para o direito administrativo.

Ainda no Capítulo 2, dedica-se ao exame do significado do erro para o direito administrativo. Recuperam-se aspectos históricos do regime jurídico-administrativo, ressaltando a dicotomia dinâmica ente regime de direito público e de direito privado. Na sequência, conecta-se o erro administrativo à desconformidade com o sistema jurídico, fixando-o como objeto de estudo do direito administrativo sancionador. Destaca-se, ainda, a relação do erro administrativo com a temática da responsabilização pessoal de agentes públicos pela infração ao ordenamento jurídico.

O Capítulo 3 resgata a historicidade da LINDB; examina a jurisprudência do TCU, inicialmente, a partir do estudo produzido pelos pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas (FGV), e investiga os conceitos da doutrina administrativista para o erro grosseiro, a partir do que dispõe a Lei de Introdução modificada pela Lei n. 13.655/2018.

No Capítulo 4, dedica-se ao estudo da competência sancionadora do Tribunal de Contas da União, que é exercida em conjunto com uma série de outras competências autônomas atribuídas ao referido órgão. Sustenta-se que a competência sancionadora possui natureza punitiva e se distingue, em essência, da competência reintegradora, que visa à recomposição do patrimônio público, constituindo dívida e responsabilidade civil.

Também no Capítulo 4, a partir do estudo dos enunciados da jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre erro grosseiro, busca-se identificar como o órgão

de controle externo qualifica a responsabilidade do agente público, a partir do exercício das competências sancionadora e reintegradora. Opõe-se ao entendimento ora prevalecente no TCU, sustentando a posição, validada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de que é possível ao legislador ordinário limitar as hipóteses de responsabilização pessoal do agente público pela infração à ordem jurídica, desde que tal restrição não fira a Constituição.

No Capítulo 4 realça-se, por fim, que o principal propósito dos novos artigos da LINDB foi o de romper em definitivo com a possibilidade de responsabilização objetiva dos agentes públicos dentro de um movimento de consagração e aperfeiçoamento do direito administrativo sancionador. Propõe-se, ademais, com base em literatura de referência, método de controle do desempenho das competências administrativas, denominado de testes de legalidade, que pressupõe a processualização do agir como base da administração pública contemporânea. Defende-se que o método de controle proposto, que busca a solução de questionamentos por etapas, visa não só à instrumentalização do órgão de controle externo, para o exercício mais seguro de suas competências, como também dos administradores públicos e agentes públicos em geral, visando ao aperfeiçoamento do exercício de suas atribuições constitucionais e legais.

O Capítulo 5 conclui a tese, retomando de forma sintética seus principais achados, conclusões e propostas.

2 ERRO ADMINISTRATIVO: PREMISSAS TEÓRICAS E CONCEITUAIS

Neste trabalho, parte-se da premissa de que, para examinar o erro administrativo e, a partir dele, explorar e compreender o sentido da vinculação do agente público à legalidade, é necessário analisar, previamente, qual o significado da legalidade administrativa no regime jurídico-constitucional vigente.

Por essa razão, a seção 2.1 deste Capítulo dedica-se a explorar as transformações do sentido da legalidade, o alargamento de seu conteúdo e a sua feição normativa atual.

2.1 Legalidade enquanto princípio basilar da administração pública

A expressão regime jurídico-administrativo designa o conjunto de normas, regras e princípios, que norteiam e fundamentam o desempenho da função administrativa, revelam seus vetores axiológicos e constituem seu fundamento de validade.

Cabe destacar, de antemão, que a principal característica do direito administrativo depois de 1988 é sua constitucionalização, termo aqui empregado para indicar o fenômeno, relativamente recente na história do constitucionalismo brasileiro, de expansão das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico passa a irradiar, com força normativa, para todo o ordenamento jurídico (Barroso, 2012, p. 32). Trata-se do fenômeno normativo a partir do qual “[...] os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional” (Barroso, 2012, p. 32).

O estudo e a interpretação do direito administrativo no vigente sistema jurídico brasileiro não podem prescindir, portanto, de sua base constitucional, que tem como um de seus principais fundamentos a dignidade da pessoa humana⁶ e se norteia pela

⁶ “Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a *dignidade da pessoa humana*; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (Brasil, 1988, n. p., grifos acrescidos).

centralidade dos direitos e das garantias fundamentais.⁷ A partir dessa orientação é que se deve interpretar a lição clássica de que o conteúdo do regime jurídico-administrativo se erige a partir de dois grandes pilares, quais sejam: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos (Bandeira de Mello, 2019).

Quanto à supremacia e às prerrogativas públicas que dela derivam, é necessário destacar, desde já, que *não* autorizam o exercício de poderes, pela administração, com a mesma autonomia e liberdade com que atuam os particulares no exercício de seus direitos (Bandeira de Mello, 2019, p. 72). Trata-se, muito mais, da expressão de uma função, a função administrativa, que investe seus titulares dos *poderes instrumentais* destinados a satisfazer as finalidades públicas, verdadeiros “deveres-poderes” em interesse alheio. Assim, para o autor:

Quem exerce “função administrativa” está adscrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos *Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido*. Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder –, as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres poderes”, pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para *o aspecto subordinado do poder em relação ao dever*, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações (Bandeira de Mello, 2019, p. 72-73, grifos acrescidos).

Posicionar e interpretar os preceitos fundamentais do direito administrativo dentro das fronteiras do Estado Democrático é de fundamental importância, pois, a partir dos pilares da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos, derivam todos os demais princípios do regime-jurídico administrativo, entre eles, o da legalidade.

Não é demais rememorar, na perspectiva das considerações anteriores, que o reconhecimento do “princípio da supremacia do interesse público” condiz com a ascensão do modelo de Estado Social e Democrático de Direito, no âmbito do qual se outorgou ao poder público a função de promover, sobretudo, a igualdade material e a

⁷ “Art. 5º, *caput* - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (Brasil, 1988, n. p.).

justiça social, inclusive intervindo, quando necessário, nas relações entre os particulares (Hachem, 2011, p. 372).

A partir do contexto explicitado, funda-se o paradigma que admite postura mais ativa da administração, com a exigência de que o Estado adote medidas destinadas à efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente aqueles de caráter social e econômico, de forma a assegurar condições minimamente dignas de existência (Hachem, 2011, p. 371-372).

A ideia de dever-poder, no cenário narrado, se relaciona com admissão da ingerência do poder público no âmbito privado a fim de, principalmente, resguardar os direitos fundamentais de cunho social das camadas mais necessitadas da população. Como explica Daniel Wunder Hachem, o conceito de interesse público se amplia para englobar os interesses específicos dos setores da sociedade que mais carecem da tutela estatal (Hachem, 2011, p. 372).⁸ Por essa razão, emerge a possibilidade, e ainda a necessidade, de limitar direitos e liberdades fundamentais de cunho individual quando o seu exercício desmedido puder prejudicar os interesses da coletividade considerados mais relevantes em dado contexto. Dessa forma:

O Estado passa a impor restrições a esses direitos, como nos casos da propriedade, que é condicionada ao cumprimento de uma função social, da autonomia privada, que é relativizada por princípios como a boa fé e a função social dos contratos, da liberdade econômica, que é restringida em nome da proteção do meio ambiente, entre tantos outros. *Com isso o interesse público afasta-se de uma perspectiva individualista, voltada somente à defesa das liberdades negativas dos cidadãos.* Ele assume um perfil solidário, incorporando as necessidades gerais da coletividade e os interesses dos grupos hipossuficientes, que reclamam uma atuação estatal no âmbito

⁸ O professor José Sérgio da Silva Cristóvam concebe um conceito bidimensional de interesse público. Nessa perspectiva, abrem-se duas vertentes. A primeira engloba “um conceito mais aberto e ampliativo, que pode ser reconduzido a uma dimensão político-axiológica do interesse público (sentido amplo)” (Cristóvam, 2018, p. 285). Nesse caso, o conceito de interesse público se justapõe ao de princípios e valores constitucionais que fundamentam o Estado Democrático de Direito, tais como “igualdade, liberdade, equidade, segurança, democracia e justiça”, os quais são veiculados de forma expressa ou implícita pelos direitos e garantias fundamentais (Cristóvam, 2018, p. 286). Na perspectiva ampla, é possível, inclusive, que o interesse público se confunda com determinado interesse individual, no caso concreto, vinculando-se a esse último de forma estrutural (Cristóvam, 2018, p. 286). Nessa vertente, deve-se estar atento para impedir que a administração se utilize do interesse público para agir de forma autoritária, sobretudo em sociedade como a brasileira “[...] ainda classista, excludente e politicamente apática” (Cristóvam, 2018, p. 288). Por outro lado, a perspectiva restritiva do conceito de interesse público, vincula-o ao “conjunto de interesses coletivos e sociais estabelecidos pela ordem normativa constitucional, conjugados em favor da comunidade política e não apenas de um ou outro cidadão individualmente considerado” (Cristóvam, 2018, p. 288-289). Esses interesses públicos são concretizados pelo intérprete mediante ponderação. Nesse caso, avulta a possível contradição entre interesses públicos (coletivos) e interesses privados (individuais). Portanto, é preciso estabilizar o conjunto normativo (constitucional e infraconstitucional) mediante a ponderação de interesses e “[...] não a partir de qualquer parâmetro apriorístico e autoritário de prevalência abstrata do interesse público sobre o privado” (Cristóvam, 2018, p. 289).

privado para reequilibrar juridicamente as relações desiguais. Em virtude dessa necessidade, os sistemas jurídicos passam a prever uma série de ferramentas destinadas a condicionar o exercício dos direitos e liberdades individuais em prol dos interesses da coletividade, estabelecendo, com isso, uma prevalência do interesse público sobre o interesse privado (Hachem, 2011, p. 372, grifos acrescidos).

Portanto, o pilar da supremacia se afigura como legítimo vetor de normas do regime jurídico-administrativo, de base constitucional, na exata medida em que legitima juridicamente as previsões normativas que outorgam ao Estado poderes instrumentais destinados à consecução do interesse público. Cuidam-se de poderes e prerrogativas que, em princípio, não encontram paralelo no regime jurídico de direito privado e que, revestidos da finalidade pública que fundamenta seu exercício e dotados de contornos concretos pelo direito positivo, *não devem*, nunca, ser invocados como supedâneo para a prática de atos antijurídicos (Hachem, 2011, p. 390-391).

Feitas estas considerações introdutórias, volta-se a atenção ao que dispõe o *caput* do artigo 37 da Constituição da República de 1988, que elenca os princípios regentes da administração pública, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.⁹

Aos princípios regentes elencados no *caput* do artigo 37 juntam-se os demais princípios constitucionais expressos ou implícitos incidentes, de modo específico ou não, sobre a administração pública, além dos princípios previstos em normas infraconstitucionais, divididos por setores ou âmbitos de atuação do poder público, a exemplo daqueles previstos no *caput* do artigo 2º da Lei n. 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo)¹⁰ e no artigo 5º da Lei n. 14.133/2021 (Lei Geral de Licitações e Contratos).¹¹

⁹ “Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]” (Brasil, 1988, n. p.).

¹⁰ “Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (Brasil, 1999, n. p.).

¹¹ “Art. 5º - Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)” (Brasil, 2021a, n. p.).

A importância do princípio da legalidade para a administração pública, historicamente, se liga ao fato de que ele qualifica e dá identidade ao próprio Estado de Direito. Como explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente ele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria (Bandeira de Mello, 2019, p. 102-103, grifos no original).

Nessa perspectiva, a legalidade se constitui como o princípio basilar do regime-jurídico administrativo, evocando a concepção de que o direito administrativo nasce com o próprio Estado de Direito, no século XIX. Consagra-se, dessa maneira, a ideia de que a administração só pode ser exercida na conformidade da lei.

O conteúdo do princípio da legalidade, na perspectiva clássica de controle e cerceamento do poder, remonta à noção de *dever-poder* abordada quando se destacou o pilar da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Celso Antônio Bandeira de Mello veicula lição a esse respeito quando pontua que:

O princípio da legalidade contrapõe-se, [...] visceralmente, a quaisquer tendências de exacerbação personalista dos governantes. Opõe-se a todas as formas de poder autoritário, desde o absolutista, contra o qual irrompeu, até as manifestações caudilhescas ou messiânicas típicas dos países subdesenvolvidos. O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*. Nesta última se consagra a radical subversão do anterior esquema de poder assentado na relação soberano-súdito (submisso) (Bandeira de Mello, 2019, p. 103, grifos no original).

Portanto, *legalidade* no sistema constitucional só pode remontar à noção de que todo poder emana do povo. Em outras palavras: os cidadãos são os detentores do poder, enquanto os governantes nada mais são do que representantes da sociedade, como estabelece, inclusive, o parágrafo único do artigo 1º da Constituição de 1988.¹²

É de se destacar, por outro lado, que a concepção clássica de legalidade, muito ligada à noção de Estado Liberal, sofreu modificações ao longo do tempo, tanto quanto se transformaram o Estado e a própria administração pública.

¹² “Art. 1º, Parágrafo único - Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” (Brasil, 1988, n. p.).

O que se falou anteriormente acerca da relação entre a noção de supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a emergência de uma concepção de Estado ativo e provedor repercute sobre o princípio da legalidade.

Destaque-se desde já que a legalidade não necessariamente perdeu seus contornos clássicos (de fundamento de validade e de cerceamento do poder),¹³ mas passou a incorporar outras finalidades.

Jacques Chevallier (2013) discorre sobre como o advento do chamado Estado providência não só modificou profundamente o equilíbrio das sociedades liberais como também provocou a erosão dos fundamentos tradicionais sobre os quais estava assentada a teoria do Estado de Direito. Sobretudo em fins do século XIX e início do século XX, houve significativa expansão do direito baseada na paulatina substituição de um Estado garantidor de liberdades e de direitos subjetivos em face do poder, limitando-o, para um Estado intervencionista e ativamente empenhado na concretização de direitos amplamente exigíveis pela sociedade, os chamados “direitos sociais” (Chevallier, 2013, p. 80-81).¹⁴

¹³ Ao apontar as ambivalências da legalidade, a partir de uma teoria crítica, Eros Grau (2008) discorre que: “A imposição de restrições efetivas ao poder, que o princípio da legalidade enseja, permitindo ao indivíduo defender-se do arbítrio do Estado [...] é um bem humano incondicional [...]. Embora o direito opere a mediação das relações de classe, tal qual são travadas no bojo de cada sociedade, é certo e fora de dúvida que prospera no sentido de prover os destituídos de poderes de defesas que inexisteriam em um quadro que o poder fosse exercitado sem as peias da lei. [...] a legalidade é também a possibilidade [...] ‘da efetivação dos direitos e garantias individuais: não ser arbitrariamente preso nem condenado, não ser torturado, não ter a casa invadida a qualquer hora da noite.’; daí a observação, de Antoine Jeammaud (1984/90), de que ‘a dominação através do direito apresenta uma especificidade que, pensando bem, faz dela um modo de dominação preferível a qualquer outro’ – que eu completaria afirmando que o nosso drama está em que a legalidade e o procedimento legal resultam, inúmeras vezes, perversos e violentos, funcionando como as nossas derradeiras defesas, contudo, contra a perversidade e a violência. As alternativas, diante das quais nos colocamos não permitem senão uma opção: a que privilegia o Estado de Direito, em oposição ao privilégio do Estado autoritário” (Grau, 2008, p. 168-169).

¹⁴ Decerto, as transformações do Estado não cessaram com a emergência de um estado intervencionista. Porém, o fenômeno da expansão do direito pode ser entendido como um de seus legados permanentes. A propósito dessas modificações, veja-se em Eurico Bitencourt Neto (2017b) que: “O Estado transformado implica, necessariamente, em transformações na Administração Pública, até porque em boa medida as razões das mudanças são encontradas no plano administrativo. A diluição de alguns dos dogmas do Estado moderno produz importantes transformações na Administração Pública do Estado de Direito democrático e social, sob ponto de vista orgânico e sob o aspecto funcional. Assim é que o *perfil de Administração prestadora ou constitutiva*, que se consolidou em meados do século XX, em especial na Europa continental, perdeu força nas últimas décadas daquele século e *vem sendo substituída, ou ao menos passa a conviver cada vez mais, também entre nós, por uma Administração reguladora ou de garantia*. É acertado dizer que tais transformações têm ocorrido na esteira de um processo de liberalização e de retração do aparato prestador do Estado, transferindo a execução de boa parte das tarefas públicas aos particulares. [...] . Não obstante, não se pode, no atual quadro das vigentes Constituições que consagram o modelo de Estado de Direito democrático e social, como é o caso da brasileira de 1988, concluir pela adoção de uma Administração neoliberal. É preciso reafirmar que, nos quadros normativos da Constituição de 1988, assim como das diversas Constituições europeias de mesma matriz axiológica, ‘a socialidade é, ainda hoje, uma

Da expansão do Estado decorreram a expansão do Direito e, conseqüentemente, da própria noção de legalidade, incrementando a tensão entre os amplos e diversificados interesses públicos e os interesses privados, no seguinte sentido:

[...] não há mais, na fase do Estado providência, “espaço privado” salvaguardado, “sociedade civil” preservada de suas ingerências; o Estado é levado a se intrometer nas relações sociais de toda natureza, sem se deixar deter por um princípio de liberdade do comércio e da indústria, que se tornou, com o passar dos anos, uma concha vazia. Dotado de uma função de *regulação social global*, o Estado se torna insensivelmente tutor da sociedade: é ao mesmo tempo o garantidor do desenvolvimento coletivo e o protetor de cada um; e a aspiração cada vez mais, de segurança, conduz à implementação de dispositivos de intervenção, sempre mais numerosos e diversificados, cobrindo todos os aspectos da existência individual (Chevallier, 2013, p. 81, grifos acrescidos).

Sem adentrar, neste momento, na discussão sobre as repercussões negativas dessa expansão do direito – como a inflação normativa e a perda de eficácia –, é possível defender, na mesma linha que o faz Jacques Chevallier (2013), que novo direito emergiu com o Estado providência: um direito intervencionista e instrumentalizado para a realização de políticas públicas (Chevallier, 2013, p. 82). Nas palavras do autor:

Todas essas mutações mostram que o direito, no estágio do Estado providência, se tornou, antes de tudo, uma técnica operacional de gestão; e essa instrumentalização, que o priva da aura que o rodeava, faz passar para o segundo plano o objetivo de limitação do poder que estava na essência da ordem jurídica liberal (Chevallier, 2013, p. 83).¹⁵

dimensão intrínseca da estatalidade’. Afirmada a permanência do Estado social, é preciso reconhecer que novos desafios de nosso tempo impõem uma reconfiguração da Administração Pública para concretizar os seus objetivos” (Bitencourt Neto, 2017b, p. 208-209, grifos acrescidos).

¹⁵ Em tom mais crítico, Eros Grau (2008) observa que: “A dupla instrumentalidade do direito engendra uma falsa imagem de crise. Instrumento de implementação de políticas públicas, o direito já não regula exclusivamente situações estruturais, passando a ordenar situações conjunturais. Neste momento perece a concepção da lei como norma abstrata e geral, que garante e assegura a calculabilidade e a previsibilidade. O direito torna-se contingente e variável. A ‘lei’, texto normativo produzido pelo Legislativo, não pode mais ser tomada como categoria absoluta: é necessário, mais do que nunca, distinguir entre lei em sentido formal e lei em sentido material. Interpenetram-se os campos de atuação do Executivo e do Legislativo: aquele, a exercer, amplamente, função normativa; este, a produzir lei-medida. A lei tradicionalmente desenvolvida da “separação de poderes” perde todo o seu sentido. A definição dos fins das políticas públicas implementadas é enunciada em normas jurídicas – normas-objeto – que passam a determinar os processos de interpretação do direito. A inflação normativa, hipertrofia da regulação normativa, coloca sob comprometimento não apenas a segurança das relações jurídicas, mas a própria consistência do princípio segundo o qual *ignorantia legis neminem excusat*. E, na medida em que o direito do modo de produção capitalista apresenta como uma de suas notas características a publicidade, o princípio funciona como autêntica *chave de abóbada* do sistema. No momento em que desnudamos a realidade, parando de fingir que a lei (= o direito) é conhecida de

Portanto, exsurge nova concepção de Estado de Direito e também de legalidade: para além da positivação formal de liberdades e direitos subjetivos individuais em face do Estado, consagra-se a positivação de princípios e valores que conferem substância e materialidade à ordem jurídica, reverberando em elenco de direitos fundamentais exigíveis e acompanhados de mecanismos de proteção apropriados.

Para Odete Medauar (2017), que se vale das contribuições das doutrinas francesa e espanhola, muito em razão das repercussões da Segunda Guerra Mundial, ocorreu a transmutação para um Estado cada vez mais impregnado de valores, em oposição à concepção tradicional essencialmente formalista (Medauar, 2017, p. 117). Preencheu-se o direito estatal de conteúdo substantivo inspirado em critérios materiais de justiça, traduzido em direitos fundamentais aos quais cabe ao Estado resguardar e realizar, ao lado de preceitos como o da segurança jurídica e da proporcionalidade (Medauar, 2017, p. 117).

De fato, para Chevallier (2013), ao lado da segurança jurídica, que reclama o adequado acesso dos cidadãos ao direito e o incremento da qualidade da produção jurídica, com vistas a mitigar a instabilidade provocada pela proliferação de normas, os *direitos fundamentais*, inscritos em textos jurídicos de valor superior ao das demais normas de um dado sistema, constituem o verdadeiro pedestal que sustenta, na atualidade, o Estado de Direito (Chevallier, 2013, p. 84-87).

A seu turno, e de uma outra perspectiva, Medauar (2013) argumenta que a criticada inflação normativa apontada como efeito negativo da expansão do Estado, de suas atribuições e dos direitos que cabe a ele realizar ativamente, resulta muito mais da arraigada concepção de que a mera edição de normas é capaz de solucionar os problemas sociais e de regular a economia, uma cega “crença no direito”. Para a autora:

Essa crença é usada, muitas vezes, no chamado espetáculo político: editam-se preceitos sem o intuito de concretizá-los, mas para atenuar tensões ou para cunhar imagem positiva da autoridade pública, sobretudo na tentativa de expressar governabilidade. Como é evidente, boa parte das normas permanece sem efetividade, ou propositadamente ou por insuficiência de meios de execução. Daí a perda da confiança no sistema jurídico, o difícil conhecimento dos textos legais, as inobservâncias toleradas e os “circuitos

todos, nesse momento o sistema ruirá... Vivemos, como se vê, uma farsa...” (Grau, 2008, p. 185-186, grifos no original).

de derivação”, ou seja, a busca por soluções e entendimentos fora do direito e do sistema jurídico. Ou, então, a explosão dos litígios judiciais, na busca por segurança mediante decisões do Poder Judiciário (Medauar, 2017, p. 119).

Nesse sentido, embora Chevallier (2013), arrole como pilares do novo Estado a segurança jurídica e os direitos fundamentais, nem o próprio autor, nem Odete Medauar (2017), ignoram a realidade prática da “desarticulação normativa”, que remonta à dificuldade de se pensar na existência de normas verdadeiramente gerais, impessoais, hierarquizadas e harmônicas. Na sua visão: “Hoje vigora a realidade da babel de textos especiais, destinados a atender a situações de momento, sem articulação, e alterados a toda hora. Surge certa descrença nas normas e insegurança jurídica” (Medauar, 2017, p. 119).

Nem tudo está perdido, contudo: como se disse anteriormente, a transição entre os modelos de Estado não sepultou por completo os paradigmas vigentes em cada modelo pretérito. Quer-se dizer com isso que o direito hoje instrumentalizado como ferramenta de gestão e de realização de políticas públicas também funciona como parâmetro de controle e cerceamento do eventual exercício desmedido do poder. A esse respeito, Odete Medauar (2017) faz menção à exigência específica, calcada em normas constitucionais, de efetivamente ouvir interessados, individual ou coletivamente organizados, como medida antecedente à tomada de decisões pela administração; uma forma de impedir que as decisões sejam sempre unilaterais (Medauar, 2017, p. 120).

Além disso, ainda com base nos ensinamentos de Medauar (2017), defende-se que a aspiração a normas gerais, impessoais e estáveis se transferiu do direito infraconstitucional para a Constituição, pois: à Lei Maior, sobretudo, cumpre acolher as expectativas de generalidade, estabilidade, segurança jurídica e efetividade dos direitos (Medauar, 2017, p. 120). Nessa perspectiva, a Constituição passa a ocupar, ainda que idealmente, o lugar de *núcleo* estável em meio à circundante inflação e mutabilidade das normas, funcionando como “articuladora dos textos dispersos e constante memória dos valores primordiais do ordenamento” (Medauar, 2017, p. 120). Vale destacar que desse movimento emergiu a crescente importância do controle de constitucionalidade das leis e demais atos estatais, com a criação e/ou fortalecimento das cortes constitucionais nos países europeus da tradição romano-germânica (França, Espanha e Alemanha, em especial) e no próprio Brasil.

De todas as considerações precedentes, a proclamada crise do Estado de Direito e, conseqüentemente, da legalidade em seus moldes tradicionais (no sentido liberal), não soterrou as concepções clássicas, atualizou-as. A dessacralização e limitação do poder, sobretudo por meio da submissão das autoridades ao direito, tanto quantos os cidadãos comuns, continua atual e indispensável à proteção dos indivíduos e organizações contra o arbítrio. Como conclui Chevallier (2013):

[...] o Estado de Direito aparece nas sociedades contemporâneas como uma limitação axiológica que comanda toda e qualquer legitimidade política. [Na atualidade] é pelo direito que a ordem de mercado é considerada como podendo ser garantida, a autonomia das instituições sociais, assegurada, e as liberdades individuais, protegidas; então, o Estado de Direito pode aparecer como condensando e cristalizando o novo jogo de crenças que rodeiam o Estado, e hoje, tudo é considerado a ele referente (Chevallier, 2013, p. 98-99).

Diante da feição atual do Estado de Direito (Democrático), nos moldes anteriormente expostos, o conteúdo da legalidade constitui princípio constitucional basilar da administração pública na ordem jurídica brasileira.

Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012), o princípio da legalidade na ordem jurídica brasileira comporta diversas amplitudes, abrindo, assim, maior ou menor espaço, a depender do caso, para a discricionariedade.

Pondera a autora, inicialmente, que *legalidade* e *reserva de lei* não são sinônimos, dessa forma, não se exige que, para cada ato administrativo, cada decisão, cada medida adotada pelo poder público exista norma legal previamente editada e que vincule a autoridade em todos os aspectos de sua conduta (Di Pietro, 2012, p. 54).

Para Di Pietro (2012), a legalidade admite que o legislador normatize de forma mais genérica a atuação administrativa, abrindo margem para a discricionariedade; no caso da reserva de lei, exige-se normatização legal mais detalhada, com pouca ou nenhuma margem, em tese, para o exercício da discricionariedade administrativa. Neste último caso, é que se falaria em *legalidade estrita*, pois, por previsão constitucional, reserva-se a normatização legal de uma dada matéria à competência exclusiva do legislador (Di Pietro, 2012, p. 54).

Na ordem constitucional brasileira, o princípio da legalidade está previsto não só no *caput* do artigo 37 da Constituição de 1988 – local em que, destaque-se, não há definição quanto ao seu conteúdo –, como também no inciso II do artigo 5º, também

da Constituição da República.¹⁶ Neste último dispositivo, como destaca Di Pietro (2012), veicula-se um conteúdo muito preciso: a administração não pode impor obrigações ou proibições *sem* fundamento legal. Nas palavras da autora:

[...] os atos que impliquem restrições ao exercício de direitos têm que ter previsão em lei formal ou em atos normativos que tenham a mesma força de lei, como a medida provisória. *Aí a legalidade é estrita* (Di Pietro, 2012, p. 55, grifos acrescidos).

A partir da perspectiva exposta, é possível classificar a legalidade a partir de dois grandes sentidos: o amplo e o restrito, sendo que o primeiro sentido (o amplo) pode ser visualizado com um significado residual em relação ao segundo.

Explica-se: legalidade estrita se relaciona às hipóteses em que se impõem restrições ao exercício dos direitos individuais ou coletivos em relação àquelas matérias que constituem reserva de lei, em razão de previsão constitucional (Di Pietro, 2012, p. 59).

A legalidade em sentido amplo, por sua vez, abarca os atos normativos editados pelo poder executivo e demais órgãos e entes que exerçam função administrativa quando *não há reserva de lei* pelo teor da matéria regulada, ou seja, de modo geral, quando não esteja em causa a inovação na ordem jurídica, por meio da criação de direitos ou da imposição de obrigações sem fundamento em lei prévia (Di Pietro, 2012, p. 59).

Contudo, há outros sentidos em que pode ser apreendido o princípio da legalidade.

A noção jurídica de legalidade emergiu para se contrapor ao arbítrio da vontade pessoal do monarca, impondo-se, ainda que de maneira ideal, a segurança da disposição impessoal e abstrata da lei sobre a arbitrariedade da volição do titular do poder. Daí que, tradicionalmente, já a partir da formação do Estado de Direito, na sua feição liberal, a legalidade se revelava na submissão da administração à lei.

Submetia-se, assim, o poder executivo ao legislativo, em perspectiva garantista e de busca pela segurança e certeza jurídica (Medauar, 2017, p. 166).

¹⁶ “Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Brasil, 1988, n. p.).

Em razão dessa concepção originária, nasceu a ideia de que a administração seria mera executora das leis,¹⁷ cumprindo-lhe, diante da ocorrência de determinada hipótese de fato, aplicar a correspondente norma de direito, isto é, a consequência jurídica previamente fixada em lei; o encaixar do fato da vida a um molde pré-determinado, enfim, se trata de visão essencialmente mecanicista da administração (Medauar, 2017, p. 167).

Para além da discussão sobre se essa visão mecânica da atuação administrativa algum dia se realizou de fato, a concepção de legalidade como mera subsunção da administração às normas editadas pelo parlamento engessa o atuar administrativo. Por isso mesmo, sofreu profundas modificações provocadas pelas transformações do Estado e da própria sociedade. Diante de um cenário mutável e em constante atualização, restringir a administração por meio desta concepção estrita de legalidade significava impedi-la de encontrar soluções adequadas ante as aceleradas mudanças sociais (Medauar, 2017, p. 168).

Tornou-se imperativo conferir nova fisionomia à legalidade, sem que isso implique suprimir as concepções clássicas ou tradicionais. Afinal, o surgimento de novas noções não significa, necessariamente, o descarte de paradigmas teóricos pretéritos.

Uma das formas de atualizar a concepção, apontada por Odete Medauar (2017), em tom de crítica, está na compreensão de que o “vínculo de legalidade”, na contemporaneidade, pode se revelar tão somente na atribuição de competências e na distribuição dos correlatos poderes sem, contudo, indicar de forma minuciosa o modo de exercício ou mesmo as finalidades a serem atingidas. Nessa conjuntura, o vínculo de legalidade pode se expressar na expedição de recomendações, diretrizes ou objetivos amplos, utilizando-se de termos vagos que atraem para esse modo de legislar denominações como *soft law*, *droit flou* (direito fluido) ou *droit doux* (direito suave) (Medauar, 2017, p. 168).

¹⁷ Leia-se, a propósito, em Seabra Fagundes (2010), que: “Constitui um delicado problema doutrinário fixar para cada uma destas [função administrativa e função jurisdicional] o conceito específico, pois que ambas, se prendendo à fase de realização do direito, identificam-se como *funções de execução*. Assim, faz-se necessário estabelecer o feitiço peculiar da interferência de cada uma delas nos fenômenos executivos. [...] Lei, como preceituação geral que é, tem em vista situações abstratamente consideradas, fazendo-se preciso acomodá-la às situações individuais. Isso se dá por um trabalho de individualização, por meio do qual ela se torna praticamente efetiva, alcançando as diversas situações particulares compreendidas na generalidade do seu enunciado. Esses fenômenos que lhe sucedem, tendendo a concretizar a vontade nela expressa, são, normal e primariamente, o objeto da função administrativa” (Seabra Fagundes, 2010, p. 7, grifos acrescidos).

Uma das preocupações que emerge da compreensão da legalidade, ao menos abstratamente, se relaciona à maior dificuldade para o exercício do controle sobre a atividade administrativa baseada nesse tipo de normatização, face à sua amplitude e vagueza.

Nesse cenário, mais uma vez, o trabalho vale-se do ensinamento de Medauar (2017), que destaca, do ponto de vista teórico, a relevância da *processualização* do agir administrativo e das garantias de natureza processual, tais como direito de participação, direito de acesso a documento e direito ao contraditório,¹⁸ como forma de assegurar a participação dos cidadãos nos processos decisórios, de respeitar seus direitos, e de opor limites à atuação da administração, sobretudo quando a conduta desta está baseada em lastro normativo vago ou fluido (Medauar, 2017, p. 169).

Outro aspecto relevante da concepção clássica de legalidade administrativa, que, junto da visão da administração como mera executora das leis, foi atualizado e expandido, está no entendimento tradicional de que legalidade corresponderia à observância da lei votada pelo parlamento.

Medauar (2017) apresenta uma série de fatores que contribuíram para a expansão do sentido de legalidade, a significar algo mais do que o cumprimento das leis editadas pelo parlamento. Inicia-se com a crescente relevância, na história recente, do poder executivo face ao legislativo. Passa-se a reconhecer a paulatina perda de primazia deste último, concomitantemente ao recrudescimento da função normativa desempenhada pelo Executivo,¹⁹ seja como autor de projetos de lei, como

¹⁸ Direitos que, no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, encontram-se assegurados em dispositivos tais como os incisos XXXIV, LIV e LV do artigo 5º da Constituição da República de 1988.

¹⁹ A respeito desse fenômeno, Paulo Otero (2017), ao desenvolver considerações em vista, sobretudo, da ordem jurídico-constitucional portuguesa, explicita que: “O entendimento tradicional do princípio da precedência da lei ou, também dito, reserva vertical de lei, enquanto manifestação integrante do princípio da legalidade, faz depender o exercício da actividade administrativa da existência de um prévio e anterior acto legislativo [...] a ausência de uma norma anterior do legislador habilitante da intervenção decisória da Administração Pública, subvertendo a natureza politicamente subordinada e juridicamente executiva do poder administrativo em relação ao poder legislativo, reconduz-se sempre a uma questão de invalidade. Sucede, no entanto, que, nos últimos anos, esta configuração do princípio da precedência de lei ou reserva vertical de lei, formulada nos quadros clássicos do equilíbrio político subjacente ao Estado liberal oitocentista, tem sido contestada, reconhecendo-se a existência de regulamentos independentes diretamente fundados na Constituição e, neste sentido, afirmando-se um princípio constitucional de tipicidade da exigência de reserva de lei: excluídos os casos de reserva de lei expressamente previstos na Constituição, *a Administração Pública poderá agir com fundamento directo no texto constitucional*. Uma tal substituição da lei pela Constituição como fundamento directo e imediato do agir administrativo sobre determinadas matérias, dispensando a exigência de uma prévia e anterior mediação legislativa, manifestando a ideia de uma osmose entre a Constituição e a lei que transforma aquela em norma habilitante do exercício da actividade administrativa, permite abrir o caminho a uma ‘legalidade sem lei’. Encontra-se aqui exposta, por conseguinte, uma via de rotura do mito da onipotência da lei face à Administração Pública e da consequente menoridade ou inferioridade da Constituição perante a lei no âmbito da função administrativa: em vez da eficácia operativa das

legislador delegado, como legislador direto – no caso clássico das medidas provisórias –, como produtor de decretos, portarias, circulares, entre outros atos infralegais. Tais atos normativos, não raro, afetam direitos, embora a doutrina clássica do direito administrativo rejeite essa possibilidade (Medauar, 2017, p. 170).

Outro fator de mudança, da maior importância, está no crescente reconhecimento das múltiplas fontes do direito administrativo, não mais se restringindo a legalidade à observância da lei deliberada nas casas legislativas. Com base em estudiosos do direito administrativo do Brasil, da Itália e de Portugal, Medauar (2017) utiliza a expressão “bloco de legalidade” para expressar a concepção atual de legalidade, que abarca variadas fontes normativas para o direito administrativo, de diversas hierarquias e origens, inclusive supranacional. Fala-se até mesmo, nessa perspectiva de ampliação das fontes normativas, na substituição da expressão “princípio da legalidade” por “princípio da juridicidade” (Medauar, 2017, p. 170).²⁰ Como sintetiza Luís Roberto Barroso (2012):

Supera-se, aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuta-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem (Barroso, 2012, p. 50).

normas constitucionais estar sempre dependente da lei na sua vinculatividade para a Administração Pública, tal como se encontra subjacente ao pensamento liberal oitocentista, *a lei deixou de ter hoje o monopólio habilitante da actividade administrativa, registrando-se que a aplicação da Constituição à Administração Pública e pela Administração Pública não exige necessariamente a mediação legislativa*” (Otero, 2017, p. 734-735, grifos acrescidos).

²⁰ No contexto denominado de “crise do legalismo”, passa-se a considerar outras fontes como “criadoras do Direito”, para além da lei em sentido formal, não sendo mais o caso de “elegibilidade, mas da necessidade outorgada pelas intercorrências da Pós-Modernidade” (Cunha; Teixeira, 2022, p. 96). Do legalismo estrito, passa-se ao pluralismo jurídico, caracterizado pela multiplicidade de fontes. Essa mudança em curso apresenta desafios, sobretudo à administração, afinal: “A tradicional ideia de heterovinculação administrativa (secundária) a uma legalidade definida por um legislador que lhe é estranho (porque superiormente legitimado de forma democrático-representativa), em que pese ainda hoje corrente na doutrina e prática jus-administrativista, tem sofrido importantes mudanças. Este é o principal desafio a uma metódica jurídico-administrativa na resposta ao desafio da indeterminação normativa” (Cunha; Teixeira, 2022, p. 97). Nesse cenário, altera-se o próprio papel da administração pública na realização de suas funções, reclamando-se que assuma uma posição criativa na determinação do direito aplicável, dentro das balizas normativas, em vez de sujeitar-se a cumprir de forma estrita a legalidade hetero-determinada. É preciso destacar, afinal, que: “[...] a esta tradicional atribuição genérica das entidades administrativas. Cabe-lhe um papel decisivo no processo de determinação do Direito aplicável. Um papel que é prévio à intervenção judicial [...] Cabe, portanto, aos órgãos administrativos mediar a determinação do Direito aplicável nas relações jurídico-administrativas” (Cunha; Teixeira, 2022, p. 98).

A nova e mais ampla configuração da legalidade abrange também seu conteúdo material, em conjunto com a multiplicação das fontes.²¹ Dessa forma:

O princípio da legalidade também em outros ordenamentos passou a assentar em bases valorativas, “amarrando” a Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que informam todo o ordenamento. Assim, por este aspecto, o *princípio da legalidade significa não mais a relação lei – ato administrativo, mas a dimensão larga, ordenamento – Administração* (Medauar, 2017, p. 172).

Medauar (2017) destaca, em consonância com o que vem sendo defendido neste trabalho, que a crise da concepção tradicional do princípio da legalidade não resultou em sua supressão, mas, sim, na ampliação de seu escopo, passando-se a falar em “juridicidade” ou em “bloco de legalidade”,²² conforme já mencionado, a fim de abarcar a nova realidade estatal e social.²³ Citando Jacques Chevallier, a autora

²¹ Face a esse fenômeno histórico-normativo, em vista da ordem jurídica portuguesa e em face do desenvolvimento do direito comunitário europeu, Paulo Otero (2017) sintetiza que: “A onipotência da lei face à Administração Pública encontra-se desmistificada por três ordens de razões: (a) a lei deixou de ser o único fundamento do agir administrativo, assistindo-se a uma substituição da reserva vertical de lei: em certas matérias, a lei foi substituída pela Constituição, pelo Direito Comunitário e pelo Direito Internacional como alicerce directo e imediato de actuação dos órgãos administrativos; (b) A Administração Pública tem garantidos pela Constituição espaços de autonomia decisória que, traduzindo reservas normativas de administração e reservas de caso concreto, limitam a intervenção dispositiva do legislador; (c) A natureza heterovinculativa da lei para a Administração Pública carece de reconfiguração à luz do sistema constitucional de distribuição de competência legislativa e de relacionamento político entre o Governo e a Assembleia da República [...]” (Otero, 2017, p. 1083).

²² A esse respeito, as lições de Paulo Otero (2017), que define os novos e mais amplos sentidos da vinculação da administração à legalidade da seguinte forma: “O conteúdo da legalidade administrativa também compreende um processo de juridificação de diversas realidades que, por esse facto, passam a assumir um efeito vinculativo de actuação administrativa: (a) É o que sucede, desde logo, com as normas extrajurídicas que nos domínio técnico-científico, moral, ético, deontológico ou lógico são integradas no âmbito da legalidade, sem perder a sua identidade material; (b) É também o que acontece com as normas desportivas provenientes de organizações internacionais não governamentais que, surgindo com o valor de meros factos no âmbito do sistema jurídico interno, são aplicados pela Administração Pública, servindo de seu referencial normativo de actuação; (c) É ainda o que ocorre com a juridificação de factos emergentes da própria actuação administrativa que, gerando fenómenos de autovinculação da Administração Pública, encontram três formas de expressão: (i) o costume administrativo, (ii) as praxes, práticas e usos administrativos e (iii) o precedente administrativo; (d) Observa-se ainda, por último, uma tentativa de juridificação de certos actos de natureza política, procurando-se deles extrair um critério normativo de vinculação do agir da Administração Pública” (Otero, 2017, p. 1083-1084).

²³ Odete Medauar (2017) explicita o alargamento da legalidade por fatores tão diversos quanto a crescente vinculação da atividade administrativa a valores consagrados constitucionalmente, a diversificação das fontes do direito existentes não só no ordenamento jurídico nacional, incluindo a Constituição, como também normas originadas no âmbito internacional (ou global) e, ainda, no caso específico da União Europeia, para citar um exemplo, aquelas provenientes da esfera comunitária: “[...] citem-se: os preceitos emitidos pela União Europeia, de cumprimento obrigatório pelos países que a integram; os preceitos decorrentes de tratados e convenções internacionais, como os textos relativos à proteção do meio ambiente; os preceitos oriundos de organismos globais, por exemplo, Organização Mundial do Comércio, Organização Internacional do Trabalho” (Medauar, 2017, p. 173).

realça que a modificação de que se trata foi contrabalanceada “[...] pelo aprofundamento do controle jurisdicional da administração, pela maior amplitude das garantias dos administrados, pela consolidação dos direitos fundamentais” (Medauar, 2017, p. 172).

De fato, a quem possa objetar que a ampliação do sentido e do conteúdo da legalidade enfraqueceu o Estado de Direito e, em seu âmbito, prejudicou os sistemas de controle, Jacques Chevallier (2013) apresenta outra perspectiva, com a qual o trabalho comunga. A concepção clássica de legalidade perdeu, sim, sua eficácia, mas o que emergiu em seu lugar foi o fenômeno de “juridicização da vida”, pois o direito está espalhado por todo o tecido social, capilarizado e virtualmente onipresente. Assim, para o autor:

A promoção do Estado de Direito é indissociável de um movimento geral de juridicização, que ela contribui, por sua vez, para alimentar. Por um lado, o sucesso do tema traduz a importância crescente da questão jurídica nas sociedades contemporâneas: as relações sociais de toda natureza são levadas a se conformar ao molde do direito, a sujeitar-se à forma jurídica, a utilizar a linguagem do direito; o Estado de Direito nada mais é que a expressão desta determinação de ordem estrutural. Por outro lado, e ao contrário, ao confrontar as crenças que rodeiam os mecanismos jurídicos, a dogmática do Estado de Direito mantém esse movimento: o Estado de Direito implica, com efeito, hoje como ontem, uma confiança absoluta depositada no direito, que justifica o *alargamento incessante do campo da juridicidade*, tanto na ordem política assim como na sociedade inteira; aparece assim como a pedra angular e o princípio de legitimação do movimento de juridicização. Enquanto renova em profundidade o jogo dos mecanismos democráticos, a lógica do Estado de Direito deixa também entrever a figura de *uma sociedade inteiramente abarcada e regida pelo direito* (Chevallier, 2013, p. 111-112, grifos acrescidos).

Um tal alargamento do direito gera naturalmente a preocupação quanto à eficácia e efetividade da atividade de controle da administração pública, já que as normas provindas do parlamento não são as únicas a vincular agentes públicos e sociedade e o poder executivo se orienta e vincula não apenas pelas normas legais em sentido estrito, como também por um conjunto heterogêneo de normas de variadas origens, inclusive da própria administração, e diversificado conteúdo.

Quanto a esse último ponto, vale sustentar, no mesmo sentido que o faz Chevallier (2013), que o juiz – no contexto deste trabalho, leia-se: “o controlador” – surge como pedra angular e condição para a própria realização do Estado de Direito. Para o autor, o “culto ao direito” desemboca na “sacralização do juiz”, que, investido

no papel de “guardião de valores”,²⁴ defende-os contra a “vontade caprichosa das majorias e contra a dominação de uma razão instrumental preocupada apenas com a eficácia” (Chevallier, 2013, p. 112).

Em face de todas as considerações tecidas anteriormente, quando à expansão formal e material do sentido clássico da legalidade, é possível sintetizar as principais manifestações desse fenômeno a partir de algumas características-chave, a saber: i) expansão da legalidade para além das normas editadas pelo parlamento, abarcando não apenas fontes normativas internas ao Estado, como também fontes externas, muitas vezes dotadas dos caracteres do *soft law*, ou seja, um direito que se manifesta por meio de diretrizes, recomendações e objetivos amplos, rompendo com a noção de legalidade que se restringe à mera subsunção do fato à norma ou à simples execução da lei (Medauar, 2017, p. 174); ii) transição de uma concepção verticalizada ou piramidal do direito, fundada na hierarquia das normas, para, na era da multiplicidade de fontes, a compreensão do direito como rede (Medauar, 2017, p. 174), embora não se queira dizer, com isso, que o modelo hierárquico foi suprimido; iii) entendimento de que o direito provém não apenas *unilateralmente* das fontes institucionalizadas, representadas por órgãos e entes com a competência específica de normatizar, como também de mecanismos de consensualidade,²⁵ tais como os termos de ajustamento de gestão, os protocolos de ação e os acordos substitutivos de sanção, os quais “[...] levam a cogitar de flexibilidade, doses de escolha, menos coação, subsunção inviável, panorama este diverso da legalidade originária” (Medauar, 2017, p. 174).

Como forma de adiantar as considerações que serão futuramente tecidas sobre o controle da atividade administrativa, bem como sobre o específico sentido da vinculação da administração (e, conseqüentemente, do agente público que a exerce) à ordem jurídica, destaca-se o conceito delineado por Marcos Perez (2020), para quem a legalidade:

²⁴ Sobretudo aqueles, na realidade brasileira, de sede constitucional.

²⁵ Relacionada a esse assunto, veja-se como Eurico Bitencourt Neto (2017a) explica a concepção ampla de concertação e, mais especificamente, de concertação administrativa. Em sentido mais alargado: “O termo concertação remete ao sentido geral de ajuste, acordo, pacto, consenso e, qualificado como concertação administrativa, diz respeito aos acordos que se perfazem no âmbito da atuação administrativa do Estado e, mais especificamente, como concertação interorgânica, no seio das relações entre órgãos despersonalizados da Administração Pública” (Bitencourt Neto, 2017a, p. 195).

[...] se impõe a todo e qualquer comportamento estatal, ainda que discricionário. Trata-se, no entanto, de legalidade não só estrita, ou estritamente relacionada com a lei formal, mas identificada com a multiplicidade de fontes do direito administrativo, com a constituição, os princípios gerais, os regulamentos e os precedentes judiciais, uma legalidade que alguns passam a denominar juridicidade ou, simplesmente, *conformidade ao direito* (Perez, 2020, p. 126, grifos acrescidos).

Encerra-se este capítulo com a compreensão das origens, dos principais marcos histórico-temporais definidores, assim como das transformações pelas quais passou, e ainda vem passando, o sentido de legalidade administrativa.

O significado de legalidade enquanto reverberação, no campo administrativo, da concepção de Estado de Direito veio se alargando ao longo da história jurídico-constitucional, abarcando, na atualidade, uma multiplicidade de fontes internas e externas, além de abranger um campo material amplíssimo, dada a virtual onipresença do próprio direito, conforme tratada neste capítulo.

Em cenário complexo e mutante como o descrito, torna-se mais difícil o atuar administrativo que pretenda se restringir, a bem de uma suposta e reconfortante segurança, à mera subsunção do fato à norma. À complexificação do Estado corresponde a profunda transformação do direito administrativo, acarretando, enfim, a modificação do sentido da vinculação do agente público à legalidade, o que não o isenta ou desresponsabiliza de realizar o direito no exercício de suas funções.

Conforme explicitado na introdução desta seção, comunga com o objetivo deste trabalho a busca por compreender o sentido da vinculação da administração pública à legalidade, a partir da previsão do *caput* do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Tal dispositivo restringe a responsabilização pessoal do agente público tão somente às desconformidades praticadas com dolo ou com erro grosseiro.

Em outras palavras: a partir das colocações iniciais sobre a legalidade enquanto princípio basilar regente da administração pública brasileira, buscar-se-á compreender o significado de afirmar que a administração pública se vincula, isto é, deve obediência à legalidade, e quais são as consequências para o agente público que eventualmente age em desconformidade com o direito. No caso desta tese, o foco é o erro administrativo, cuja relação com a legalidade será, então, objeto específico de estudo a partir deste ponto.

2.2 Sobre o sentido da vinculação da administração pública à legalidade no direito brasileiro

Inicialmente, rememora-se, conforme a seção 2.1, que, na atualidade, legalidade possui sentido amplo, tanto do ponto de vista das fontes de direito administrativo, que são múltiplas, quanto do conteúdo material, que se espraia por praticamente todos os temas de interesse do Estado e da coletividade, nos mais diversos setores.

Recorde-se também, de acordo com a seção 2.1, que a já destacada expansão do Estado fez-se acompanhar da expansão do direito. Quanto ao direito administrativo propriamente dito, uma das consequências da expansão foi a sua constitucionalização, em outras palavras: a positivação de seus preceitos basilares, de seus princípios e regras mais relevantes no texto constitucional, impregnando-o de valores e inegavelmente dotado de normatividade.

A constitucionalização do direito administrativo é muito bem demarcada, na ordem jurídica brasileira, pelo advento da Constituição da República de 1988, que, além de prever explicitamente os princípios regentes da administração no *caput* do seu artigo 37, também normatiza com detalhamento diversos aspectos do exercício da administração e ainda disciplina o seu controle.

O recrudescimento do controle dentro desse movimento de expansão do direito, contudo, não é entendido como algo necessariamente salutar.

2.3 Sobre o conceito de erro administrativo

De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (2024), erro é substantivo masculino que remete a: 1) ato ou efeito de errar; 2) juízo ou julgamento em desacordo com a realidade observada, engano; 3) qualidade daquilo que é inexato, incorreto; 4) desvio do caminho considerado correto, bom, apropriado; desregramento; [...] 7) *jur.* vício no processo de formação da vontade, em forma de noção falsa, inverídica ou imperfeita de alguma coisa ou pessoa.

Há tempos a doutrina e a jurisprudência relativa ao direito administrativo vêm manejando a categoria jurídica denominada “erro”, assunto que é comumente

mobilizado quando em causa a investigação da responsabilidade de agentes públicos por condutas que violam as normas do ordenamento jurídico.

Com o advento da Lei n. 13.655/2018, que introduziu o art. 28 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, limitando a responsabilização dos agentes públicos por “decisões” e “opiniões técnicas” às hipóteses de dolo ou erro grosseiro, as discussões sobre a natureza e as repercussões, em termos de responsabilidade, do erro administrativo ganharam destaque.

Veja-se que a Lei n. 13.655/2018 não traz esse conceito, enquanto o decreto federal que a regulamenta (Decreto n. 9.830/2019) conceitua o erro grosseiro, valendo-se de conceitos jurídicos indeterminados. Ainda que se possa argumentar que a presença desses conceitos jurídicos indeterminados seja razoável, talvez esperada, tendo em vista sua inserção em comandos legais que dependem do contexto concreto para sua plena efetivação, há que considerar, por outro lado, as discussões jurídicas que exacerba.

Conforme mencionado na introdução desta tese, as opiniões jurídicas sobre os efeitos do cometimento do erro administrativo variam. Entende-se que as disposições legais mais recentes formalizaram uma espécie de “direito ao erro” do qual seria titular o agente público, evidentemente, desde que este *não* cometa erro grosseiro. De outro turno, ainda prevalece no Tribunal de Contas da União a tese de que o cometimento de erro, independentemente de sua qualificação como grosseiro ou não, atrai a responsabilidade civil pela produção de danos ao erário, uma vez que tal responsabilidade decorre da Constituição e não poderia ser limitada por lei ordinária.

Nesse momento, contudo, interessam menos os debates gerados pelo conteúdo da Lei n. 13.655/2018 e mais a compreensão da natureza jurídica do erro, a qual, segundo defendido nesta tese, confere os contornos das discussões sobre a possibilidade e a extensão da responsabilidade de agentes públicos.

Para tanto, parte-se da premissa de que a doutrina administrativista, no geral, não se ocupou da construção de uma teoria geral do erro, diferentemente dos estudiosos de ramos da dogmática jurídica como o direito penal e o direito civil (Binenbojm; Dionisio, 2021, p. 110-111). Este último ramo do direito, inclusive, pode ser considerado como a “inspiração maior” no que concerne ao tratamento do erro no direito administrativo; já que a ele recorrem, explícita ou implicitamente, estudiosos e julgadores do campo administrativista. Voltamos, então, nossa atenção a esses ramos

a fim de coletar subsídios para melhor entendimento do erro e de seus efeitos no direito administrativo.

2.3.1 A natureza jurídica do erro e os seus efeitos em diversos ramos do direito

As próximas seções se dedicam a explorar o tema do erro para o direito. Dedicar-se, primeiramente, a tratar do erro para o direito civil e, após, para o direito penal. Ambos os ramos da dogmática jurídica são evocados como a base a partir da qual se constrói o conceito administrativista. Em seguida, será abordado o erro no próprio direito administrativo, inicialmente, e tanto quanto possível, sem focar, ainda, as específicas disposições da Lei n. 13.655/2018.

2.3.1.1 O erro no direito civil

Tratar do erro no âmbito do direito civil requer investigação acerca da vontade enquanto fenômeno jurídico. A propósito do tema, Ana Alvarenga Moreira Magalhães (2011) apresenta dois significados da vontade para o direito. Na primeira acepção, vontade diz respeito ao “conteúdo do querer”, ao objeto ou escopo perseguido no negócio jurídico (Magalhães, 2011, p. 9). O segundo significado se relaciona ao psiquismo de quem emite a declaração, correspondendo a um processo interno de formação, situado no âmbito individual e psicológico (Magalhães, 2011, p. 9). Esse último sentido estaria fora da apreensão pelo direito, por ser interna ao agente.²⁶ Justamente por isso, argumenta a autora que:

[...] a vontade que interessa ao Direito é aquela manifestada, exposta, ainda que não o seja de maneira livre, ou consciente, ou íntegra. A partir da manifestação é que se conhece o “querido”, e somente a partir daí ela chama para si a responsabilidade de criação de deveres e obrigações a partir dos negócios jurídicos (Magalhães, 2011, p. 9).

²⁶ A propósito da relação entre vontade, ação e finalidade no âmbito do direito civil: “[...] a ação é ontologicamente caracterizada pela finalidade, porque o homem age sempre na prossecução de fins. A ação é precedida por uma fase de deliberação, em que os motivos são ponderados. Essa permite a formulação dos fins do agente. Entre esses fins está a intenção. A intenção realizada no mundo exterior é uma ação. A vontade que releva no direito é a vontade de realização, que fica imersa na ação, como constituinte desta” (Ascensão, 2003, p. 129, grifos acrescidos).

Compreender o erro a partir dessa premissa demanda que se retorne às próprias concepções de vontade ao longo do desenvolvimento histórico do direito civil. Nessa perspectiva, a vontade se moveu de uma ótica de hegemonia, identificada com a “existência e eficácia plena” do negócio jurídico, para a de elemento relevante, mas não essencial, posicionado na camada de validade do negócio, em consonância com o que explica Magalhães (2011, p. 9).

Com efeito, a partir de um contexto sócio-histórico em que emergiram elaborações teóricas, sociais e jurídicas tais como a doutrina clássica do negócio jurídico, o jusnaturalismo e o liberalismo,²⁷ passa-se a dar especial ênfase à vontade enquanto expressão da liberdade “do homem”, considerada, no âmbito do direito, como verdadeiro pilar e essência do negócio jurídico. Nessa perspectiva, posteriormente consagrada pelo pensamento de Immanuel Kant acerca da centralidade da soberania do indivíduo e de sua autonomia, considera-se que a ação e os efeitos do negócio jurídico devem ser queridos²⁸ (Magalhães, 2011, p. 10-11).

A vontade livre e soberana foi elevada a princípio absoluto e, assim, inquestionável, passando a identificar-se com a própria realização da justiça (Magalhães, 2011, p. 12). Daí emergirem expressões como “dogma da vontade” e “império da vontade”, conforme as quais cria-se direito sobre o qual nem o próprio Estado pode intervir, a não ser para sancionar seu descumprimento. Contudo, com o transcorrer do tempo, tal concepção voluntarista passa a ser questionada, sobretudo pela pouca importância dada, no negócio jurídico, à declaração (ou invólucro) da vontade, em contraponto a esta última.²⁹

²⁷ Explica Ana Alvarenga Magalhães que: “A ligação entre a doutrina clássica do negócio jurídico, o jusnaturalismo do século XVII e o pensamento liberal é intrínseca. Apesar de basearem-se sobre pressupostos não coincidentes, quanto à liberdade do homem e sua posição de centro do ordenamento as duas escolas do direito coincidem. O direito natural, mormente nas pessoas de Hugo Grotius (? - 1645) e Puffendorf (? - 1694), teve por maior glória o afastamento do direito da doutrina jurídico-moralizante da Igreja Católica e a conversão do pensamento jurídico para antropocentrismo. [...] Se o liberalismo, por sua vez, caracterizava-se pela negativa de existência do direito natural, exaltava a liberdade do indivíduo como o bem supremo, que, enquanto tal, tem preponderância sobre qualquer outro que possa ser imaginado” (Magalhães, 2011, p. 11).

²⁸ “Em forma sucinta, a autonomia para Kant tinha a concepção de um princípio moral, de ser legislador das leis que a si próprio eram submetidas, e de respeitar a legislação não por mero respeito à lei (fato que se identificaria com a *heteronomia*), mas porque a própria noção de regra moral se identificasse com a lei exterior. [...] Ao se unirem as noções de direito e de autonomia moral, esta passou a ser entendida como a aptidão da vontade individual para a produção, quando, como e com quem lhe conviesse, de normas individuais – negócios jurídicos, notadamente contratos – fontes de regras impassíveis de qualquer gênero de intervenção estatal” (Magalhães, 2011, p. 11-12).

²⁹ Conforme explana Ana Alvarenga Magalhães (2011) a propósito das críticas à teoria voluntarista: “[...] a mais incisiva é aquela que ataca o âmago da teoria: a crítica incidente sobre o dogma da vontade como a gênese e essência do negócio jurídico, e a declaração como mero invólucro de pouca – ou nenhuma – importância. [Os críticos] Repulsam o sistema de construção e aplicação das disposições

Em oposição à teoria subjetiva, passa a ganhar destaque, a partir do século XIX, sobretudo nas doutrinas germânica e italiana, a concepção que aparta a vontade da autonomia, razão, inclusive, para que se passe a falar em autonomia privada e, não mais, em autonomia da vontade. Nesse sentido, em apertada síntese:

A autorregulação do particular passou a ser exercida, a partir da noção objetiva, em virtude de uma autorização do ordenamento e nos exatos limites dessa autorização. A ordem jurídica não mais tinha o papel exclusivo de tutelar os efeitos decorrentes da vontade. Ao contrário, o fator volitivo só era exercitável por causa e nos limites da autorização do sistema [jurídico] (Magalhães, 2011, p. 15).

A vontade subjetiva, ou psicológica, a partir da nova concepção surgida, continua apresentando força jurídica, porém, não mais como norma, e sim como fato valorado pelo ordenamento jurídico, afinal, nessa perspectiva, “[...] o que torna o ato humano um negócio jurídico é a reconhecibilidade social daquele ato como regulamentador de relações jurídicas, e o acolhimento desse mesmo ato pelo ordenamento, isto é, a partir da valoração jurídica positiva daquele ato” (Magalhães, 2011, p. 16-17).

Realizadas as considerações precedentes sobre a vontade, seus significados e transformações históricas, passa-se a investigar suas implicações sobre o erro, enquanto vício do negócio jurídico.

Segundo Nelson Rosenvald, em obra escrita em coautoria (Farias; Rosenvald, 2019, p. 719), o conceito de erro remete ao resultado da falsa percepção da realidade que recai sobre elementos constitutivos ou sobre pressupostos do negócio jurídico, como a pessoa e o objeto, ou sobre a própria natureza do negócio jurídico que se pratica.³⁰

A seu turno, Ana Alvarenga Magalhães (2011) distingue entre duas espécies de erro: o erro que vicia a vontade, também chamado de “erro próprio” ou “erro vício”, e o erro da declaração, conhecido ainda como “erro impróprio”, ou “erro obstáculo”.

legais baseadas essencialmente na fixação e desenvolvimento de um conceito fundamental, a vontade livre, completa e conscientemente formada como fundamento de eficácia de todo negócio jurídico, desprezando por completo os interesses do declaratório e do tráfico jurídico” (Magalhães, 2011, p. 14).

³⁰ José de Oliveira Ascensão (2003), em vista do direito positivo português, delinea três modalidades primordiais de erro, a saber: erro sobre a pessoa do declaratório; erro sobre o objeto ou conteúdo do negócio e erro sobre os motivos. Para o autor, a última modalidade de erro (erro sobre o motivo) é o “tipo-base”, em relação ao qual todos os demais constituiriam subespécie, já que, em última instância, todo erro “deforma a motivação do agente” (Ascensão, 2003, p. 147). Além disso, com base na lei portuguesa, o erro sobre motivo causador de anulação do negócio jurídico deve ser essencial, a partir do reconhecimento das partes em negociação (Ascensão, 2003, p. 147).

O erro de declaração, segundo a autora (Magalhães, 2011, p. 29), se caracteriza pela discrepância entre a vontade consciente, livre e perfeitamente formada e a declaração que se faz a partir dela. Nesse caso, o erro está na manifestação, na exteriorização da vontade. Nos termos exatos: “[...] a vontade se forma perfeitamente, mas se declara algo diverso dessa vontade” (Magalhães, 2011, p. 29).

Por outro lado, o “erro vício da vontade”, ou erro próprio, se constitui da má-formação ou formação equivocada da vontade, apontando para a divergência entre a declaração da vontade e a consciência desta, viciada desde a origem, em sua formação. De acordo com Magalhães (2011), nesse caso “[...] diz-se da desarmonia entre a vontade declarada e a consciência da realidade dos fatos” (Magalhães, 2011, p. 29).

Na hipótese do erro próprio, fala-se que, caso o emissor tivesse ciência verdadeira da realidade dos fatos, declararia sua vontade de forma diversa daquela que efetivamente o fez.³¹ Em outros termos: a intenção ou vontade, no erro próprio, é real; a anomalia está no processo de formação dessa intenção, que, por sua vez, está ligada à motivação para a ação. O erro, que deve ser substancial para acarretar a invalidação do negócio jurídico, como descrito adiante neste capítulo, deve recair sobre os motivos determinantes da vontade do agente (Ascensão, 2003, p. 136).

Consideradas as observações feitas anteriormente, entende-se que o conceito de erro próprio está em consonância com as elaborações de Nelson Rosendal, que se vale das lições de Caio Mário da Silva Pereira, para quem há erro: “Quando o agente por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação [...]” (Farias; Rosendal, 2019, p. 719).

O conceito erigido por Caio Mário da Silva Pereira,³² conforme reproduzido acima, se harmoniza com a lição de outro cânone do direito privado brasileiro, a saber,

³¹ Não é toda a doutrina que acolhe a diferenciação entre erro próprio e erro impróprio. Nas lições da obra atualizada de Caio Mário da Silva Pereira (2019), por exemplo, veda-se a figura do erro de declaração, que não constituiria figura jurídica autônoma em relação ao erro vício da vontade. Segundo o autor, “A doutrina legal brasileira, desacolhendo a distinção, equipara-os [erro próprio e erro impróprio], por lhe parecer que o erro sobre a natureza do negócio ou sobre a identidade do objeto traduz, em última análise, uma declaração volitiva, cujo resultado jurídico difere do efetivo querer do agente, mas que nem por isso deixa de ser uma declaração de vontade” (Pereira, 2019, p. 439).

³² Ainda quanto ao conceito de erro, na atualização da obra de Caio Mário da Silva Pereira (2019), ressalta-se: “Há, então, na base do negócio jurídico realizado, um estado psíquico decorrente da falsa percepção dos fatos, conduzindo a uma declaração de vontade desconforme com o que deveria ser, se o agente tivesse tido conhecimento dos seus verdadeiros pressupostos fáticos. *Importa o erro na*

Clóvis Beviláqua, este citado por Ana Alvarenga Guimarães, segundo o qual erro decorreria de situação em que a “[...] seriação das fases mentais anteriores à declaração de vontade seja meramente ilusória, aparente, substituindo-se os elos que faltam por outros artificiais” (Beviláqua, 2000 *apud* Magalhães, 2011, p. 35).

Embora reconheça que nem todos os doutrinadores o façam, Ana Alvarenga Magalhães (2011) destaca a diferenciação entre os conceitos de erro e de ignorância. Para a autora, o erro se assenta sobre a falsa percepção da realidade, que provoca uma declaração de vontade equivocada (Magalhães, 2011, p. 37). A ignorância, por sua vez, seria a completa ausência de percepção da realidade, correspondendo à falta “[...] de todo e qualquer elemento de cognição prévia dos fatos acerca dos quais foi manifesta a vontade (Magalhães, 2019, p. 37).

Nelson Rosenvald (2019) também destaca que parte dos teóricos distingue “erro” de “ignorância”. Entretanto, para Rosenvald (Farias; Rosenvald, 2019, p. 719), tal diferenciação seria absolutamente minoritária, de modo que a própria legislação se vale das expressões “erro” e “ignorância” como sinônimas.³³

Ademais, no erro, incorre-se sozinho: se houve participação ou indução de terceiro, a categoria jurídica altera-se de erro para dolo (Farias; Rosenvald, 2019, p. 719).

De tudo, vê-se que inexistente vontade de realizar o erro. Em outras palavras: não se comete erro porque se quer ou deseja; a percepção falseada da realidade é involuntária.³⁴

É de se destacar, também, que nem todo erro provoca a anulação do negócio jurídico, mas tão somente aquele considerado essencial ou substancial.³⁵ Trata-se de matéria objeto de prova, uma vez que demanda a verificação sobre se o erro constituiu

falta de concordância entre a vontade real e a vontade declarada” (Pereira, 2019, p. 438, grifos acrescidos).

³³ No mesmo sentido, as lições atualizadas da obra de Caio Mário da Silva Pereira (2019), conforme as quais: “Quando o agente, por falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade real, realiza um ato negocial defeituoso. Para efeito da validade da declaração de vontade é irrelevante indagar se o agente procedeu por erro ou ignorância. E, em consequência, trata-se, na teoria do negócio jurídico, do mesmo defeito. Mas deixa de ser escusável a ignorância, e, pois, de constituir defeito do negócio jurídico, quando o agente emite conscientemente uma declaração de vontade sem completo conhecimento do seu alcance” (Pereira, 2019, p. 438).

³⁴ De fato: “O erro é sempre um vício involuntário: um ‘erro voluntário’ suporia uma consciência, incompatível com o estado de espírito errante. *Não se pode estar em erro de propósito*” (Ascensão, 2003, p. 136, grifos acrescidos).

³⁵ Com efeito, anula-se caso, uma vez tendo ciência da realidade do negócio, o agente não quisesse celebrá-lo. Afinal, “A consequência geral do erro é a anulabilidade do negócio” (Ascensão, 2003, p. 150).

causa determinante do ato produzido ao recair sobre circunstâncias e aspectos principais do negócio jurídico (Farias; Rosenvald, 2019, p. 719-720).³⁶

O erro capaz de invalidar o negócio jurídico deve ser, portanto, relevante o suficiente para macular a vontade de tal forma que, se o agente tivesse conhecimento real das circunstâncias, não o celebraria.³⁷ A propósito, a substancialidade do erro enquanto requisito de anulação do negócio jurídico decorre das previsões do art. 138 do Código Civil. Ademais, o art. 139 do referido diploma legal disciplina as situações configuradoras, em abstrato, de erro essencial.³⁸

No sentido do que foi anteriormente exposto, a fim de produzir o efeito da anulação, o erro deve ter produzido dano efetivo ao interessado. Assim, sobleva a importância da análise do contexto fático quando se trata da investigação do erro.

Além disso, junto da substancialidade do erro, para fins de invalidação, há outras classificações, mais, ou menos, consagradas na atualidade, acerca dessa figura jurídica.

Retoma-se, nesse sentido, a vetusta diferenciação entre erro de fato e erro de direito. Embora não acatada por toda a doutrina (Pereira, 2019, p. 444), sobretudo aquela de origem romano-germânica³⁹, a distinção está, hoje, evidenciada no direito positivo brasileiro a partir do que dispõe o art. 139 do Código Civil.

³⁶ A propósito, o Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002) determina as hipóteses em que um erro pode ser considerado substancial, nos termos de seu art. 139, a saber: 1) quando interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração ou a alguma das qualidades a ele essenciais; 2) quando concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; 3) quando, sendo erro de direito e não implique a recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

³⁷ Para José de Oliveira Ascensão (2003), a essencialidade do erro – ou causalidade, conforme certa parte da doutrina – é “requisito básico”, já que o “O erro só pode ter eficácia anulatória se tiver sido essencial para a decisão de negociar do agente” (Ascensão, 2003, p. 143).

³⁸ “Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Art. 139. O erro é substancial quando: I - interessa à natureza do negócio, ao objeto principal da declaração, ou a alguma das qualidades a ele essenciais; II - concerne à identidade ou à qualidade essencial da pessoa a quem se refira a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante; III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico” (Brasil, 2002a, n. p.).

³⁹ Nos primórdios do direito romano, repudiava-se a figura do erro de direito. As interpretações e tratados construídos a partir dessa raiz jurídica reforçaram a vedação, como explica Ana Alvarenga Magalhães (2011): “No direito romano comum, o erro de direito era proscrito. Sob a influência das regras *iuris quidem, ignorantiam iuris cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere* [a ignorância da lei prejudica qualquer um, mas não a ignorância de fato] e *ignorantia facti excusat, ignorantia iuris non excusat* [a ignorância de fato é escusável, ignorância da lei não é escusável] [...]. Estudadas as máximas pelos antigos intérpretes e tratadistas, a regra do direito romano foi entendida como um dogma jurídico da maior grandeza. A possibilidade de invocação do erro de direito para a anulação de um negócio jurídico foi categoricamente repudiada pela doutrina mais conservadora, por entender que a sua alegação seria intenso acinte e transgressão às regras de inescusabilidade da ignorância da lei” (Magalhães, 2011, p. 56).

Enquanto erro de fato diz respeito ao “entorno fático do agir”, ou seja, quando se supõe existente fato que não o é, ou se considera inexistente fato que existe, o erro de direito incide sobre as “circunstâncias jurídicas” da atuação do agente, recaindo, por exemplo, sobre a vigência ou a validade dos preceitos legais (Magalhães, 2011, p. 55). Há erro de direito, portanto, quando a declaração de vontade do agente está assentada sobre percepção equivocada da norma legal (Magalhães, 2011, p. 59).

Em que pese a contestação de parte da doutrina ao erro de direito, sob o fundamento de que sua acolhida como possível causa de invalidação do negócio jurídico pode ferir a segurança jurídica, ao supostamente desprestigiar a obrigatoriedade da lei, sua existência foi consagrada no Código Civil, como já se disse acima. Desta feita, aceita-se o erro de direito como “[...] gerador da anulação do ato negocial quando tenha sido determinante da declaração de vontade, no sentido de que o declarante não a emitiria se tivesse real conhecimento do que dispõe a norma legal” (Pereira, 2019, p. 445).⁴⁰

É importante, ainda, diferenciar erro escusável de erro inescusável, o que, na ótica do diploma civil de 1916, repercutia sobre a possibilidade de o vício anular o negócio jurídico, a partir da aferição da culpa do agente (teoria da responsabilidade).⁴¹ A diferenciação, embora pouco prestigiada na atualidade pelos civilistas, continua relevante para estudiosos do direito administrativo que se utilizam dessa classificação (com base nas normas de direito administrativo, mas referenciando o direito civil) para apartar erros que geram dos que não geram a responsabilização do agente público.

Nesse sentido, destaca-se que no marco do diploma civilista de 1916, fala-se em escusabilidade para referir-se à ausência da culpa na declaração de vontade do

⁴⁰ Afinal, é crucial distinguir o erro de direito da recusa à força obrigatória das leis, já que: “Uma coisa é afirmar que a lei tem força obrigatória independentemente do conhecimento de seu teor por aqueles que estão sujeitos a ela. Outra, assaz distinta, é sustentar a possibilidade de o falso conhecimento da lei levar a consequências diversas da originalmente pretendida. Não se tem no caso uma exceção ao princípio, mas antes sua complementação” (Magalhães, 2011, p. 58).

⁴¹ Na ótica do direito português, a partir das lições de José de Oliveira Ascensão (2003), a desculpabilidade, enquanto requisito de relevância do erro, exige a compreensão de que: “Na realidade, o Direito não se baseia apenas na vontade, mas também na responsabilidade do agente. Pode atribuir efeitos que se afastem dos desejados quando o declarante não merece ser protegido, com sacrifício da contraparte que agiu correctamente. É o que resulta da prevalência da ideia de responsabilidade [...]. Há aliás uma dialéctica entre a desculpabilidade do declarante e a reconhecibilidade do erro por parte do declaratário. A tutela do declaratário, em caso de erro indesculpável do declarante, funda-se na proteção do declaratário. Sendo assim, o declaratário não merece ser protegido se o erro era reconhecível. Nesse caso, perante a culpa de ambos os intervenientes, a intenção do declarante retoma seu império, e pode prevalecer-se do erro, mesmo indesculpável. Em compensação, se a falta for do declarante, este não merece proteção. O erro provocado por ligeireza não lhe pode valer. O negócio é válido” (Ascensão, 2003, p. 142).

agente (Magalhães, 2011, p. 73). Erro inescusável, por sua vez, está associado à culpa do agente (Pereira, 2019, p. 442).

Com efeito, Nelson Rosenvald (2019) explana sobre a utilização, na sistemática do Código Civil de 1916, de expressões como erro escusável, desculpável ou justificável para destacar as situações em que, presentes as “cautelas normais exigidas” ou a “inteligência do homem médio”, poderia ser reconhecido o vício de vontade (Farias; Rosenvald, 2019, p. 720-721).

No entanto, com a emergência da teoria da confiança aplicada ao erro, no âmbito do direito civil contemporâneo, afasta-se o reconhecimento do erro substancial com base tão só no comportamento do declarante da vontade, cuja higidez de conduta fora aferida a partir de critérios de prudência e cautela esperados de indivíduo de “inteligência e conhecimentos normais” (Pereira, 2019, p. 442). Assim, “Coloca-se em segundo plano o aspecto subjetivo do comportamento declarativo e as suas consequências para o declarante” (Magalhães, 2011, p. 101).⁴²

A nova sistemática, segundo Rosenvald (2019), foi acolhida pelo Código Civil de 2002, que deixa de exigir o requisito da escusabilidade “para a caracterização do erro como defeito do negócio jurídico” e passa a adotar o princípio da confiança, materializado nas disposições de seu art. 113, sobretudo o *caput*, que assim prevê: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

A partir desse novo marco consagrado pelo direito positivo, o erro invalidante passa a ser, também, aquele perceptível pelo declaratário, deixando de ser aferido (e de produzir responsabilização) tão somente na esfera do declarante da vontade.⁴³

Nesse sentido, a confiança na higidez da relação jurídica, despertada em quem celebra um negócio, torna-se mais importante que o conhecimento exigido ou esperado daquela pessoa (Farias; Rosenvald, 2019, p. 720-721).

⁴² As lições da obra atualizada de Caio Mário da Silva Pereira corroboram essa visão, no sentido de que: “A doutrina mais moderna tem interpretado o expresso teor do art. 138 com base na teoria da confiança, assentando que a pessoa de diligência normal a que se refere o Código, a quem o erro deve ser perceptível para que possa haver a anulação do contrato, não é o declarante, mas o destinatário da declaração, nos moldes do art. 1.428 do Código italiano. Acrescentou, pois, o Código outro requisito na configuração do erro que leva à anulação do negócio jurídico: sua recognoscibilidade pelo outro contratante” (Pereira, 2019, p. 443).

⁴³ Como explica Ana Magalhães, a propósito dessa virada de entendimento: “[...] se houve, pelo declaratário, culpa na verificação do perfeito entendimento das condições negociais pelo declarante, sendo esta culpa determinada pela negligência na aferição da perfeita formação volitiva no declarante, o negócio será anulado, em prejuízo do declaratário e em proteção do declarante que emitiu a vontade formada erroneamente. A anulação vem como uma pena pelo descumprimento dos deveres de boa-fé, lealdade e confiança” (Magalhães, 2011, p. 101).

Pensar em termos de cognoscibilidade, na linha de raciocínio desenvolvida (Farias; Rosendal, 2019, p. 720-721), reduz a possibilidade de considerar o erro como causa de invalidação do negócio jurídico.

Essa forma de entender é robustecida pelo enunciado n. 12 da I Jornada de Direito Civil, nos seguintes termos: “Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança” (Aguar Júnior, 2012, p. 18).⁴⁴

Diante do tanto quanto exposto a respeito da caracterização do erro como causa de anulação do negócio jurídico, em vista da sistemática do Código Civil de 2002, pode-se sumarizar que o direito privado brasileiro contemplou “[...] a teoria da confiança (desdobramento da boa-fé objetiva) e privilegiando a análise do comportamento das partes, em lugar de uma análise subjetivista” (Farias; Rosendal, 2019, p. 720-721).

2.3.1.2 O erro para o direito penal

Para tratar do erro juridicamente relevante na esfera da dogmática penal, é necessário retomar alguns conceitos teórico-normativos.

Inicia-se pelo conceito de “tipo”, que pode ser compreendido como o “[...] conjunto dos elementos do fato punível descrito na lei penal” (Bitencourt, 2011, p. 304).⁴⁵ “Tipo”, nessa concepção, serve ao propósito de limitar e individualizar as

⁴⁴ Na conferência inaugural da I Jornada de Direito Civil, o Ministro do Supremo Tribunal Federal José Carlos Moreira Alves explana, a propósito da então recente vigência do Código Civil de 2002, que: “Com referência ao Livro III, Parte Geral, no que diz respeito aos atos jurídicos, há uma série de novos princípios. O primeiro deles é a concepção subjetiva mitigada de negócio jurídico para estabelecer-se a existência de uma responsabilidade por parte de quem declara, tendo em vista a confiança daquele que recebe a declaração, o que tem várias implicações com relação a institutos relacionados ao negócio jurídico, como, por exemplo, defeitos do negócio jurídico no que se refere ao erro” (Aguar Júnior, 2003, p. 9, grifos acrescentados).

⁴⁵ Misabel de Abreu Machado Derzi (2021) discorre sobre os múltiplos significados da palavra “tipo”. No campo do direito, segundo a autora, se acentuariam a “ambiguidade e a polissemia do termo”, as quais decorreriam da variedade de acepções encontrada nas ciências sociais, assim como das diferentes conotações assumidas em cada ramo da dogmática jurídica (Derzi, 2021, p. 58). Derzi (2021) diferencia entre “conceito” e “tipo”. Conceito corresponderia a uma grande classe ou gênero, “pois toda representação advém por meio dele”. Tipo, a seu turno, embora “[...] contenha uma abstração inerente aos conceitos”, se aproximaria mais da realidade, não se referindo às coisas únicas ou inexistentes, tais como “lógica, matemática, literatura de ficção ou às coisas religiosas, como Deus” (Derzi, 2021, p. 61). O tipo ocuparia um lugar intermediário, apresentando, simultaneamente, aspectos de abstração e concreção (Derzi, 2021, p. 81). Daí a crítica: “Grande parte daquilo que se chama de tipo jurídico é convertido, na realidade, em conceito fechado pela lei ou pela ciência do direito. Assim acontece, por exemplo, no direito penal ou tributário. É útil, desde logo, desfazer o equívoco. O pensar tipologicamente, o tipificar, em sentido técnico, ao contrário do que se supõe, não é estabelecer rígidos

condutas tidas como penalmente relevantes. Cuida-se, em outras palavras, do “[...] modelo abstrato que descreve e um comportamento proibido”, previamente definido pelo legislador (Bitencourt, 2011, p. 304).

Definir tipos é decorrência do princípio da reserva legal no âmbito do direito penal, haja vista que não pode existir crime, nem pena, sem que a lei os defina e determine previamente. Vide, a propósito, o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição de 1988.⁴⁶

Portanto, conduta típica é aquela que se amolda à descrição em abstrato feita pela lei. A conduta típica viola o bem jurídico, o “valor da vida humana protegido pelo Direito”, que “[...] constitui a base da estrutura e interpretação dos tipos penais”, possuindo um “[...] sentido social próprio [...] capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal” (Bitencourt, 2011, p. 308-309).

Outros conceitos importantes de tratar nesse momento são os do “dolo” e da “culpa”.

Em termos sucintos, “dolo” é a consciência e a vontade de realizar a conduta descrita no tipo penal, constituindo-se de dois elementos, a saber, o *cognitivo*, relativo à consciência quanto ao fato constitutivo da ação típica; e a *vontade* de realizar tal ação; a propósito, como explica Bitencourt (2011): “dolo é a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto” (Bitencourt, 2011, p. 314).

Em sentido semelhante, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2011) entendem dolo como “a vontade realizadora do tipo objetivo, guiada pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto” (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 420). O conhecimento do qual se trata abrange os elementos descritivos e os elementos normativos do tipo, sendo que, em relação a esses últimos, exige-se ciência “da valoração jurídica ou ética a que respondem esses elementos”, sem que

conceitos, baluartes de segurança do direito. Essa função compete aos conceitos fechados, determinados e classificatórios. Assim, podemos encontrar, no direito, o uso de tipo em sentido lato, não técnico, com o significado de abstração generalizadora (desprezo das diferenças individuais) ou padrão (modelo ou esquema que reproduz ou pode se reproduzir em série). [...] Tipo, em sentido impróprio, é conceito classificatório, cujas normas se cristalizam em número rígido e limitado. [...] O tipo é, pois, uma unidade dotada de sentido, ao mesmo tempo, uma abstração mais concreta do que o conceito abstrato classificatório, estruturado de forma flexível, aberta e graduável” (Derzi, 2021, p. 87-88 e p. 100).

⁴⁶ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...]” (Brasil, 1988, n. p.).

isso se confunda com o conhecimento técnico da lei⁴⁷ (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 423). Sobre a relação entre conhecimento e vontade na formação do dolo,⁴⁸ explicam os autores que:

Durante muitos anos alguns autores insistiram no aspecto de conhecimento do dolo, situando nele a sua essência (teoria da representação), enquanto outros acentuavam seu aspecto de vontade pura (teoria da vontade). Há mais de meio século a doutrina apercebeu-se de que é tão falso que o dolo seja representação como que o dolo seja vontade: o dolo é representação e vontade (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 420).

Veja-se que o direito administrativo passou a conceituar dolo em lei, de forma autônoma, para fins de responsabilização de agentes pela prática de atos de improbidade administrativa. Na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992), alterada pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, considera-se dolo a “vontade livre e consciente” de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 do referido diploma, respectivamente, aqueles que importam enriquecimento ilícito, os que causam prejuízo ao erário e os que atentam contra os princípios da administração pública. Ainda de acordo com a Lei de Improbidade, para a configuração do ato doloso de improbidade, *não* basta a voluntariedade do agente.⁴⁹

⁴⁷ Recorrendo à teoria finalista de Hans Welzel, jurista alemão, Frederico Horta (2016) explica a diferenciação entre elementos descritivos e elementos normativos do tipo, inclusive em perspectiva histórica: “Como Welzel bem explica, entre as circunstâncias objetivas que compõem o tipo legal, não há apenas as de natureza fática (descritiva), mas também as de natureza normativa. Consequentemente, prossegue Welzel, o erro sobre essas circunstâncias nem sempre corresponde a um erro sobre ‘fatos’, ‘como coisa, corpo, causalidade’, mas pode consistir em um erro sobre o ‘caráter alheio’ da coisa, sobre ‘documentos’, ‘funcionário’ etc. Não é mérito de Welzel a constatação de que o conhecimento das circunstâncias objetivas do tipo, indispensável ao dolo, pode envolver a inteligência de disposições de direito para além dos aspectos fáticos envolvidos na definição legal da conduta incriminada. Sequer os romanos ignoravam essa possibilidade, que ademais já está consignada na doutrina moderna desde Liszt [...]” (Horta, 2016, p. 172).

⁴⁸ A propósito da distinção entre dolo e conhecimento da antijuridicidade: “O nosso Código Penal fornece uma definição de dolo no art. 18, I, ao estabelecer ser o crime doloso ‘quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo’. Na nossa lei, portanto, está claro que o dolo prescinde da ‘consciência’ ou do ‘conhecimento’ da antijuridicidade, e necessita somente dos elementos que compõem o tipo objetivo. A doutrina que entende necessitar o dolo do conhecimento da antijuridicidade tem de reconhecer que *o conhecimento dos elementos do tipo objetivo e o conhecimento da antijuridicidade possuem natureza diversa*, porque o primeiro é o conhecimento efetivo e atual, enquanto o segundo é somente potencial, é um ‘não conhecimento’ (só uma possibilidade de conhecimento). Sem dúvida, é dolosa a conduta de quem quer contrair novo casamento sendo casado (art. 235, *caput*, do CP) e sabendo ser sua ação proibida, mas, com a mesma certeza, sabe-se ser dolosa a conduta de quem pratica exatamente a mesma ação, sem sequer se questionar e sem se importar com a proibição” (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 421-422, grifos acrescidos).

⁴⁹ Vide o que dispõem, em especial, o *caput* e os §§ 1º a 3º do art. 1º da Lei n. 8.429/1992, com a redação dada pela Lei n. 14.230/2021: “Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. § 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei,

Diante dos termos expressos da nova lei de improbidade, vê-se a inequívoca aproximação entre o direito administrativo positivo e a dogmática penal.⁵⁰

De outro turno, retomando os conceitos da dogmática penal, “culpa” se relaciona à inobservância de um dever de cuidado, normativamente exigido, que produz um resultado *não desejado* pelo agente, ainda que objetivamente previsível (Bitencourt, 2011, p. 329).

Zaffaroni e Pierangeli (2011) explicam a diferença entre os tipos doloso e culposo pela ótica da finalidade da conduta. No tipo culposo – que, assim como o tipo doloso, veicula uma proibição de conduta – *não há* individualização da dita conduta por sua finalidade ilícita e sim pela forma como a finalidade é atingida, a saber, viola-se o dever de cuidado, originando o resultado indesejado por imprudência, imperícia ou negligência (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 441). Cumpre destacar, de acordo com os mencionados autores, que inexistente um dever de cuidado geral (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 443), pois cada conduta especificamente considerada corresponde a determinado dever de cuidado evidenciado pelas circunstâncias concretas.

Em sentido semelhante ao apresentado no parágrafo anterior, Cezar Roberto Bitencourt (2011) explica que existe diferença no “conteúdo estrutural” dos tipos doloso e culposo. Enquanto no tipo doloso se pune a conduta direcionada a um fim ilícito, proibido por lei, no tipo culposo repreende-se a conduta que, embora destinada a um fim lícito e, assim, penalmente irrelevante, foi “mal dirigida” (Bitencourt, 2011, p. 329), desdobrando-se em resultado indesejado.⁵¹

ressalvados tipos previstos em leis especiais. § 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. § 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. [...]” (Brasil, 1992a, n. p.).

⁵⁰ São numerosos os debates sobre as semelhanças e distinções entre direito administrativo sancionador e direito penal, bem como sobre a autonomia jurídico-científica do primeiro em relação ao segundo. Cita-se, por representativa, a obra produzida por Alice Voronoff (2018) sobre o tema. A autonomia do direito administrativo sancionador em relação ao direito penal foi reforçada pelo Supremo Tribunal Federal, que, ao apreciar o Recurso Extraordinário com Agravo n. 843.989/PR, no qual se discutiu a constitucionalidade de dispositivos da Lei n. 14.230/2021, que alterou a Lei n. 8.429/1992, afirmou: “O princípio da retroatividade da lei penal, consagrado no inciso XL do artigo 5º da Constituição Federal (‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’) não tem aplicação automática para a responsabilidade por atos ilícitos civis de improbidade administrativa, por ausência de expressa previsão legal e sob pena de desrespeito à constitucionalização das regras rígidas de regência da Administração Pública e responsabilização dos agentes públicos corruptos com flagrante desrespeito e enfraquecimento do Direito Administrativo Sancionador” (Brasil, 2022b, p. 4).

⁵¹ Ao explicar a distinção entre dolo e culpa com base na teoria da culpabilidade de Hans Welzel, Frederico Horta expõe, a respeito da culpa, que: “Como bem observa Welzel, nos crimes culposos o conteúdo da vontade é desconsiderado, e só se reprova a vontade porque ela não observa a orientação

O cerne do tipo culposo está, portanto, na discrepância observada entre a ação que foi efetivamente realizada e a ação que *deveria ter sido praticada*, caso tivesse sido observado o dever de cuidado exigido. Mais do que isso, para que se configure o tipo culposo, exige-se que a violação do dever de cuidado seja determinante para a produção do resultado indesejado, não bastando a relação de causalidade entre a conduta faltosa e a ocorrência de um resultado vedado por lei (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 447).

Ademais, o dever de cuidado pode estar previsto em lei, na hipótese de atividades regulamentadas, a exemplo da direção de veículos automotores, e reportar-se a “regras sociais de cuidado” (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 445) que não devem se referir a formulações genéricas como “homem médio”, mas, sim, a um princípio geral de confiança assentado sobre a premissa de que:

[...] desenvolve-se de acordo com o dever de cuidado a conduta daquele que, em qualquer atividade compartilhada, mantém a confiança em que o outro se comportará conforme ao dever de cuidado, enquanto não tenha razão suficiente para duvidar ou acreditar no contrário (Zaffaroni; Bitencourt, 2011, p. 446).

Diante do exposto, vê-se que a culpa possui natureza normativa, refletida na discrepância objetivamente aferida entre a conduta faltosa e aquela que deveria ter sido produzida, uma vez observados os preceitos da ordem jurídica relativamente ao dever de cuidado requisitado no caso concreto.

Nesse ponto, é de suma importância a explicação de Bitencourt (2011) quanto à configuração da culpa no âmbito penal, a saber:

A tipicidade do crime culposo decorre da realização de uma conduta não diligente, isto é, descuidada, causadora de uma lesão ou de perigo concreto a um bem jurídico-penalmente protegido. Contudo, a falta do cuidado objetivo devido, configurador da imprudência, negligência ou imperícia, é de natureza objetiva. Em outros termos, no plano da tipicidade, trata-se apenas de analisar se o agente agiu com o cuidado necessário e normalmente exigível. No entanto, o emprego adequado da diligência necessária deve ser aferido nas condições concretas, existentes no momento do fato, além da

final mínima exigida, ao adotar o cuidado necessário. Mas a irrelevância do conteúdo da vontade para a punibilidade só se justifica quando esse conteúdo *não corresponde* ao resultado juridicamente desaprovado da conduta, que nesses casos está geralmente orientada para resultados irrelevantes, ou muitas vezes até socialmente valiosos. Por outro lado, quando o agente atua em erro vencível quanto à ilicitude do resultado típico para o qual orienta sua conduta, a reprovabilidade desta já não decorre apenas da forma de realização, mas do próprio conteúdo da vontade, que por si só contraria os valores objetivos do Estado, pois corresponde a um fato juridicamente proibido” (Horta, 2016, p. 170, grifos acrescidos).

necessidade objetiva, naquele instante, de proteger o bem jurídico (Bitencourt, 2011, p. 330, grifos acrescidos).

Integra o conceito de culpa a possibilidade de que o indivíduo, considerada sua específica capacidade, conheça o perigo que sua conduta apresenta a bem jurídico alheio, bem como preveja resultado condizente com esse conhecimento (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 448). Essa previsibilidade dispensa o recurso à fórmula já citada do “homem médio”, pois calcada na capacidade de previsão individualmente considerada.

Assim, o tipo culposo constitui-se dos seguintes elementos: inobservância do dever de cuidado objetivamente exigido; nexos causal entre a conduta do agente e o resultado indesejado produzido; previsibilidade objetiva do resultado e “conexão interna entre o desvalor da ação e o desvalor do resultado” (Bitencourt, 2011, p. 332).

Outro aspecto importante a ser ressaltado é o de que o agir arriscado ou descuidado, isoladamente considerados, não implicam necessariamente a violação do dever objetivo de cuidado exigido pela norma penal. Bitencourt (2011) explica que o agir negligente ou não diligente penalmente relevante é aquele que ultrapassa os limites de perigo aceitáveis pela sociedade na atividade desenvolvida (Bitencourt, 2011, p. 333). Daí a importância de diferenciar entre o fato culposos punível e o fato impunível decorrente de “risco juridicamente tolerado” (Bitencourt, 2011). Quanto a esse último aspecto, vê-se a conexão entre os ensinamentos relativos à dogmática penal, acima reproduzidos, e as distintas elaborações teóricas de administrativistas, que: a) associam o erro (administrativo) à culpa;⁵² b) defendem que nem todo erro deve ser punido, havendo que se considerar a existência de erro sem culpa (Dionisio, 2021) ou praticado com grau “irrelevante” de culpa. O aspecto principal a ser considerado, nesse ponto, é que, no direito administrativo, nem todo comportamento errôneo/culposos deve ser punido.

A antijuridicidade penal, diante das considerações apresentadas, constitui um dos aspectos de valoração do delito, ao lado de tipicidade e culpabilidade. Embora o sentido de “antijuridicidade” não seja unívoco, destaca-se a compreensão de que ela nomeia ou qualifica a contradição entre uma específica ação proibida e as normas legais.⁵³

⁵² Veja-se, à propósito, Gustavo Binenbojm e André Cyrino (2018).

⁵³ “A antijuridicidade é um predicado e o injusto um substantivo. O injusto é a forma de conduta antijurídica propriamente: a perturbação arbitrária da posse, o furto, a tentativa de homicídio etc. A

Feitos os esclarecimentos precedentes, há mais subsídios para compreender, dentro dos limites e objetivos desta tese, o sentido de erro para estudiosos da dogmática penal.

Explica Bitencourt (2011) que o erro, ou, segundo o autor, a falsa percepção da realidade que vicia a vontade, pode recair tanto sobre os elementos estruturais do tipo penal – o chamado erro de tipo – quanto sobre a ilicitude da ação praticada (antijuridicidade), sendo denominado, neste último caso, de erro de proibição. O erro de proibição, ligado à consciência da ilicitude, diz respeito à culpabilidade, diferindo-se, portanto, do erro de tipo, que diz respeito à tipicidade da conduta⁵⁴ (Bitencourt, 2011, p. 438).

Para Zaffaroni e Pierangeli (2011), a diferenciação entre o erro de tipo, que exclui a tipicidade (se invencível), e o erro de proibição, que pode afastar completamente a culpabilidade, se sustenta dentro do “[...] marco de uma teoria do delito elaborada sobre a base de um tipo complexo” (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 430). Contrariamente, na denominada “teoria unitária do erro”, perde significado a distinção entre erro de tipo e erro de proibição, já que, ao localizar tanto o dolo quanto a culpa na culpabilidade, qualquer erro se torna também um problema de culpabilidade, seja ele sobre os requisitos do tipo ou sobre a proibição da conduta (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 430-431).

A teoria unitária referida no parágrafo anterior salienta outro tipo de divisão, a saber: aquela existente entre *erro de fato* e *erro de direito* (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 431). Contudo, tal diferenciação passa a ser considerada problemática pela dificuldade de apartar as duas espécies de erro, em um nível mais profundo de análise, e por subsidiar a compreensão de que o erro de direito não teria relevância penal e, assim, não poderia “servir de escusa” à conduta do agente,⁵⁵ correspondendo

antijuridicidade, por sua vez, é uma qualidade dessa forma de conduta, mais precisamente a contradição em que se encontra com o ordenamento jurídico” (Bitencourt, 2011, p. 346-347).

⁵⁴ A “virada conceitual” que permite diferenciar erro de tipo do erro de proibição tem a ver com o surgimento da teoria finalista, que passa a distinguir o dolo da culpabilidade (juízo da reprovação da conduta). Frederico Horta (2016) explica esse movimento nos seguintes termos: “[...] quando se separa o dolo da culpabilidade, distinguindo-se objeto da reprovação em relação à reprovação do objeto, é possível perceber que a consciência da ilicitude não é o que se reprova, mas uma razão da reprovação. Claro fica, dessa forma, que a *consciência da ilicitude não pertence ao dolo, mas à culpabilidade*. E deixando assim de ser objeto valorado para se tornar fundamento do juízo de reprovação, a consciência da ilicitude não há mais de ser efetiva e atual, como o dolo, mas pode ser meramente potencial” (Horta, 2016, p. 168, grifos acrescidos).

⁵⁵ Frederico Horta (2016, p. 118) explana que, desde a antiguidade clássica até meados do século XX, o tema da relevância jurídico-penal do erro do agente foi tratado primordialmente em referência à distinção entre erro de fato e erro de direito. Segundo referido o autor, remonta ao direito romano o

à máxima *error juris nocet* (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 430-431). Em que pesem tais argumentos, Zaffaroni e Pierangeli (2011) destacam que a construção teórico-normativa segundo a qual o conhecimento da lei e a consciência da ilicitude da conduta são aspectos distintos acabou por prevalecer,⁵⁶ restando positivada no Decreto-Lei n. 2.848/1940 (Código Penal brasileiro), em seu art. 21.⁵⁷

Nessa perspectiva, erro de tipo é aquele que recai sobre circunstância que constitua elemento essencial do tipo penal, caracterizando-se como ignorância ou falsa percepção da realidade acerca de algum elemento do crime (Bitencourt, 2011, p. 447).⁵⁸ No erro de tipo, o agente ignora ou percebe falsamente algum elemento estrutural à própria caracterização do delito.

Zaffaroni e Pierangeli (2011) acrescentam, quanto ao erro de tipo, que se trata “[...] do fenômeno que determina a ausência de dolo quando, havendo uma tipicidade

reconhecimento da relevância jurídica do erro, assim como a interpretação outrora predominante, transformada em máxima geral, de que apenas o erro de fato não prejudica, enquanto o erro de direito prejudicaria a todos (Horta, 2016, p. 118-119). Para Horta, a compreensão segundo a qual seria inescusável o erro de direito deriva mais da doutrina construída por intérpretes do século XIX do que propriamente do sistema jurídico do qual diz derivar, afinal, a “[...] dimensão casuística do direito romano e as conseqüentes modulações [...] que as peculiaridades dos casos concretos impõem, confirmam-se quando, ampliado o campo de análise, verificam-se exceções importantes à inescusabilidade do erro de direito, nas próprias fontes romanas. [...] Tais exceções confirmam que, já entre os romanos, a irrelevância da falta de consciência da ilicitude não se afirmava de um modo peremptório, sempre e simplesmente porque decorresse de um erro de direito. A inescusabilidade do erro de direito era apenas a solução mais comum de um problema, todavia, mais complexo” (Horta, 2016, p. 120-121). Mesmo na modernidade, em nações da Europa continental, encontram-se exemplos de relativização da inescusabilidade do erro de direito, inclusive com fundamento na garantia dos cidadãos contra o exercício arbitrário do poder do Estado (Horta, 2016, p. 123). Contudo, com o recrudescimento das codificações, abraçou-se como princípio absoluto a inescusabilidade do erro de direito, sem que se levasse em conta as exceções existentes já na fonte romana e aquelas elaboradas posteriormente com o desenvolvimento dos diferentes direitos nacionais (Horta, 2016, p. 125).

⁵⁶ A propósito da consagração, no direito positivo brasileiro, da relevância jurídica da consciência da ilicitude: “A previsão de isenção da pena aos que incorrem em erro inevitável sobre a ilicitude do fato que praticam, no art. 21 do CP, por meio da reforma operada na sua Parte Geral em 1984, representou a plena consagração legal da relevância da consciência da ilicitude no direito penal brasileiro. Tal dispositivo, quando confrontado com a intransigente negativa de efeitos eximentes de pena à ignorância ou errada compreensão da lei, na redação original do art. 16 do CP/1940, representou um importante avanço no sentido da concretização do princípio da culpabilidade. Pois por meio do vigente art. 21 do Código Penal Brasileiro, consignou-se finalmente na lei penal brasileira que os efeitos jurídico-penais do erro não se definem exclusivamente pelo seu objeto – conforme seja o fato ou o direito, o tipo ou a proibição – mas também, e fundamentalmente, pela sua censurabilidade ou atribuição à responsabilidade do agente” (Horta, 2016, p. 125-126).

⁵⁷ “Art. 21 - O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço. Parágrafo único - Considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência” (Brasil, 1940, n. p.).

⁵⁸ Bitencourt (2011) esclarece: “É indiferente que o objeto do erro se localize no mundo dos fatos, dos conceitos ou das normas jurídicas. Importa, sim, que faça parte da estrutura do tipo penal. Por exemplo, no crime de calúnia, o agente imputa falsamente a alguém a autoria de um fato definido como crime que, sinceramente, acredita tenha sido praticado. Falta-lhe o conhecimento da elementar típica ‘falsamente’, uma condição do tipo. Se o agente não sabia que a imputação era falsa, não há dolo, excluindo-se a tipicidade, caracterizando-se o erro de tipo” (Bitencourt, 2011, p. 447).

objetiva, falta ou é falso o conhecimento dos elementos requeridos pelo tipo objetivo” (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 427). Assim, inclusive por expressa previsão legal (art. 20 do Código Penal),⁵⁹ o erro de tipo exclui o dolo, por fazer desaparecer a finalidade típica, que consiste na *vontade* de realizar a conduta vedada objetivamente descrita em lei. Afinal, como explanam Zaffaroni e Pierangeli (2011), se “Dolo é querer a realização do tipo objetivo; quando não se sabe que se está realizando um tipo objetivo, este querer não pode existir e, portanto, não há dolo [...]” (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 428). Justamente por isso, quando o erro de tipo é vencível, pode dar lugar, a depender de previsão legal, ao tipo culposo.

A seu turno, erro de proibição corresponde à ausência de consciência do injusto e à sua eventual escusabilidade. Em outros termos, erro de proibição relaciona-se à “[...] concreta ausência, no agente, no momento da ação, da consciência da ilicitude de uma determinada conduta” (Bitencourt, 2011, p. 438). Ademais, quando se trata de erro de proibição, necessário considerar que:

Sendo a culpabilidade normativa, estará sempre presente um juízo de valor sobre a ação humana, e, assim, o erro só será justificável e, portanto, inevitável, se não decorrer de censurável desatenção ou falta de um dever cívico de informar-se, que, nas circunstâncias, se impõe (Bitencourt, 2011, p. 441).

Erro de proibição é, portanto, uma questão de culpabilidade, referindo-se à compreensão da antijuridicidade da conduta (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 551). A inimputabilidade decorrente do erro de proibição decorre de duas principais causas, a saber: 1) da incapacidade de o sujeito compreender a antijuridicidade do comportamento, circunstância que *exclui* a culpabilidade; 2) da incapacidade de o sujeito determinar sua conduta conforme a compreensão da antijuridicidade, hipótese que afasta a culpabilidade em razão do estreitamento do “âmbito de autodeterminação do sujeito” (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 552).

Face às considerações supra, torna-se evidente a distinção entre erro de tipo e erro de proibição, já que este último, diferentemente do primeiro, incide sobre a ilicitude da conduta. Caracteriza-se como a suposição errônea (ou completa ignorância) de que um dado comportamento é lícito quando, efetivamente, não o é. Sucintamente, no erro de proibição, “O agente supõe permitida uma conduta proibida.

⁵⁹ “Art. 20 - O erro sobre elemento constitutivo do tipo legal de crime exclui o dolo, mas permite a punição por crime culposo, se previsto em lei” (Brasil, 1940, n. p.).

O agente faz um juízo equivocado do que é permitido fazer em sociedade” (Bitencourt, 2011, p. 448).

A exposição dos conceitos de “erro de tipo” e “erro de proibição” permite que se volte ao tema da culpabilidade, conectando-os.

Bitencourt (2011, p. 449) expõe que só é culpável o que também for reprovável.⁶⁰ Dessa forma, a ausência de consciência da ilicitude de determinado comportamento, quando for inevitável, *exclui a culpabilidade*. Porém, o erro vencível permite a responsabilização do agente por culpa (Bitencourt, 2011, p. 449).

Cometido erro de tipo essencial (Bitencourt, 2011, p. 449), fica excluído o dolo, porém, caso esse erro tenha sido *evitável*, ainda é possível a punição por crime culposo, desde que exista previsão em lei, já que persiste a contrariedade ao ordenamento jurídico traduzida na culpabilidade. O erro de tipo *inevitável*, a seu turno, exclui a própria tipicidade (Bitencourt, 2011, p. 449).

O raciocínio é diferente quando se trata do erro de proibição, como já se adiantou: quando este for *inevitável*, afasta-se a culpabilidade e, com ela, a possibilidade de punição, uma vez que não existe crime sem culpabilidade (Bitencourt, 2011, p. 449-450). Se o erro de proibição for *evitável*, mantém-se a punição, mas reduz-se a pena (Bitencourt, 2011, p. 449-450), isso, inclusive, de acordo com a previsão do *caput* do art. 21 do Código Penal,⁶¹ já citado neste tópico.

⁶⁰ Frederico Horta (2016) destaca as nuances da responsabilização a partir da moderna teoria da culpabilidade no direito penal: “[...] pela teoria da culpabilidade o dolo se mantém íntegro, mesmo quando o agente desconhece o caráter ilícito da sua conduta. [...] o autor de um injusto que incorre em erro sobre a ilicitude do fato, para a teoria da culpabilidade será ainda assim doloso o injusto por ele praticado, e como tal será punível, mesmo que com pena atenuada, desde que lhe fosse possível atingir a consciência que lhe faltou da ilicitude. Dessa forma, a teoria da culpabilidade evita a impunidade do erro inescusável sobre a ilicitude do fato, que pela teoria do dolo se impõe à falta da modalidade culposa do crime” (Horta, 2016, p. 170).

⁶¹ Em síntese: “A diferenciação dos efeitos do erro, afinal, também decorre daquilo que se pode considerar o pressuposto elementar da teoria da culpabilidade; a separação entre o dolo e a consciência da ilicitude; aquele como elemento do tipo e, portanto, como objeto do juízo de reprovação no qual consiste a culpabilidade, e esta como uma razão da reprovação que recai sobre o dolo e, portanto, como elemento da culpabilidade. [...]. Consequentemente, se o agente desconhece ou não representa corretamente alguma das circunstâncias objetivas do tipo legal que realiza, não atua com dolo e sua conduta só configura um injusto punível se houver previsão legal da forma culposa de tal crime, e se o erro do agente for atribuído à inobservância do devido cuidado para evitá-lo. Já quando o erro versar sobre a ilicitude da conduta, o dolo permanecerá íntegro e com ele o injusto que o agente tiver praticado. Essa forma de erro, que recai diretamente sobre a proibição da matéria determinada pelo tipo, só tem relevância para a culpabilidade, isto é, para a verificação e a graduação da reprovabilidade do injusto, segundo a teoria da culpabilidade. Pois se o conhecimento da ilicitude da sua conduta não estava ao alcance do agente, considerados os ‘limites da sua capacidade de conhecimento ético-social’, o seu erro é escusável e, consequentemente, não será culpável a conduta típica e ilícita por ele praticada. Se, contudo, o erro é vencível, pois poderia o agente atingir a consciência da ilicitude de sua conduta ‘com um pouco mais de cuidado’, sua resolução de vontade lhe será reprovada, assim como o injusto por ela conduzido, embora em menor grau ou menor intensidade

Para concluir o tópico, considera-se importante destacar a lição de Zaffaroni e Pierangeli (2011) a respeito da ligação estreita entre o exame da circunstância concreta, caso a caso, e a análise da evitabilidade do erro:

Erro “vencível”, ou “evitável”, será aquele que se pode exigir do autor que o supere [...] estamos absolutamente seguros de que não é possível estabelecer-se regras fixas que sejam úteis nos casos limites, posto que a exigibilidade de compreensão, vale dizer, a exigência de entendimento da ilicitude, ou, o que dá no mesmo, *a evitabilidade do erro, é questão que deverá ser determinada caso a caso*, tomando-se em conta características pessoais, profissionais, grau de instrução, grupo cultural, obscuridade da lei, contradição das decisões jurisprudenciais ou administrativas a respeito, [...]. Como em qualquer limite da culpabilidade, não é possível fixar regras que passam pelo alto nas particularidades individuais (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 561, grifos acrescidos).

Cumprido o propósito de apresentar, nos limites do escopo deste trabalho, os conceitos de erro para o direito civil e para o direito penal, passa-se, adiante, a tratar do erro para o direito administrativo. Adianta-se que, embora se encontre, entre administrativistas, o uso de termos que são próprios de um ou outro ramo jurídico, como escusabilidade e substancialidade (direito civil) e culpabilidade (direito penal), tais expressões e seus significados não podem ser acriticamente importados pela doutrina ou jurisprudência administrativista. O fundamento para essa afirmação está no regime jurídico-administrativo, com sua disciplina, regra geral, diferenciada das prerrogativas e deveres dos agentes públicos, os quais, no exercício de suas funções, não agem regidos pela autonomia privada ou movidos por interesses egoísticos individuais. A discussão sobre a influência dos distintos ramos sobre o direito administrativo, quando couber, será pautada nessas considerações.

2.3.1.3 O erro no direito administrativo

As explanações nos dois tópicos anteriores acerca do regime jurídico do erro para o direito civil e para o direito penal, campos da dogmática em que o estudo de tal figura jurídica remonta há séculos, instiga que se posicione, desde já, no seguinte sentido: enquanto ramo da dogmática jurídica, o direito administrativo é relativamente recente. Sua origem remonta ao surgimento e desenvolvimento do Estado liberal, de

do que seria se o agente estivesse plenamente consciente da ilicitude dessa resolução. Se o erro é vencível, portanto, a culpabilidade é atenuada, mas ainda se verifica, e o fato é punível com as penas correspondentes ao dolo – pois se trata de um injusto doloso culpável” (Horta, 2016, p. 171-172).

fins do século XVIII e início do século XIX. Em muitos sentidos, cuida-se de ramo da dogmática jurídica construído em oposição a, ou em referência a outros ramos, tendo como parâmetro principal de comparação o direito privado. Buscou-se desenvolver, dessa forma, um direito que fosse especial à administração pública. Um regime jurídico diferenciado. Tal constatação, obviamente, afeta as construções teóricas, jurisprudenciais e o direito administrativo positivo. Não poderia ser diferente com o erro administrativo.

De fato, estudar a fundo os institutos do direito administrativo, entender sua gênese, e compará-los quando necessário a outros ramos do direito, requer a revisitação, ainda que breve, da história do desenvolvimento desse ramo jurídico publicista.

É comum entre os estudiosos, afinal, a concepção de que o direito administrativo, de berço francês, surgiu e se desenvolveu originalmente a partir da “autonomização” da jurisdição administrativa, que se refletiu na criação de normas próprias de direito administrativo (Estorninho, 2003, p. 2023).

Nesse contexto, para além de quaisquer justificativas técnicas que pudessem ser arroladas como motivo para o recrudescimento da jurisdição administrativa na França, sobretudo a partir do início do século XIX, sobressai a motivação política, alicerçada no princípio da separação de poderes, a embasar um regime jurídico próprio aplicado à atividade administrativa em contraponto ao direito comum/privado.⁶²

A divisão entre direito público e direito privado apresentou nuances desde as origens de seu desenvolvimento no âmbito administrativo, contudo, prevaleceu a noção de que, por desenvolver atividades próprias, a administração deveria ser submetida a regime jurídico especial não sindicável pelos juízes comuns. Tal noção, inclusive, deu margem para a visualização de componentes autoritários no regime jurídico especial, a par dos propalados valores liberais, uma vez que:

⁶² “A Assembleia constituinte francesa afirmou claramente, desde o início, a interdição de as jurisdições comuns conhecerem dos litígios administrativos. Segundo a lei de 16 – 24 de Agosto de 1790 ficou estabelecido que ‘as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, seja de que modo for, as operações dos corpos administrativos’. [...] A principal razão foi [...] de natureza política: a jurisdição administrativa surgiu devido à especial interpretação que, ‘à luz de uma tradição’ [...] foi feita do princípio da separação de poderes. [...] De facto, tendo ainda bem presente a recordação das lutas tradicionais travadas pelo Parlamento contra a administração real e receando que essa tradição fosse retomada, eles preferiram optar por entender que ‘julgar a Administração é ainda administrar’” (Estorninho, 2003, p. 24).

Pensar apenas na perspectiva da garantia da posição jurídica do cidadão no confronto com a Administração significa votar ao esquecimento a outra face do problema, constituída pela vontade – de peso igual e de sentido contrário – de subtrair os litígios da Administração ao juiz comum (Estorninho, 2003, p. 25).

Contudo, a crescente diversidade das tarefas administrativas demandou a complexificação do raciocínio jurídico acerca do regime de direito aplicável. Entendeu-se, assim, que a administração desenvolvia atividades próprias, submetidas a regime jurídico especial de direito público, ao mesmo tempo em que algumas de suas atividades, sobretudo no âmbito contratual, estariam sujeitas ao regime jurídico comum, de direito privado.

Assim, a devolução da atividade contratual da administração pública ao direito privado, ao longo dos primórdios do desenvolvimento da jurisdição e da doutrina administrativista, está ligada à divisão dos atos da administração entre atos de autoridade e atos de gestão: os primeiros submetidos ao regime especial de direito público; os últimos sujeitos ao regime comum de direito privado, dentro da concepção contratual monista (Estorninho, 2003, p. 31). Nesse sentido, como explica Estorninho (2003):

O Direito Administrativo é associado a uma ideia de poder público. A submissão da Administração ao Direito Público é considerada não apenas como uma solução excepcional, mas sim como uma solução que deve ser excepcional e que se espera poder reduzir ao mínimo possível. O Direito Privado é visto como regra geral e só em casos excepcionais e na estrita medida do necessário é que se aceita a aplicação de um direito especial (Estorninho, 2003, p. 30).

Ainda que na matriz francesa tal divisão estanque entre o que se submetia ao direito público e ao direito privado tenha sofrido temperamentos ao longo do tempo, especialmente depois do reconhecimento de que, no âmbito da atividade contratual da administração pública, havia contratos sujeitos ao regime jurídico de direito público e contratos aos quais se aplicava o regime jurídico de direito privado, a associação primordial do direito administrativo ao exercício do poder e à excepcionalidade de regime jurídico nunca deixou de existir.⁶³

⁶³ Para Gustavo Binenbojm (2024), que se propõe a revistar as origens do direito administrativo, em releitura crítica, o surgimento dessa disciplina e de suas categorias jurídicas primordiais, tais como supremacia do interesse público, discricionariedade e insindicabilidade do mérito administrativo, segundo o autor, “teriam representado antes uma forma de reprodução e sobrevivência de práticas

Em vista dessa gênese, que nunca teria sido completamente abandonada, mas que foi paulatinamente atenuada com o transcorrer da história e o desenvolvimento do Estado e da própria administração pública,⁶⁴ é que se pode compreender institutos e categorias jurídicas do direito administrativo,⁶⁵ mesmo aquelas sobre as quais os estudos, no direito brasileiro, são mais recentes, como é o caso do erro administrativo.

Na verdade, para tratar do erro ou de qualquer outra categoria jurídica do direito administrativo, é preciso ter em mente a complexidade desse ramo jurídico, marcado, em sua revolução histórica, pela “[...] sucessão de impulsos contraditórios, produto da tensão dialética entre a lógica da autoridade e a lógica da liberdade” (Binenbojm, 2024, p. 54).

administrativas do Antigo Regime do que a sua superação” (Binenbojm, 2024, p. 50). Afinal, “O direito administrativo não surgiu da submissão do Estado à vontade do legislador [...]. A formulação pelo *Conseil d’État* (Conselho de Estado francês), de soluções diversas das que resultariam da aplicação do direito civil aos casos envolvendo a Administração Pública, só foi possível em virtude da postura ativista e insubmissa daquele órgão administrativo à vontade do Parlamento. A conhecida origem pretoriana do direito administrativo, como construção jurisprudencial derogatória do direito comum, traz em si essa contradição: a criação de um direito especial da Administração Pública resultou não da vontade geral, expressa pelo Legislativo, mas de decisão do próprio Executivo. *Essa circunstância histórica desafia a crença nos alicerces liberais do direito administrativo: [...] Nenhum objetivo de garantia de direitos se poderia esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados*” (Binenbojm, 2024, p. 50-51, grifos acrescidos).

⁶⁴ Na verdade, a revisitação da história do direito administrativo não é recente, muito menos exclusiva à doutrina brasileira. Conforme explicita Floriano de Azevedo Marques Neto (2017), em referência à doutrina de Paulo Otero, operaria sobre os estudiosos a ilusão acerca da “gênese garantística” do direito administrativo, já que, desde o início, essa disciplina jurídica estaria apoiada “na consagração e efetivação da autoridade em detrimento da liberdade dos indivíduos” (Marques Neto, 2017, p. 97). Ademais, em referência às lições de Massimo Severo Giannini, o autor (Marques Neto, 2017, p. 97) questiona a associação quase automática entre o surgimento do Estado de Direito e a adoção do princípio da separação dos poderes ao advento do direito administrativo, já que circunstâncias históricas semelhantes nos principais países de direito anglo-saxão não teriam resultado na aparição desse novo ramo jurídico em suas fronteiras.

⁶⁵ O movimento de revisitação das origens do direito administrativo, associando-o ao autoritarismo absolutista, não é pacificamente aceito pela doutrina administrativista brasileira. Estudiosos têm se dedicado a questionar as premissas das recentes críticas às origens do direito administrativo, classificando-as até mesmo de “nova retórica”, que não se preocuparia em explorar a fundo a historiografia (Gabardo; Hachem, 2010, p. 156). Em síntese, defendem os autores que a sobrevivência de práticas autoritárias do Antigo Regime após as revoluções do fim do século XVIII *não contraria* o assentamento das bases do direito administrativo, desde os primórdios, sobre as ideias de Estado de Direito e da separação de poderes. Ademais, argumentam que as origens das práticas antirrepublicanas e arbitrarias do poder público no Brasil se devem mais à sua “própria história personalista e carente de um real espírito republicano” do que a um possível autoritarismo “de base” do direito administrativo; na verdade, seria esse ramo jurídico, calcado nos princípios da ilustração, o responsável pela mudança de mentalidade e dissolução das resistências às novas práticas institucionais pós-revoluções (Gabardo; Hachem, 2010, p. 157). Nesse sentido: “[...] embora para alguns possa ser aparentemente lógica, é historicamente insustentável a afirmação de que o Direito Administrativo possuiria raízes autoritárias, em razão das quais o princípio da supremacia do interesse público não teria nada de liberal ou emancipador. [...] O reconhecimento formal de um novo Direito Administrativo que se submete à lei e não ao soberano ou ao Direito tradicional-costumeiro do medievo torna-o sem dúvida alguma um instrumento de libertação e não somente de dominação” (Gabardo; Hachem, 2010, p. 159).

Assim, investigar o erro enquanto categoria jurídica demanda que se voltem os olhos para as normas relativas à responsabilidade de quem o pratica, afinal, seja para o direito administrativo, o direito penal ou o direito civil, o erro está associado a uma desconformidade frente à ordem jurídica.

Tal desconformidade, descrita nas seções 2.3.1.1 e 2.3.1.2, relativas ao direito civil e ao direito penal, respectivamente, pode gerar consequências negativas para a esfera jurídica de quem comete o erro, ou mesmo para terceiros, a depender de fatores como sua cognoscibilidade.

No direito administrativo, há que lembrar que os agentes públicos estão adstritos a uma série de normas de matriz constitucional que determinam sua responsabilidade pela adequada gestão da coisa pública (*i.e.* gestão aderente às normas jurídicas), e/ou que preveem responsabilização na hipótese de desconformidade ao ordenamento.

Destaca-se, nesse sentido, a previsão do parágrafo único do art. 70 da Constituição de 1988,⁶⁶ que estipula a responsabilidade do agente pela prestação de contas da gestão financeira e patrimonial dos recursos públicos, assim como o §6º do art. 37, também da Constituição,⁶⁷ que determina a responsabilidade dos prestadores de serviços públicos pelos danos provocados a terceiros.

Tais normas constitucionais, regulamentadas pela multiplicidade de normas legais que estipulam deveres aos agentes públicos, *i.e.* condutas a serem adotadas para que a atuação pela administração pública seja considerada legal, conforme ao sistema jurídico, são usualmente acompanhadas da previsão de penalidades, caso sejam descumpridas.

A relação entre conduta juridicamente exigida, comportamento ilegal face à norma que prevê determinado modo de atuação e a consequência prevista pelo ordenamento jurídico diante da falta ou descumprimento nomeia campo de estudo do

⁶⁶ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. *Parágrafo único.* Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária” (Brasil, 1988, n. p., grifos acrescentados).

⁶⁷ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (Brasil, 1988, n. p.).

direito administrativo que vem ganhando cada vez mais destaque: o direito administrativo sancionador.⁶⁸

Quando se fala em erro do agente público no exercício de suas competências legais, visualiza-se, mesmo sem maior aprofundamento, que determinada conduta era devida ou esperada e que tal comportamento, ou as consequências dele, não se concretizaram em conformidade com o sistema jurídico.

As questões que se colocam são: o que é esse comportamento (*i.e.* o erro), quais são as suas características, e quais as consequências jurídicas em termos de responsabilização do agente que o comete.

Veja-se, a propósito, que, ao tratar do regime jurídico disciplinar do agente público, aquele relativo aos seus deveres e responsabilidades estatutárias, a obra atualizada de Celso Antônio Bandeira de Mello (2023, p. 255) dá conta de que dois elementos são essenciais à caracterização da infração administrativa, quais sejam: a *tipicidade*, que consiste na previsão legal do comportamento, e a *voluntariedade*, ligada à consciência e vontade do agente de praticar determinada conduta, em vista de seu resultado.

Infração administrativa é caracterizada na obra atualizada de Celso Antônio Bandeira de Mello (2023) como o descumprimento *voluntário* de uma norma de direito administrativo, para o qual se prevê sanção decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa, ainda que fora do âmbito da administração pública (Bandeira de Mello, 2023, p. 761).

Nesse raciocínio, se não há voluntariedade no cometimento do ilícito administrativo, caracterizado pela vontade de realizar a específica conduta prevista em lei como antijurídica, não pode haver infração (Bandeira de Mello, 2023, p. 255).

Deve-se recordar, entretanto, que, paralelamente às formulações teóricas sobre o tema, as normas positivadas no sistema jurídico pátrio preveem a responsabilização de agentes públicos pelo cometimento de condutas tidas como antijurídicas, independentemente da vontade de realizá-las. Esse é o sentido, por

⁶⁸ Para Fábio Medina Osório (2019), a teorização inaugural do direito administrativo sancionador remonta a países da Europa ocidental, tais como Itália, Alemanha, França, Portugal e Espanha (Osório, 2019, p. 87). Desse último país, inclusive, derivariam as formulações teóricas acerca da legalidade e da tipicidade no direito administrativo sancionador brasileiro, embora em nosso sistema jurídico, segundo Osório (2019), inexista *previsão expressa* sobre legalidade e tipicidade específicas ao direito administrativo sancionador, como ocorre no ordenamento constitucional espanhol (Osório, 2019, p. 227-228).

exemplo, da previsão do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, do qual se tratará com mais detalhamento no Capítulo 3.

Nesse sentido, busca-se, dentro do direito administrativo, diferenciar culpa de dolo, emergindo a caracterização do erro dessa distinção.

Na atualização da obra de Celso Antônio Bandeira de Mello (2023), a culpa e o dolo surgem como “*qualificadoras* do comportamento humano em relação ao fato praticado em vista de seu resultado” (Bandeira de Mello, 2023, p. 255, grifos acrescidos).

Enquanto qualificadores da conduta, a culpa e o dolo seriam historicamente relevantes à dosimetria da sanção aplicável (Bandeira de Mello, 2023, p. 255). Na atualidade, contudo, em vista de disposições legais tais como a do art. 28 da LINDB, esses elementos teriam se deslocado da dosimetria da penalidade para a própria caracterização da infração, em outras palavras: “Desloca-se a intensidade do comportamento humano (doloso ou culposo) da sanção para a infração” (Bandeira de Mello, 2023, p. 255).

Mais do que isso, o deslocamento dos elementos anímicos teria decorrido da própria previsão legal do “erro grosseiro”, no *caput* do art. 28 da LINDB. Erro grosseiro, segundo o autor (Bandeira de Mello, 2023, p. 255), seria o elemento-chave da transposição do dolo e da culpa da dosimetria da pena para a qualificação da conduta como infração no campo do direito administrativo.

É preciso destacar, entretanto, que a função e o lugar do dolo e da culpa, sobretudo desta última, quando se trata de estudar a figura do erro no direito administrativo, ainda é alvo de debate entre os estudiosos, como se verá no Capítulo 3 desta tese.

Na própria obra de Celso Antônio Bandeira de Mello (2023), faz-se a ressalva de que “até o momento o sistema normativo é nebuloso quanto à fixação do sentido, conteúdo e alcance do conceito de *erro grosseiro*” e de que é possível aproximá-lo “[...] tanto do dolo indireto ou eventual como também da culpa consciente (que são gradações do comportamento doloso e culposo, teorizadas pela doutrina à margem de previsão normativa)” (Bandeira de Mello, 2023, p. 256).

A caracterização do erro no direito administrativo tem perpassado o reconhecimento do caráter pragmático e consequencialista do direito público contemporâneo, no âmbito do qual a relativização de princípios como os da supremacia e da indisponibilidade do interesse público e a valorização da maior

complexidade decisória provocada por contextos de incerteza e indeterminação autorizam “a possibilidade de o direito acomodar decisões erradas, no sentido de o erro não implicar nulidade da atuação administrativa ou a responsabilização individual do gestor público” (Leal, 2021, p. 114).

Nesse cenário, erro seria a aplicação inadequada, errada, do direito (Leal, 2021), que decorre de causas variadas, tais como: desconhecimento do direito aplicável ao caso concreto; desconhecimento dos fatos que exigem, na situação concreta, a atuação do agente público; errônea qualificação de fatos diante das normas jurídicas. Assim, “[...] seria possível, portanto, reconduzir erros a problemas relacionados tanto a pressupostos de fato como a de direito para a justificação de uma decisão jurídica” (Leal, 2021, p. 118).

Exsurge que a figura do erro para o direito administrativo está associada à responsabilização pessoal dos agentes públicos por suas condutas desconformes no desempenho das competências legais.

Contudo, discute-se qual a espécie de erro capaz de gerar a responsabilização do agente, antes mesmo da previsão do *caput* do art. 28 da LINDB. Veja-se que esta lei restringiu a responsabilização do agente público às hipóteses de cometimento de infração às normas jurídicas com dolo ou “erro grosseiro”.

A expressão “erro grosseiro”, em si mesma passível de interpretação, difere, por exemplo, do que prevê a Constituição de 1988, no §6º de seu art. 37, segundo o qual o agente público responderá por danos causados a terceiros em caso de “dolo” ou “culpa”. Justamente por isso, parcela da doutrina defende que:

O mandamento constitucional [do art. 37, §6º] limitou-se a mencionar a “culpa”, sem qualquer graduação quanto à sua intensidade. Contudo, o “erro grosseiro” só comporta a culpa grave, sendo, pois, mais restritiva que a norma constitucional. Pela Constituição, a responsabilidade não decorre de “erro grosseiro”, mas sim de “erro culposo”, que não tem o mesmo sentido (Carvalho Filho, 2020).

O erro, assim, está ligado à culpa, à conduta não deliberada do agente público que viola o ordenamento jurídico e produz resultado ilícito; quando grosseiro, equiparar-se-ia à culpa grave, embora se reconheça que “[...] a Constituição não estabeleceu um sentido de culpa”, cumprindo à legislação infraconstitucional definir e delimitar o alcance do conceito” (Palma; Rosilho, 2021, p. 48).

Por certo, tanto o conceito de culpa quanto o de erro grosseiro estão abertos à ampla interpretação. Pode-se dizer que inexiste, no direito administrativo, teorização sistematizada, própria e específica quanto a essas figuras, embora doutrinadores e aplicadores do direito administrativo venham se dedicando cada vez mais à definição de seu conteúdo, invariavelmente em referência a outros ramos do direito, ainda que não de forma explícita.

Reconhecendo-se a autonomia jurídico-científica do direito administrativo, do ponto de vista teórico, é possível extrair importantes reflexões sobre o que pode ser considerado erro nesse ramo jurídico, a partir de teorias já amadurecidas em outros ramos do direito, como exposto nas seções 2.3.1.1 e 2.3.1.2 deste capítulo.

Sobressaem duas vertentes explicativas dessa figura jurídica. A primeira, de ordem subjetiva e trabalhada nesses termos especialmente pelo direito civil, entende o erro como a falsa ou incompleta percepção do agente sobre a realidade do entorno da conduta que realiza. Se o agente tivesse a consciência inteiramente informada, não teria praticado a conduta da forma que o fez. Pode-se dizer que essa é a concepção clássica do direito civil. A cognoscibilidade – sua possibilidade ou impossibilidade – é o elemento-chave.

À possibilidade de conhecimento do erro, que deve ser sempre avaliada em face das circunstâncias concretas de cada caso, soma-se, como requisito para a sua configuração, a essencialidade ou substancialidade. Em outras palavras, para que as consequências deletérias do erro se concretizem, *e.g.* a invalidação de um negócio firmado, ele deve ter sido determinante para o ato produzido pelo agente cuja conduta é avaliada.

Em outra perspectiva, que se entende não excludente à ótica subjetiva relatada acima, pode-se associar a ausência de consciência característica do erro à culpa, ao evocar a relevância jurídica do descumprimento de específico dever de cuidado exigido em norma. Caminha-se, assim, para o aspecto objetivo da análise do erro. A aproximação, nesse caso, se dá mais propriamente com o direito penal e seu modo de funcionamento, o qual, em alguns aspectos, é assemelhado ao do direito administrativo sancionador, no que tange à aplicação de penalidades.⁶⁹

⁶⁹ Similitude não quer dizer igualdade. Mesmo que se reconheça a unicidade, na origem, do poder punitivo do Estado, as fontes de legitimação do direito penal e do direito administrativo sancionador são distintas, de modo que tais ramos da dogmática se diferenciam por fatores que vão além da diversidade de regimes jurídicos. Nesse sentido, a posição tomada nesta tese a partir do trabalho de Alice Voronoff (2018), segundo quem: “De modo geral, os modelos sancionatórios administrativos foram e são

A culpa, nesse contexto, evoca a dissonância objetivamente verificada entre a conduta que deveria ter sido praticada, por força de lei, e a ação que foi, de fato, realizada.

Na conduta culposa, o agente *não* busca atingir a finalidade ilícita, materializada no resultado contrário ao ordenamento jurídico. A ação do agente, em tese, é voltada à realização de fim lícito, acobertado (ou determinado) pelo direito, porém, é mal dirigida a esse fim. Pode-se argumentar, assim, que a falsa percepção ou completa ignorância das circunstâncias no entorno do agir acarretam o descumprimento de dever de cuidado específico exigido por lei.

Tomando-se novamente como inspiração a teorização acerca da culpa por estudiosos do direito penal, é possível estipular que aqui, no direito administrativo, para que se configure o erro culposos capaz de gerar a responsabilização do agente público, é imprescindível que a transgressão ao dever de cuidado tenha sido a causa determinante para a produção do resultado antijurídico (e indesejado, frise-se). Não basta a mera relação de causalidade entre a conduta faltosa e a ocorrência do resultado vedado por lei, como defendem, aliás, Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 447).

Entende-se, ainda, que o dever de cuidado exigido do agente público, por lei, deve ser específico, avaliado em cada situação concreta, a partir de suas competências e atribuições legais, não sendo suficiente a remissão genérica a padrões de conduta supostamente exigíveis de todo e qualquer agente público, ainda que em circunstâncias semelhantes.

O agir descuidado, não diligente ou arriscado do agente deve produzir (ou ter o potencial para produzir) resultado que viole objeto, relação ou direito protegidos pelas normas de direito administrativo. Isso se torna especialmente relevante quando em causa normas administrativas acerca da proteção e preservação de direitos fundamentais como liberdade, saúde e integridade física e moral dos cidadãos, por exemplo. Estipular a possível produção de dano como condição para a configuração do erro tem a ver com a corrente de leitura do direito administrativo sancionador com

concebidos e implementados para viabilizar a realização de objetivos e demandas do interesse da sociedade; não para castigar o infrator pelos efeitos danosos de uma conduta moralmente reprovável. Logo, *esse é um campo em que o exercício do poder punitivo pelo Estado opera de forma eminentemente prospectiva* (ou “forward-looking”). Sobretudo, busca-se conter riscos e frear ações não desejadas, o que acarreta um olhar marcadamente consequencialista a respeito das sanções administrativas, aproximando-as do modelo de justificação dissuasória [...]. Esse olhar prospectivo que orienta o direito administrativo sancionador o diferencia do viés retributivo do direito criminal e da lógica retrospectiva (ou “backward-looking”) de quantificação das penas” (Voronoff, 2018, p. 99-100, grifos acrescidos).

a qual esta tese se filia, segundo a qual as sanções de direito administrativo possuem viés essencialmente prospectivo, destinado a conter riscos e obstar ações indesejadas, em detrimento do viés retributivo, que evoca a noção castigo, e eminentemente retrospectivo do direito penal (Voronoff, 2018, p. 100-101).

De tudo quanto exposto quanto à natureza jurídica do erro para o direito administrativo, pode-se sintetizar seu significado a partir do amálgama das vertentes subjetiva e objetiva, tratadas acima: erro é a falsa percepção ou completa ignorância da realidade circundante a determinada conduta do agente público, a qual, embora não deliberadamente voltada à produção de resultado antijurídico, se materializa na violação de específico dever de cuidado exigido do agente, conforme a avaliação da situação concreta, podendo provocar dano a bem, direito ou relação jurídica regulada pelas normas de direito administrativo.

Sustenta-se, portanto, que os conceitos de erro e de culpa estão associados no direito administrativo. Cumpre perquirir, de outro turno, a partir do conceito formulado, qual erro do agente público é capaz de gerar a sua responsabilização.

Recorre-se, nesse ponto, às elaborações de Fernando Leal (2021), para quem o sistema jurídico deve comportar a existência de erros que não sejam grosseiros e que, justamente por isso, seriam incapazes de gerar a responsabilização pessoal do agente público que os comete.

Ao buscar responder quando uma decisão no âmbito do direito administrativo pode ser considerada “errada” ou “grosseiramente errada”, Fernando Leal (2021, p. 118) erige dois principais desafios à solução do questionamento, a saber: i) “desafios epistêmicos relacionados ao trabalho com fatos” e a sua relação com a realidade; ii) dificuldade de classificar divergências próprias do processo de interpretação do direito como “expressões autênticas de erro”.

Com efeito, de acordo com o referido autor, o problema da classificação do erro é reconduzido, em última análise, ao exame dos pressupostos de fato e dos pressupostos de direito subjacentes à decisão do agente público (Leal, 2021, p. 119). Nessa linha de argumentação, os problemas suscitados pelo erro dividem-se em quatro principais aspectos, quais sejam: i) conhecimento do direito aplicável; ii) conhecimento dos fatos; iii) qualificação dos fatos face às normas jurídicas; iv) valoração dos elementos de fato e de direito que se tensionam em dada situação concreta.

Neste trabalho, defende-se que a divisão da categoria jurídica do erro entre erro de fato e erro de direito, a qual se adota, serve primordialmente para guiar e instruir o exame da conduta do agente público pelos órgãos de controle, uma vez que se considera que “a identificação do erro está diretamente relacionada à legitimidade da atuação dos órgãos de controle de decisões administrativas” (Leal, 2021, p. 118).

Destaca-se que, na prática diária da administração pública e do controle, a diferenciação entre os dois tipos de erro pode se revelar extremamente difícil ou mesmo inviável, dada a sua interconexão. Isso não invalida, contudo, o esforço de classificação; muito pelo contrário, torna-o essencial à compreensão mais acurada das nuances e desafios impostos por cada comportamento em face da realidade fática e das normas jurídicas aplicáveis a cada caso.

Portanto, partindo da divisão entre as espécies de erro, Fernando Leal (2021) sustenta que essa figura engloba, de um lado, “a ignorância e o conhecimento imperfeito da realidade atual ou preexistente”, o chamado erro de fato (Leal, 2021, p. 118-119); de outro, refere-se ao equívoco na interpretação e na aplicação das leis, assim como na qualificação jurídica dos fatos, o que se denomina erro de direito (Leal, 2021, p. 119).

Quanto ao erro de fato, a ignorância ou a falsa percepção da realidade pode recair sobre fatos atuais, passados, ou mesmo futuros, que instruem a decisão administrativa. A hipótese dos erros sobre o futuro é especialmente delicada, vez que envolve equívocos de prognóstico sobre a realidade projetada, não atual. Nesse sentido, argumenta Fernando Leal (2021), quanto aos erros sobre o futuro, que:

O problema se coloca com especial importância em função da permeabilidade de decisões administrativas a raciocínios consequencialistas, incorporados pelas referidas inclinações pragmáticas que almejam reorientar a prática do direito público. Se, em raciocínios desse tipo, a decisão que se toma agora se justifica pelos efeitos que produzirá no futuro, a falsa percepção de uma realidade que ainda não se conhece pode levar o administrador a optar, no presente, pelo curso errado de decisão. Assim, *se o erro de fato se define pela divergência entre a realidade e o que dela se imagina, não parece haver razão para excluir prognoses erradas do conceito de erro de fato [...]* (Leal, 2021, p. 119-120, grifos acrescidos).

Diante do desafio que qualquer projeção de futuro apresenta, em maior ou menor grau, e tendo em vista que, no direito administrativo, segundo a lei, o erro grave gera a responsabilização pessoal do agente público que o comete, Fernando Leal (2021) propõe que os parâmetros de controle acerca dos erros sobre o futuro

sejam “mais procedimentais” e versem, sobretudo, sobre a “aferição da confiabilidade dos prognósticos realizados” pelo agente público nas suas decisões, em vez de se centrarem na discrepância entre os “fatos antecipados e [os] fatos reais” (Leal, 2021, p. 120).

Há que ter parcimônia no caso dos erros sobre o futuro, pois geralmente eles só são constatados após a tomada de decisão pelo agente público, em raciocínio retrospectivo. Sem parâmetros adequados, qualquer divergência proveniente de equívoco entre a realidade que se projetou e aquela que se fez, de fato, presente, pode provocar a responsabilização pessoal do agente público e, como se adianta, não parece ser essa a tônica do regime sancionador de direito administrativo.

O principal critério para identificar o erro sobre o futuro, nessas circunstâncias, parece ser o da sua “aferibilidade” concreta, na situação posta diante do agente público, o que exige, sim, olhar retrospectivo, mas atento ao “espaço das incertezas que afetam raciocínios consequencialistas, exatamente porque a definição do erro estava indisponível no momento decisório” (Leal, 2021, p. 120).

Mais do que os erros sobre fatos presentes e passados, o erro sobre o futuro torna palpável o raciocínio de que, para que se reconheça que nem toda conduta equivocada do agente público gera punição pessoal – afinal, lembre-se, ele a comete *sem* a intenção de produzir resultado ilícito – é imprescindível a existência, no caso, de espaço de liberdade interpretativa e decisória ao agente.

Destaca-se, nesse ponto, que discricionariedade se relaciona à prerrogativa que a administração possui de optar, com base em critérios de conveniência e oportunidade, entre duas ou mais opções abertas pela norma jurídica, de modo a atender, da melhor forma, ao interesse público em determinado caso concreto (Nohara, 2024, p. 91). Aliás, pode ser que, na situação concreta especificamente considerada, mesmo diante da abertura legal, *inexistia*, de fato, mais de uma opção de conduta à administração, considerado o interesse público específico a ser atendido e as circunstâncias fáticas e jurídicas circundantes. Assim, a efetiva discricionariedade é avaliada pela conjuntura.

Para que o exercício do poder de escolha pela administração pública não seja desvirtuado, resvalando-se em arbítrio, é preciso destacar que discricionariedade “implica a liberdade de atuação *dentro da lei* ou da *moldura normativa* (que abrange regras e princípios) dada pelo ordenamento jurídico” (Nohara, 2014, p. 93, grifos no original). Não há discricionariedade fora do direito, portanto.

Com isso em mente, ressalta-se a correta lição de Irene Nohara (2024) acerca dos fundamentos práticos que sustentam o reconhecimento de espaço de escolha ao agente público. Para a autora:

[...] a vida sempre oferece circunstâncias diferenciadas que exigem do bom administrador ponderações ainda mais sofisticadas do que aquelas que os *standards* normativos permitem extrair [...]. Os agentes públicos não devem ser treinados como robôs, pois a nobre atividade de escolher *a solução que melhor atenda ao interesse público na esfera de discricionariedade* (que por vezes dispõem) *não se coaduna com operações de caráter lógico-dedutivo*. Os interesses públicos são dinâmicos e o agente público não pode ser engessado como se fosse um “operador de *telemarketing*” com um roteiro pormenorizado e sempre incompleto diante de circunstâncias que a atividade administrativa oferece. Assim, do ponto de vista prático, o agente dispõe geralmente de uma margem de opção, dentro das hipóteses legais, diante das diversas decisões possíveis (Nohara, 2024, p. 92, grifos acrescentados).

Reconhecendo-se o legítimo espaço de escolha e ponderação ao administrador público, o erro sobre o futuro capaz de gerar a responsabilização pessoal do agente, portanto, um erro grosseiro, é aquele que: a) provém da manifesta valoração equivocada das alternativas de decisão face à consequência desejada, quando fatores como o conhecimento científico disponível no momento da decisão administrativa, por exemplo, apontavam o curso de ação mais adequado ao caso concreto,⁷⁰ b) resulta do manifesto desatendimento de deveres procedimentais que impõem o ônus de argumentação e de prova em situações de incerteza radical, quando não se pode estimar com probabilidade a relação entre causa e efeito, a fim de se determinar o curso de ação mais adequado visando à produção de determinada consequência visada.

Essa última hipótese de erro se relaciona, por exemplo, às medidas exigidas para debelar as consequências negativas à saúde da população provocadas por um novo vírus de natureza e efeitos desconhecidos ou, de outro turno, de fenômeno climático de grandes proporções cujos efeitos negativos, de larga escala, ainda não

⁷⁰ Veja-se, nesse sentido, a lição de Fernando Leal (2021): “Nos casos de tomada de decisão sob condições de risco, *i.e.*, em que as relações entre alternativas de decisão e consequências são meramente prováveis, ainda que a incerteza possa ser estimada por meio da indicação de probabilidade de ocorrência de certos efeitos, o erro grosseiro poderia se configurar exclusivamente como produto da valoração equivocada de alternativas de decisão em razão da atribuição de probabilidades muito erradas sobre a ocorrência de certos efeitos. [...] Nessa situação, ainda que a relação entre a alternativa decisória e os efeitos perversos por ela passíveis de serem produzidos continue incerta, o erro na quantificação da incerteza que induz a decisão autorizativa poderia ser considerado grosseiro em razão da abissal distância entre os dois pontos percentuais” (Leal, 2021, p. 121).

foram medidos ou estudados. Diz-se, nesses casos, que a incerteza é radical pois se impõe a ignorância sobre causas, natureza ou efeitos, razão pela qual não se justifica a responsabilização pessoal do agente tão somente a partir da ótica retrospectiva a respeito do que poderia ter sido feito quando os fatos se concretizaram. Entretanto, continua-se a exigir, como corolário do dever de cuidado, que o decisor tenha adotado as medidas cabíveis ao seu alcance, com os métodos corretos, visando a angariar o máximo de informações possível, inclusive de especialistas e, quando cabível, diante da premência do tempo, mediante consultas e audiências públicas, de modo a justificar adequadamente a sua decisão. Nessa perspectiva, adota-se como correta a lição de Fernando Leal (2021), segundo quem:

[...] o foco no resultado da escolha administrativa que só pode ser conhecido após a sua implementação parece, em princípio, descabido, ainda que a decisão que no futuro se mostre errada possa ser passível de controle mais intenso quando, como dito, houver desatenção a parâmetros procedimentais relacionados à reunião do maior número possível de informações confiáveis para sustentar como aceitável a prognose que embasou o juízo do gestor público. No caso mais extremo, a mera desconsideração de ônus de argumentação e de prova que exigem do administrador um mínimo esforço para reunir informações capazes de sustentar as suas projeções sobre os efeitos das alternativas decisórias que se lhe apresentam amplia radicalmente o espaço do controle justificável. Isso vale não só para a tomada de decisão sob condições de ignorância, mas também para situações de risco (Leal, 2021, p. 121, grifos acrescentados).

Resumidamente, portanto, em circunstâncias de incerteza, mais ou menos intensa, só cabe falar em erro grosseiro sobre fatos futuros quando o agente público desconsidera relações causais amplamente aceitas e quando assume causalidades não embasadas no conhecimento técnico-científico disponível no momento da decisão, inclusive em razão da avaliação equivocada de riscos. É o que defende, por exemplo, Fernando Leal (2021, p. 122).

A propósito, veja-se que no âmbito da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6421, apreciada em conjunto com outras seis ADIs (6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431), em sede de ação cautelar, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao examinar a constitucionalidade da Medida Provisória n. 966/2020,⁷¹ decidiu que:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece [...] que em matéria de proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente, as decisões adotadas pelo Poder Público sujeitam-se aos princípios constitucionais da prevenção e da

⁷¹ A Medida Provisória n. 966/2020 dispôs sobre a responsabilização de agentes públicos por ação ou omissão em atos relacionados com a pandemia de Covid-19.

precaução. Havendo qualquer dúvida científica acerca da adoção da medida sanitária de distanciamento social – o que, vale reiterar, não parece estar presente – *a questão deve ser solucionada em favor da saúde da população*. Em português mais simples, significa que, *se há alguma dúvida, não pode fazer*. Se há alguma dúvida sobre o impacto real que uma determinada substância, um determinado produto, ou uma determinada atuação vai provocar na saúde e na vida das pessoas, *o princípio da precaução e o princípio da prevenção recomendam a autocontenção* (Brasil, 2020b, grifos acrescidos).

Para a Corte Constitucional pátria, no contexto emergencial e incerto que caracterizou o cenário de tomada de decisões pelos administradores públicos no início da pandemia de Covid-19, seriam decisivos, para fundamentar tais decisões, a observância dos “consensos médicos e científicos”, assim como o respeito aos princípios da precaução e da prevenção, não apenas no campo da saúde pública, como também no que concerne às medidas socioeconômicas destinadas a debelar os efeitos da pandemia. A desobediência a esses critérios é que configura, no mínimo, indício relevante de erro grosseiro, capaz de gerar responsabilização pessoal do agente público. Isso porque, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, nas palavras do relator da ADI 6421, Ministro Luís Roberto Barroso, não haveria nada de “intrinsecamente errado” na restrição da responsabilização às hipóteses de erro grosseiro; o problema se centraria, isso sim, na própria qualificação dessa espécie de erro. Para guiar a solução do problema, a Corte Constitucional firmou, no âmbito da ADI 6421 – medida cautelar, os seguintes *standards* dirigidos aos decisores públicos, em sede cautelar:

1. *Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.*
2. *A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos* (Brasil, 2020b, grifos acrescidos).

Como se vê, a configuração do erro grosseiro, ainda que limitada naquele momento inicial à situação excepcional de emergência em saúde pública provocada pela pandemia de Covid-19 – e mesmo que se possa questionar a exigência de “consensos científicos e médicos” em um mundo complexo e de intensas

transformações técnico-científicas – se liga irremediavelmente ao modo de exercício do dever de cuidado exigido do agente público encarregado de tomar decisões, o qual deve se fazer presente mesmo em situações de grande incerteza. Conforme assevera o Supremo Tribunal Federal, ainda a propósito da decisão na medida cautelar na ADI 6421, as decisões administrativas “sujeitam-se [...] aos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, que impõem juízo de proporcionalidade e a não adoção, *a priori*, de medidas ou protocolos a respeito dos quais haja dúvida sobre impactos adversos a tais bens jurídicos” (Brasil, 2020b).

De outro turno, há os erros de direito. Retoma-se o referencial de classificação dessas espécies de erro, de Fernando Leal, a saber: i) equívoco na interpretação de texto normativo; ii) “descarte” de norma aplicável ou aplicação de norma incabível na situação concreta; iii) enquadramento equivocado de fatos perante norma jurídica incidente (Leal, 2021, p. 123).

O cerne da caracterização do erro de direito, em todas as hipóteses mencionadas, está na inobservância da legalidade, associada pelo autor à cognoscibilidade “de pronto” do texto legal (Leal, 2021, p. 123). Nas suas palavras: “[...] o que está por trás da estreita relação entre legalidade e textualismo que se estabelece é a possibilidade de conhecimento dos significados comunicados por meio das palavras que compõem o texto legal sem a necessidade de esforço interpretativo” (Leal, 2021, p. 123). Afinal, nessa linha de raciocínio, se há, no texto, vagueza de sentido, expressões polissêmicas, abertura a interpretações diversas ou mesmo a necessidade de ponderar princípios, descaberia falar-se na configuração de erro grosseiro, uma vez que não seria possível “[...] sustentar a presença de erro antes de a indeterminação ser superada e estabilizada por ato de autoridade competente para enfrentá-la” (Leal, 2021, p. 123).

Nesse sentido, o erro grosseiro de direito se revelaria a partir do manifesto desvio do sentido literal do *texto legal*, quando não houve, por parte do agente público, o *cuidado* de superar de modo robusto os eventuais ônus de argumentação cabíveis. Porém, se houve alguma dificuldade de interpretação ou de apreensão do sentido exato da norma quando de sua aplicação, a partir do que consta do texto legal, não seria cabível, nessa linha de argumentação, a caracterização do erro, já que:

[...] se o que o direito exige do gestor público é, no momento da decisão, incerto, visto que o texto é indeterminado ou de alcance questionável quando confrontado com outros textos, normas ou fontes de interpretação – caso, por

exemplo, da “vontade legislativa” –, como é possível sustentar a presença de erro antes de a indeterminação ser superada e estabilizada por ato de autoridade competente para enfrentá-la?

[De outro turno] O desvio do sentido literal claro para fins de aplicação ou qualificação de fatos seria, assim, o primeiro indício de erro – no caso, de *erro grosseiro* – a partir de um referencial que se assume minimamente incontestado. [...] o desvio do sentido literal do texto exige a superação de ônus especiais de argumentação. Quando eles são enfrentados, a configuração do erro grosseiro perde a sua força. Quando não é esse o caso e se evidencia que *o desvio do sentido literal das palavras que compõem o texto legal se deu por ação desidiosa que levou o administrador a acreditar que a lei “dizia” outra coisa, o erro grosseiro se configura* (Leal, 2021, p. 123-124, grifos acrescidos).

Vale dizer, ademais, que o ônus da argumentação pesa mais para o agente público nos casos de desvio de precedentes judiciais ou administrativos. Isso porque, também nesses casos, a incerteza quanto ao direito aplicável no caso concreto já foi ultrapassada por autoridade competente para se pronunciar com definitividade a respeito de seu alcance e sentido. Assim como na hipótese do desvio do sentido manifesto do texto legal, a inobservância de precedentes claramente aplicáveis constitui indício forte de conduta praticada sem o cuidado devido, a caracterizar o erro grosseiro. Nesse sentido, recorre-se mais uma vez às palavras de Fernando Leal (2021), ao concluir que:

Por isso, além da clareza do texto legal, o conteúdo de orientações administrativas, quando vinculantes, e, especialmente, *de precedentes de tribunais de contas e instâncias superiores do Poder Judiciário*, ressalvados os casos de decisão não definitiva ou de concorrência com outras manifestações em sentidos divergentes, também deveria se impor elevados ônus de argumentação ao gestor que deles almeja se desviar e o concorrente risco de ter sua decisão posteriormente revista com base na alegação de erro grosseiro (Leal, 2021, p. 124, grifos acrescidos).

Por tudo quanto exposto, exsurge que a caracterização do erro grosseiro, seja sobre fatos ou direito, está associada à possibilidade de aferição da correção da conduta do agente público face a referencial objetivo de indubitável apreensão. Esse referencial pode ser normas jurídicas advindas de textos legais de sentido claro e inequívoco ou decisões judiciais e administrativas qualificáveis como precedentes. Nessa perspectiva, a definição de erro grosseiro de direito pode ser obtida:

[...] em função da *divergência evidente* entre, de um lado, o sentido atribuído pelo gestor público a determinado dispositivo ou precedente e, de outro: (i) o sentido literal das palavras que compõem o texto na ausência de razão jurídica que afete a compreensão, a derrotabilidade ou a validade da norma que dele se extrai; (ii) o sentido estabilizado do texto legal por decisão de

autoridade jurídica competente para determinar o seu significado (por exemplo, a interpretação conforme a Constituição de determinado dispositivo realizada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal); ou (iii) a *decisão já tomada por órgão de controle competente (interno ou externo) para caso claramente semelhante ao enfrentado pelo administrador* sem que este apresente qualquer justificativa para a distinção das situações (Leal, 2021, p. 125, grifos acrescidos).

As discussões sobre o significado e alcance da expressão “erro grosseiro” não se limitam aos estudiosos do direito público. Como não poderia deixar de ser, o alcance semântico da expressão é também objeto de deliberação nos tribunais, entre os quais se destaca o Supremo Tribunal Federal, haja vista a relevância constitucional da matéria, diante do que prevê, por exemplo, o §6º do art. 37 da Constituição da República de 1988, a saber: “Art. 37 [...] §6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, *assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa*” (Brasil, 1988, n. p., grifos acrescidos).

Destaque-se, ademais, que a relevância jurisprudencial do significado do erro grosseiro para fins de responsabilização do agente público, no âmbito do STF, precede as recentes discussões pautadas pelo conteúdo do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que, como já se disse, limita expressamente a responsabilidade do agente por suas decisões e opiniões técnicas às hipóteses de dolo e erro grosseiro.

Com efeito, a propósito da responsabilização do parecerista jurídico, advogado público, que emitiu parecer de natureza opinativa aprovado pelo superior hierárquico acusado de causar dano ao erário, a Corte Constitucional pátria já se manifestou,⁷² no âmbito do Mandado de Segurança (MS) n. 24.631, no sentido de que:

É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. *Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro*, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, *não cabe a responsabilização do advogado público* pelo conteúdo de seu parecer da natureza meramente opinativa (Brasil, 2008, grifos acrescidos).

⁷² No caso específico, discutiu-se a possibilidade de o TCU responsabilizar procurador autárquico, solidariamente ao gestor, pela emissão de parecer jurídico que entendeu favoravelmente ao pagamento de acordo extrajudicial em processo administrativo, no âmbito do DNER, o qual teria burlado a ordem cronológica de pagamentos mediante precatórios, conforme prevista na legislação.

Embora naquele momento não tenha havido a preocupação de cuidar dos pormenores do significado da expressão “erro grosseiro”, ficou registrada, desde então, a possibilidade de limitar a responsabilidade pessoal do agente público acusado de provocar prejuízo ao Estado, a partir da matriz normativa constitucional. Mais do que isso, evidenciou-se, ainda que não intencionalmente, a dificuldade de responsabilizar pessoalmente o agente público no caso da falta do parâmetro objetivo de aferição do qual se tratou anteriormente, seja norma legal expressa ou precedente jurisprudencial. Afinal, no caso específico do Mandado de Segurança n. 24.631, na origem da contenda, a saber, o Tribunal de Contas da União, tratou-se como ilegal interpretação jurídica consignada em parecer adotado como razão de decidir pelo gestor público.

Ainda quanto à limitação da responsabilidade do parecerista jurídico, veja-se também trecho da ementa do Mandado de Segurança n. 24.073, julgado pelo STF:

Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração pública ativa (Brasil, 2002b).

No âmago da fundamentação desenvolvida pelo relator do MS n. 24.073, Ministro Carlos Veloso, sobressai o entendimento, sustentado pela garantia da inviolabilidade profissional do advogado (CR/88, art. 133), de que as opiniões técnicas emitidas por esses profissionais jurídicos estão asseguradas dada a sua imprescindibilidade à garantia da justiça, salvo nos casos de cometimento de “[...] erro grave, inescusável, indicando que o profissional agiu com negligência, imprudência ou imperícia” (Brasil, 2002b, p. 6).

Assim, retorna-se à questão da inviabilidade de responsabilizar pessoalmente o agente público, no caso de emissão de opiniões técnicas, quando inexistente parâmetro objetivo seguro para aferir de forma inequívoca a correção, ou não, de sua conduta. Com efeito, no MS n. 24.073 explica-se que:

[...] o direito não é uma ciência exata. São comuns as interpretações divergentes de um certo texto de lei, o que acontece, invariavelmente, nos Tribunais. Por isso, *para que se torne lícita a responsabilização do advogado*

que emitiu parecer sobre determinada questão de direito é necessário demonstrar que laborou o profissional com culpa, em sentido largo, ou que cometeu erro grave, inescusável (Brasil, 2002b, p. 7).

Mais recentemente, já após a edição da Lei n. 13.655/2018, que modificou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, os entendimentos consignados nos mencionados Mandados de Segurança n. 24.631 e 24.073 a respeito da responsabilidade do parecerista jurídico foram corroborados em sede do Mandado de Segurança n. 35.196, também do Supremo Tribunal Federal, a saber:

AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RESPONSABILIDADE. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8666/93. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, ERRO GRAVE INESCUSÁVEL OU CULPA EM SENTIDO AMPLO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O advogado é passível de responsabilização “pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”, consoante os artigos 133 da Constituição Federal e o artigo 32 da Lei 8.906/94, que estabelece os limites à inviolabilidade funcional. 2. *O erro grave ou grosseiro do parecerista público define a extensão da responsabilidade, porquanto uma interpretação ampliada desses conceitos pode gerar indevidamente a responsabilidade solidária do profissional pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público.* 3. A responsabilidade do parecerista deve ser proporcional ao seu efetivo poder de decisão na formação do ato administrativo, porquanto a assessoria jurídica da Administração, em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da função, dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. 4. A diligência exigível do parecerista no enquadramento da teoria da imprevisão, para fins de revisão contratual, pressupõe a configuração da imprevisibilidade da causa ou dos efeitos, assim como da excepcional onerosidade para a execução do ajustado, vez que o artigo 65, II, d, da Lei 8.666/1993 autoriza a revisão do contrato quando houver risco econômico anormal, tal qual aquele decorrente de fatos “previsíveis, porém de consequências incalculáveis”. 5. Os preços, posto variáveis, podem ensejar a revisão contratual in concreto, na hipótese de serem inevitáveis, excepcionais e não precificadas no contrato, ainda que haja cláusula de reajuste motivada por inflação ou outro índice, razão pela qual não se configura a responsabilização do parecerista tão somente por não ter feito referência expressa à cláusula contratual. 6. *A diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, que assegura ao parecerista a liberdade de se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos, ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso.* 7. *In casu, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, lastreando-se em mera interpretação distinta dos fatos, deixou de comprovar o erro inescusável pelo agravado para sustentar a irregularidade do aditivo, que somente restaria configurado caso houvesse expressa previsão contratual do fato ensejador da revisão, na extensão devida, a afastar a imprevisão inerente à álea extraordinária.* 8. O agravado no caso sub examine efetivamente justificou a adequação jurídica do aditivo contratual à norma aplicável, ao assentar que o equilíbrio econômico da mencionada obra civil foi afetado por distorções dos preços dos serviços e aos insumos básicos, logo após explicitar que se tratava de hipóteses motivadas por fatos supervenientes, de ordem natural, legal ou econômica e de trazer referências doutrinárias específicas de atos imprevisíveis ou oscilação dos preços da

economia. 9. Agravo interno a que NEGO PROVIMENTO por manifesta impropriedade (Brasil, 2020a, grifos acrescidos).

Veja-se que, no bojo do Mandado de Segurança n. 35.196, o relator, Ministro Luiz Fux, tece comentários sobre o conceito de erro grosseiro, ainda que sem a pretensão de encerrar a discussão. À época da publicação do Acórdão do Mandado de Segurança n. 35.196, em 5 de fevereiro de 2020, ainda não havia sido protocolada a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6421, cujo objeto, em parte, versou sobre o conceito de erro grosseiro da LINDB e cuja decisão em medida cautelar delineando a definição de erro grosseiro para fins de limitação da responsabilidade de agentes públicos na pandemia já foi reportada nesta seção 2.3.1.3.

No Mandado de Segurança n. 35.196, argumenta-se que:

Com o veto aos parâmetros estabelecidos no §1º do artigo 28 na LINDB, a *delimitação do conceito de erro grosseiro mantém-se candente*, de modo que a densidade normativa da expressão mantém-se a cargo da doutrina e da jurisprudência judicial e administrativa. No entanto, o posicionamento do Tribunal de Contas da União tampouco tem se mostrado homogêneo, oscilado entre a classificação tripartite de erro leve, sem qualificação e grosseiro, sendo este associado à culpa grave (Tomada de Contas Especial da FUNASA, Ac. nº 2.391/18) e a atuação lastreada em “especial zelo” ou na figura do “administrador médio” (Tomada de Contas Especial da Petrobras, Ac. Nº 2.677/18) (Brasil, 2020a, grifos acrescidos).

No Acórdão do Mandado de Segurança n. 35.196, argumenta-se ainda que, embora o conceito de erro grosseiro não esteja delimitado com maior precisão, não se pode admitir que a responsabilização do parecerista jurídico pela emissão de opinião técnica seja mais severa do que a do administrador público a quem cabe a decisão final.

Com a maturação das discussões sobre a caracterização do erro grosseiro, desde a promulgação da Lei n. 13.655/2018, e depois da emissão da decisão do STF em sede de medida cautelar no âmbito da ADI n. 6421, chegou o momento de a Corte Constitucional brasileira se pronunciar sobre o conceito de erro grosseiro de modo mais amplo, para além do contexto específico da pandemia de Covid-19.

Assim, em decisão definitiva no âmbito da ADI n. 6421 (Brasil, 2020b), julgada no dia 11 de março de 2024, estipulou-se que *inexiste inconstitucionalidade*, em tese, na restrição da responsabilização do agente público às hipóteses de cometimento de erro grosseiro e que a noção de erro grosseiro deve abranger a caracterização, no caso concreto, de imprudência, negligência ou imperícia graves.

Com referência ao §6º do art. 37 da Constituição da República de 1988, que assegura o direito de regresso da administração contra agentes públicos causadores de danos a terceiros e que tenham agido com dolo ou culpa, o relator da ADI n. 6421, Ministro Luís Roberto Barroso, expõe que inexistente definição constitucional quanto ao conceito de culpa e que “A Constituição não impõe um dever absoluto de responsabilidade *em caso de qualquer espécie de culpa*” (Brasil, 2020b, grifos acrescidos).

Nesse sentido, ainda de acordo com o relator da ADI n. 6421, ante a ausência de maior delimitação constitucional das hipóteses de responsabilização, cumpre ao legislador infraconstitucional “[...] dimensionar adequadamente a culpa juridicamente relevante para fins da responsabilidade civil regressiva do agente público” (Brasil, 2020b, p. 3). Por outro lado, destaca-se do acórdão que a definição do conceito de erro grosseiro deve respeitar o princípio da proporcionalidade, sobretudo em sua vertente de “vedação à proteção insuficiente”. E o que significa essa afirmação, em vista do raciocínio desenvolvido no voto? Que deve existir parâmetro mínimo na definição de culpa para fins de responsabilização do agente público que atua em desconformidade com o ordenamento jurídico, vez que a delimitação demasiado restrita do conceito de culpa nas hipóteses de grave violação afronta, aí sim, o disposto no §6º do art. 37 da Constituição de 1988.

De qualquer modo, fica evidente que, para o STF, o legislador infraconstitucional pode restringir o conceito de culpa, em sentido amplo, para fins de responsabilização do agente público, sem, contudo, acarretar irresponsabilidade. Para além das hipóteses de erro grosseiro, a própria Corte Constitucional elenca no acórdão da ADI n. 6421 uma série de situações nas quais a responsabilidade dos agentes públicos é restrita às hipóteses de dolo ou fraude, como é o caso de juízes, membros do ministério público, da advocacia pública e da defensoria pública, nos termos dos arts. 143, I, 181, 184 e 187 do Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), respectivamente.

Em raciocínio analógico às hipóteses acima elencadas, acaba-se por sustentar, na decisão de mérito em sede da ADI n. 6421, que:

[...] restringir a responsabilidade pessoal do agente público às hipóteses de dolo ou erro grosseiro não é, em tese, inconstitucional. Eventuais situações de incompatibilidade com a Constituição serão verificadas na qualificação do que seja erro grosseiro (Brasil, 2020b, p. 10).

Neste ponto, defende-se que a restrição da culpa, para fins de responsabilização por erro grosseiro, deve observar, em âmbito legislativo, sempre, o padrão mínimo de zelo e cuidado exigido do agente público, o qual se verificará caso a caso, na esfera da aplicação, de acordo com as circunstâncias concretas, fáticas e jurídicas, e com as competências específicas exercitadas pelo agente em dada situação. Violado o padrão mínimo de cuidado, apontado pelas competências legais do agente e pelas circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso em que ele (a) as exerce, emerge hipótese de erro grosseiro, que é nada mais do que a qualificação, em grau, por sua gravidade, do erro administrativo, o qual definimos nesta seção 2.3.1.3.

Assim, pode-se sumarizar, na linha do que foi decidido pelo STF na ADI n. 6421, relatada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, que:

A adoção da categoria erro grosseiro me parece uma legítima opção legislativa, que respeita os limites de livre conformação estabelecidos pelo constituinte. Devem estar abrangidas na ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves. Ademais, a tolerância ao erro não pode significar complacência. Admite-se a falha, mas a desídia, o descuido e más gestões em geral merecem enfrentamento (Brasil, 2020b, p. 11).

De tudo quanto apresentado, apresentam-se conclusões parciais sobre o conceito de erro grosseiro, inclusive a partir do que o Supremo Tribunal Federal vem decidindo a respeito da matéria, com a culminância da ADI n. 6421.

2.4. Erro administrativo, licitude e punibilidade do agente público

Inicialmente, retoma-se a concepção de que erro grosseiro, que diz respeito à violação não intencional de dever de cuidado específico do agente público, em vista de suas competências especificamente consideradas no caso concreto. Esse erro pode dizer respeito tanto à qualificação e avaliação de situações fáticas quanto à interpretação das normas jurídicas.

Diante do que o STF vem decidindo, culminando na ADI n. 6421, em nossa opinião, merece destaque a constatação de que o erro grosseiro pode ser cometido por *qualquer* agente público, e não apenas por gestores ou administradores públicos, que, pela natureza intrínseca de suas funções, que englobam aspectos de gestão e

políticos, tomam mais decisões em cenário de incerteza e no exercício de competências discricionárias, cenários esses que exigem maior cautela para a configuração do erro grosseiro. Em tese, portanto, agentes públicos *não gestores*, subordinados em uma cadeia hierárquica e no exercício de competência vinculada, também podem cometer erro grosseiro a partir da definição construída nesta tese, desde que a eles reste alguma margem de avaliação de fatos ou de interpretação de normas jurídicas (o que se pode dizer que quase sempre ocorre, desde que se tenha um ser humano aplicando normas), o que não se confunde com exercício de competência discricionária.

De outro turno, considera-se útil e aclaradora a aproximação feita pelo STF entre erro grosseiro e culpa grave, em especial no julgamento da ADI n. 6421. Entende-se que o erro – enquanto figura jurídica que emerge com intensidade dos estudos doutrinários administrativistas e na jurisprudência, sobretudo dos órgãos de controle – é a desconformidade que *resulta* da atuação culposa do agente público. Para que seja qualificado como grosseiro, um malfeito indefensável, faz sentido que o erro seja associado à culpa grave, nas modalidades de negligência, imprudência ou imperícia. Em outras palavras: o grau da culpa qualifica o erro.

A essa altura do desenvolvimento desta tese, já é possível formular algumas conclusões parciais acerca da relação entre o conceito de erro grosseiro proposto nesta tese com os conceitos de erro erigidos como base para o posicionamento da discussão no direito administrativo, quais sejam, aqueles desenvolvidos por estudiosos do direito civil e do direito penal. Busca-se, assim, responder à pergunta sobre se erro administrativo é ato ilícito do qual pode não resultar punição ou se é uma escusa de punibilidade incidente sobre o elemento volitivo da conduta do agente público.

A conclusão é a de que, sendo o erro administrativo uma desconformidade ao sistema jurídico, ainda que não intencional, ele reflete, ainda que com temperamento ou nuances, uma afronta à legalidade. Veja-se que, aqui, trata-se do erro administrativo como um gênero do qual o erro grosseiro é a espécie. Não se discute a ilicitude impregnada no erro grosseiro, mas é importante compreender se esse mesmo raciocínio se estende ao gênero “erro administrativo”.

A definição que se propõe de erro administrativo o associa à falsa percepção ou completa ignorância da realidade e à violação de um especial dever de zelo que pode gerar dano a bem, direito ou relação jurídica disciplinada pelas normas de direito

administrativo. Diante desta definição, torna-se difícil apartar o erro da ilicitude, seja como gênero, seja como espécie (erro grosseiro).

A novidade encontrada nos recentes estudos pátrios sobre a figura do erro administrativo, mais notadamente do erro grosseiro, está na separação que tem sido feita entre o reconhecimento dessa figura jurídica que qualifica a conduta desconforme do agente público face ao direito e a possibilidade de responsabilização pessoal desse agente.

Dito de outro modo: entende-se que antes de as discussões sobre responsabilização por erro grosseiro na jurisprudência do STF ganharem destaque e, sobretudo, de serem promulgadas normas legais que expressamente limitam de forma genérica a responsabilização pessoal do agente público, toda e qualquer conduta praticada com dolo ou culpa em sentido amplo seria considerada não apenas ilícita como também seria capaz de fundamentar a responsabilização pessoal do agente público sem maiores discussões ou nuances. Isso, claro, a partir de uma leitura literal do que dispõe, por exemplo, o §6º do art. 37 da Constituição da República de 1988.

Na atualidade, seja por construção doutrinária ou jurisprudencial, incluindo-se neste caso o STF, como já se demonstrou na seção 2.3.1.3 deste trabalho, ganha notoriedade e preponderância a compreensão de que nem todo erro/desconformidade gera responsabilização pessoal do agente público. Os âmbitos da validade e da responsabilização estão expressamente apartados, de modo que se entende que a ilicitude de uma conduta na esfera administrativa, ou seja – um erro administrativo que não seja grosseiro, não gera, como decorrência lógica, a responsabilidade pessoal do agente que a praticou, seja por sanção ou reparação pecuniária.

A fim de concatenar a conclusão parcial acima exposta com a argumentação desenvolvida nas seções 2.3.1.1 e 2.3.1.2, entende-se que a maior contribuição dos demais ramos da dogmática jurídica enfocados, quais sejam, direito civil e direito penal, é a de sistematizar o conceito de erro como ignorância ou falsa percepção da realidade relativa a determinada conduta, que, praticada em desconformidade ao direito, dada a ausência de intencionalidade, afasta as consequências usuais reservadas pelo sistema jurídico àqueles que o descumprem.

Entende-se, a partir da premissa colocada, que qualquer tentativa, no direito administrativo, de manejar acriticamente categorias do direito civil,⁷³ ou do direito

⁷³ A exemplo de vontade, cognoscibilidade, escusabilidade ou inescusabilidade do erro e proteção da boa-fé.

penal,⁷⁴ sem remetê-las ao seu arcabouço normativo e teórico de origem, pode afastar a compreensão de aspecto que é fundamental: direito civil e direito penal, quanto tratam de erro, falam sobretudo de condutas de indivíduos, que, eventualmente, podem estar investidos de competências públicas, mas esse, definitivamente não é o foco.

O direito administrativo é quem regula e estuda o exercício da função administrativa. O direito administrativo sancionador, enquanto subsistema desse ramo da dogmática jurídica, dispõe de sanções que visam sobremaneira conter riscos aos interesses públicos e a evitar que, no futuro, se repitam as ações indesejadas que violaram o sistema jurídico e provocaram danos. Portanto, os problemas colocados pela figura do erro no direito administrativo não se resumem à necessidade de reparação pecuniária, de invalidação de atos ou rescisão de negócios jurídicos viciados ou da retribuição punitiva; revelam, isso sim, questões sobre a qualidade da aderência do agente público às normas do sistema jurídico, assim como sobre as vicissitudes circundantes, além da sua capacidade de realizar os interesses públicos sob seu cometimento.

Já se disse, aqui, que o erro administrativo, enquanto gênero, configura, sim, em tese, uma afronta ao sistema jurídico. Mas que sistema jurídico é esse? De que ele se compõe?

Tais perguntas remetem à concepção de legalidade enquanto princípio reitor da administração pública. Como se viu na seção 2.2 desta tese, o conceito de legalidade administrativa é amplo, tanto pela expansão das fontes do direito quanto pela abrangência material das normas. Rememora-se que essa expansão sustenta, inclusive, a defesa da existência do princípio da juridicidade, vocábulo que revela um conjunto mais alargado de normas de direito administrativo, que, vinculando os agentes públicos, não se restringe mais e tão somente às leis em sentido formal e material estritos.

Diante do exposto, entende-se que a ampliação do conceito de legalidade corresponde à expansão da base de vinculação dos agentes públicos ao sistema jurídico e, com isso, incrementa o que eventualmente pode ser considerado como erro administrativo, ou configurar uma conduta administrativa considerada errada.

⁷⁴ São exemplos, nesse ramo jurídico, os conceitos de vontade, consciência da ilicitude, culpabilidade, evitabilidade ou inevitabilidade do erro.

No entanto, é preciso relembrar, conforme se expôs na seção 2.3.1.3, que veio se consolidando jurisprudencialmente o movimento de restrição das hipóteses de responsabilização pessoal dos agentes públicos, de modo que o próprio Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer que a Constituição de 1988 *não impõe* tal responsabilidade por toda e qualquer espécie de culpa (Brasil, 2020b).

Passa-se a reconhecer a existência e constitucionalidade da culpa juridicamente relevante, parâmetro que, associado à noção de erro grosseiro, fundamenta a responsabilização do agente público que atua em desconformidade com o sistema jurídico de forma não intencional.

Ou seja: se a base normativa que vincula o agente público se alargou, viabilizando em tese mais oportunidades de responsabilização por eventual descumprimento ou afronta, a jurisprudência atuou no sentido de restringir a possibilidade de responsabilização, assegurando que, desde que não se restrinja a culpa a tal ponto que os bens, relações e direitos protegidos pelo direito administrativo fiquem a descoberto, é possível que se limite a responsabilidade pessoal do agente público à hipótese de erro grosseiro.

Esse movimento, conforme demonstrado, faz todo o sentido também dentro da racionalidade de um direito administrativo sancionador de caráter instrumental. Nessa perspectiva, a sanção administrativa é vista como um “instrumento a serviço de valores e objetivos caros à sociedade” (Voronoff, 2018, p. 104) e não como consequência necessária com finalidade intrínseca. Dentro dessa lógica instrumental, a sanção administrativa se converte em meio de gestão e ferramenta à disposição dos diversos órgãos e entidades da administração pública com competências sancionadoras atribuídas em lei. Desse modo, a sanção administrativa “[...] não se justifica como simples resposta a uma infração, mas como instrumento voltado à conformação de atividades e comportamentos. E sua legitimidade passa, sem dúvida, pela aptidão para produzir esses objetivos” (Voronoff, 2018, p. 106). É preciso acrescentar, ainda, que o direito administrativo sancionador visa à “[...] adequação da conduta dos administrados com vista à realização de objetivos de interesse público, dissociados, como regra, de um juízo de desvalor ético-social inerente ao direito penal” (Voronoff, 2018, p. 120).

Essa perspectiva colabora para que se reconheça que nem todo erro administrativo, embora desconforme ao sistema jurídico enquanto gênero, gera como consequência a punição ou responsabilização pessoal do agente público que o

comete. Isso permite defender, em consonância com o que o STF fala na ADI n. 6421 sobre culpa juridicamente relevante, que o erro administrativo que não seja grosseiro é, do ponto de vista da responsabilização do agente que o comete, um *irrelevante jurídico*. Em outras palavras: o grau da falta de zelo na conduta não intencional, associado ao próprio grau da culpa, não é relevante o suficiente para ser sancionado, sobretudo dentro da lógica de um direito administrativo sancionador que busca responder aos interesses públicos com efetividade e que não se basta no “punir por punir”.

A afirmação de que o erro administrativo que se pode chamar de simples é um irrelevante jurídico do ponto de vista da responsabilização pessoal do agente público que o comete requer que seja traçada linha de separação mais nítida em relação ao erro grosseiro, que se baseie em algo mais palpável do que o apontar genericamente o grau da culpa, que é grave e relevante no caso do erro grosseiro.

A preocupação aqui externada reflete o que consta do acórdão que decidiu o mérito da ADI n. 6421, quando se estipula que os agentes públicos devem observar a proporcionalidade em suas decisões, de modo a não desprotegerem direitos fundamentais constitucionalmente previstos e assegurados, haja vista a existência da chamada “vedação à proteção insuficiente” (Brasil, 2020b).

Parece haver concordância, nas formulações de Fernando Leal (2021) e nas ponderações constantes do voto de mérito na ADI n. 6421, de que deve existir um espaço livre de supostas ingerências excessivas dos órgãos do controle para que os agentes cometam erros. E que, se a limitação demasiada do conceito de culpa é contraindicada, por desproteger direitos, também o é a ampliação do que se exige do agente público em termos de precaução, sobretudo por possivelmente inibir sua atividade decisória em contextos de risco e incertezas. Com efeito,

Em sua versão mais forte [...] a precaução consistiria em um efetivo dever de proibição. Nesse último caso, deveriam ser proibidas as atividades que possuam potencial incerto para produzir dano substancial, a menos que seus defensores sejam capazes de evidenciar que elas não apresentam nenhum risco calculável. [Essa] formulação mais forte é altamente controversa e se apresenta como mais problemática para a devida compatibilização entre precaução e o reconhecimento de um espaço ao erro do administrador (Leal, 2021, p. 134).

Embora, neste trabalho, não seja reconhecida a existência de um “direito ao erro” por parte do agente público, considerando que erro é, efetivamente, uma

desconformidade ao sistema jurídico – que pode, ou não, por uma opção legislativa, ser rechaçada e gerar responsabilização pessoal conforme seu grau de gravidade –, admite-se que não se pode sempre exigir do gestor precaução extrema⁷⁵ em situações complexas de incerteza e risco a direitos fundamentais.

Justamente por isso, esta tese se filia à concepção restrita para caracterização do erro grosseiro, no sentido de que

Errada, assim, é a decisão que pressupõe determinada conformação da realidade que pode ser considerada falsa já no instante em que ela é tomada. Por esse motivo, *a decisão errada é aquela que não teria sido tomada se o decisor tivesse acesso às informações corretas sobre os fatos do caso ou o direito aplicável ao problema que já estavam disponíveis quando ele foi chamado a decidir*. Isso vale para erros de fato e para erros de direito. Assim, ainda que objetivamente exista uma disparidade entre a realidade imaginada no momento da decisão e a realidade que só é revelada no futuro, a impossibilidade de comprová-la, seja em absoluto, seja dentro das limitações de racionalidade próprias de um gestor diligente, não pode ensejar erro do administrador capaz de levar à sua responsabilização pessoal (Leal, 2021, p. 129, grifos acrescidos).

A gravidade da conduta do agente público, para fins de penalização por erro grosseiro, deverá ser avaliada a partir das competências sob incumbência desse agente, exercitadas no caso concreto, e também conforme variáveis que afetam o desempenho dessas competências, cabendo aqui destacar não apenas os obstáculos e limitadores, como também as específicas áreas de atuação do poder público, que podem demandar mais, ou menos, em termos de proteção de direitos fundamentais e humanos.

Nesse sentido, defende-se que, ao menos em abstrato, a margem do que pode ser considerável erro simples (e, assim, não punível) *deve ser menor* quando em causa áreas de atuação do poder público relativas à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, tais como vida, saúde e liberdade.

Em face das considerações tecidas até esse ponto, o erro administrativo *nem* é ato lícito do qual, naturalmente, não resulta punição, *nem* é ato ilícito sobre o qual incide escusa à punibilidade incidente sobre o elemento volitivo da conduta do agente público. Raciocínios acriticamente importados do direito penal, ou mesmo do direito civil, não servem para o direito administrativo.

⁷⁵ Aquela que, à menor probabilidade de riscos, veda a conduta.

Isso porque o erro administrativo é a desconformidade não intencional ao sistema jurídico resultante da violação de um dever de cuidado especificamente considerado do agente público. Embora desconforme à ordem jurídica, nem todo erro administrativo gera a responsabilização pessoal do agente que o comete, por expressa opção legislativa conforme à Constituição, já que apenas os erros graves, provenientes de negligência, imperícia e imprudência relevantes e evidentes são capazes de gerar punição, de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Segundo o raciocínio desenvolvido, o erro administrativo que não seja grosseiro (isto é, grave) é um irrelevante jurídico do ponto de vista da responsabilização pessoal do agente, visão que se coaduna, também, com um sistema sancionador de direito administrativo que enxerga as eventuais punições como instrumentos de consecução de interesses públicos e de obstrução a futuros riscos e danos aos bens, direitos e relações jurídicas protegidas pelas normas administrativas.

3 ERRO GROSSEIRO NA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB)

Após a exploração das noções de erro e de erro grosseiro no Capítulo 2, as seções deste Capítulo 3 se dedicam a recuperar a historicidade da LINDB, incluindo os debates provocados pela edição da Lei n. 13.655/2018, no que tange às balizas normativas para a responsabilização pessoal dos agentes públicos no exercício de suas competências legais. Posteriormente, enfocam-se as discussões doutrinárias recentes acerca da caracterização e das consequências do reconhecimento do erro grosseiro, a partir da edição da Lei n. 13.655/2018. Vê-se que a doutrina dá destaque, quando trata de erro grosseiro, às situações nas quais os agentes públicos exercem competências discricionárias em cenários de incerteza.

3.1 Alterações introduzidas na LINDB pela Lei n. 13.655/2018: as motivações explicitadas e as principais críticas

Até o ano de 2010, quando editada a Lei n. 12.376, em 30 de dezembro daquele ano, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) recebia o nome de “Lei de Introdução ao Código Civil”.

A antiga designação da LINDB – lembre-se que o Decreto-Lei n. 4.657 é de 1942 – refletia um modo de interpretação do direito fundado na lei civil, a qual constituía, à época, o eixo vetorial de nosso sistema jurídico (Marques Neto; Freitas, 2019, p. 7).

Tratava-se de reverberação do direito civil do século XIX, fundado no paradigma do Estado Liberal e erigido sobre três pilares: família, propriedade e relação contratual (Marques Neto; Freitas, 2019, p. 7).

Com o decorrer do tempo, o direito se tornou mais complexo – o que já se teve a oportunidade de explorar na seção 2.1, quando do estudo específico do princípio da legalidade. Contudo, a lei brasileira de interpretação permaneceu atrelada às questões e desafios interpretativos do paradigma pretérito.

Em um contexto de expansão do direito e de fragilização do conteúdo normativo, haja vista a inflação de normas que acarreta a perda de sistematicidade, a insegurança e a ineficácia das regras, o espectro de controle da conformidade das

condutas administrativas também se alarga, já que o parâmetro de controle passa a ser, virtualmente, todo o direito.⁷⁶

Destaque-se que a legalidade se alargou não apenas da perspectiva das fontes, como também do conteúdo dos direitos e prescrições. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas (2019, p. 10) apontam como exemplo a positivação, inclusive constitucional, de direitos como os de moradia, vida saudável, lazer e meio ambiente equilibrado, com recurso cada vez mais frequente ao uso dos denominados “conceitos jurídicos indeterminados”, como “bem comum”, “boa-fé objetiva”, “função social dos contratos”, entre incontáveis outros.

A normatização crescente da vida social, com a profusão de fontes e de regras, referenciada na seção 2.1 deste trabalho, de certa forma contradiz a afirmação de que, na transição de um Estado provedor para o Estado regulador, este tenha se tornado menos intervencionista.⁷⁷

Paralelamente à profusão normativa, a Constituição de 1988 instituiu modelo que privilegia a incidência de múltiplos controles sobre a administração pública, algo impensável quando da edição do Decreto-Lei n. 4.657/1942.

Com efeito, Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas (2019) destacam como, em sua visão, os alegados excessos do controle se manifestam tanto no conflito de posições e entendimentos jurídicos no âmbito de uma mesma instituição pública – a exemplo do ministério público, em que “de um lado, a garantia da autonomia funcional garante a neutralidade de uma instituição, de outro, pode fomentar a insegurança jurídica” (Marques Neto; Freitas, 2019, p. 12), quanto entre instituições, sobretudo quando a própria legislação regente, por sua vagueza, desperta indesejáveis conflitos de competência.

Aos controles institucionalizados da administração é possível acrescentar os diversos mecanismos, das mais variadas naturezas, alguns de previsão

⁷⁶ “A lei não passa mais a limitar, fixar competências e a prescrever meios para atingir finalidades públicas. [...] É dizer, a textura normativa, para além de plurissêmica, é pontuada por termos técnicos e em grande medida impregnada de conceitos indeterminados, de forte conotação axiológica. Isso não apenas porque o legislador em si perdeu em técnica, mas, fundamentalmente, porque, de um lado, os temas e conflitos sobre os quais se normatiza são mais complexos e intrincados e, de outro, o arbitramento de interesses exige concessões normativas ou o recurso a prescrições abertas que deslocam a decisão do legislador para o intérprete” (Marques Neto; Freitas, 2017, p. 9).

⁷⁷ “De fato, é um erro a afirmação de acordo com a qual a delegação das atividades para a iniciativa privada, seja por intermédio de contratos de longo prazo (concessões, parcerias público-privadas, arrendamentos, entre outros), seja pela desestatização de empresas estatais, fez com que o Estado se demitisse da sua função normativa. A profusão normativa das últimas duas décadas bem retrata esse excesso interventivo (e muitas vezes, intrusivo) da função reguladora” (Marques Neto; Freitas, 2019, p. 10).

constitucional, que privilegiam a participação e o controle cidadão da administração: conselhos de políticas públicas, orçamento participativo, audiências e consultas públicas, canais de recebimento de denúncias disponibilizados por ouvidorias, entre muitos outros.

Diante do complexo quadro, aponta-se que a administração “perdeu seu protagonismo”, no sentido de que “a sobreposição de controles somadas à crise de legitimação democrática importaram na substituição do administrador público pelo controlador, destacadamente no exercício de sua atividade-fim” (Marques Neto; Freitas, 2019, p. 12).

Nessa perspectiva, entendeu-se que as disposições vigentes da Lei de Introdução *antes de 25 de abril de 2018* não seriam capazes de fazer frente aos novos desafios interpretativos, em um cenário de instabilidade das decisões administrativas, submetidas a múltiplos controles sem concatenação, de alegada interferência indevida na condução de políticas públicas por parte dos controladores e, assim, gerador de insegurança jurídica.

Propôs-se, então, o Projeto de Lei n. 349/2015, de autoria do senador Antônio Augusto Anastasia, à época (Brasil, 2015). Tal projeto tramitou por alguns anos até ser aprovado pelo Plenário do Senado Federal, em abril de 2017, e enviado à Câmara dos Deputados, sob o número PL n. 7.448/2017. Por meio da Mensagem n. 10/2018, encaminhou-se o sobredito projeto à sanção presidencial.

A edição da Lei n. 13.655/2018 não se deu sem conflitos. Entre muitas críticas dirigidas à lei, destacaram-se as afirmações de que sua finalidade seria, na verdade, a de restringir o controle da administração e de que, sob a justificativa de promover a eficiência e a segurança jurídica, seria ela mesma impregnada de conceitos jurídicos indeterminados, promovendo, isso sim, verdadeira insegurança jurídica na interpretação das normas de direito administrativo, assim como a fragilização da atuação do controle.⁷⁸

No contexto geral da LINDB, com sua conhecida proposta de gerar eficiência e segurança jurídica na interpretação e na aplicação do direito público, a previsão do *caput* do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942) é aparentemente singela, a saber: “O agente público responderá

⁷⁸ Por todas, remete-se às considerações da Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União (Conjur), em parecer elaborado no ano de 2017 (Brasil, 2017).

pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

À primeira vista, um detalhe chama a atenção: quando se visualiza o conteúdo do artigo 28 no sítio eletrônico oficial da Presidência da República, é possível perceber que os três parágrafos que se seguiam ao *caput* do dispositivo foram vetados, em sua totalidade.

A par do conteúdo dos dispositivos vetados, conforme constantes do Projeto de Lei n. 7.448/2017, o qual precedeu a conversão na Lei n. 13.655/2018, é possível antever os motivos que suscitaram o veto. Trata-se dos seguintes dispositivos:

Art. 28. [...].

§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.

§ 2º O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.

§ 3º Transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade em razão do apoio de que trata o § 2º deste artigo (Brasil, 1942, n. p.).

Diante das disposições do *caput* e dos parágrafos vetados na integralidade do artigo 28, observa-se o emprego dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, a começar pelo próprio “erro grosseiro. Um dos efeitos dessa abertura semântica pode ser visualizado nas diversificadas interpretações colhidas a respeito das previsões legais.

De um lado, defendeu-se, de forma contundente, que a então proposta de redação do *caput* do artigo 28 da LINDB permitia que o agente público fosse negligente, imprudente e imperito, sem que, de suas condutas, resultasse responsabilização; em outros termos: teria sido consagrada a isenção de responsabilidade (Brasil, 2017).

De outro lado, também a partir da previsão do *caput* do artigo 28, houve quem visualizou-se o avanço restritivo da legislação sobre as funções do magistrado/intérprete, alargando a possibilidade de sua responsabilização pessoal,

agora não mais restrita à atuação com dolo, mas estendida ao erro grosseiro (Souza, 2018, p. 131).⁷⁹

Outro ponto de crítica recaiu sobre a previsão de um “conceito negativo” para a concepção normativa de “erro grosseiro”: “§1º *Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas [...]*” (Brasil, 1942, n. p., grifos acrescidos). Ora, se o próprio conceito de erro grosseiro do *caput* do artigo 28 da LINDB está em debate, é discutível a pretensão de conferir a ele maior consistência a partir de uma esfera de certeza negativa.

De acordo com a Mensagem n. 212/2018, afastar a responsabilização pessoal do agente que atua com base em jurisprudência ou doutrina não pacificadas, em “orientação geral” ou “interpretação razoável”, por não considerar tais hipóteses como configuradoras de erro grosseiro, seria o mesmo que atribuir discricionariedade ao administrador ou aplicador da lei para “[...] agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica” (Brasil, 2018c, n. p.).⁸⁰

⁷⁹ “Diferentemente, a regra do artigo 28 da LINDB é expressão da racionalidade estratégica, pois o legislador mais não fez senão retomar aqui, de maneira pouco sutil, a tentativa de enquadrar o livre convencimento motivado do juiz (art. 371 do CPC) como abuso de autoridade, objeto do Projeto de Lei do Senado nº 280/16, tentativa esta que acabou soçobrando (SOUZA, 2017). De fato, ao se referir a ‘agente público’, a regra do artigo 28 da LINDB inclui o magistrado, que passaria a responder pessoalmente por suas decisões não só em caso de dolo (hipótese já prevista no artigo 143, I, do CPC), mas também diante de ‘erro grosseiro’, conceito que remete à ideia de culpa grave. A situação poderia se revelar ainda mais preocupante diante do veto ao parágrafo primeiro do dispositivo, no qual o Projeto de Lei dizia que a decisão fundada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, contanto que razoável, não se considera erro grosseiro, mesmo que afastada pela instância superior. Mais grave ainda, no caso de rescisão de sentença fundada em ‘violação manifesta da norma jurídica’ (art. 966, V, do CPC) a alguém ocorreria sustentar a responsabilidade do magistrado. Sucede que a LINDB é lei geral, ao passo que o Código de Processo Civil é lei especial, que prevalece sobre aquela, mesmo sendo anterior (*lex posterior generalis non derogat priori specialis*). Ninguém está livre de ser alcançado por uma decisão judicial infeliz, pois o ato de julgar é humano, sujeito a vicissitudes e imperfeições. Todavia, o ordenamento jurídico coloca à disposição do jurisdicionado, além das diversas instâncias recursais, o habeas corpus, a revisão criminal, a ação rescisória, os institutos da reclamação e da correção parcial” (Souza, 2018, p. 131).

⁸⁰ Veja-se que o §8º do artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa, alterada pela Lei n. 14.230/2021, trouxe previsão semelhante à do dispositivo vetado da LINDB (§1º do artigo 28), no seguinte sentido: “Não configura improbidade administrativa a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário” (Brasil, 2021b, n. p.). Em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7236, com pedido de medida cautelar, a requerente, Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), arguiu a inconstitucionalidade do §8º do art. 1º da LIA sob a alegação de que “traria imprevisibilidade ao potencializar a insegurança jurídica e violar os princípios da proteção da confiança e de vedação ao retrocesso”, já que “deixaria dúvidas quanto à possibilidade de responsabilizar ‘quem adotou medidas contrárias à posição atualmente prevalecente nas decisões de controle, ainda que baseadas em entendimento minoritário’”. O relator da ADI n. 7236, Ministro Alexandre de Moraes, acabou por conceder a liminar, asseverando que: “De fato, embora o propósito do legislador tenha sido o de proteger a boa-fé do gestor público que confia e adota as orientações exaradas pelo Poder Judiciário a respeito da aplicação da lei, preservando-o de eventuais oscilações jurisprudenciais, deve ser reconhecido que o critério estabelecido pelo art. 1º, §8º, da LIA, é *excessivamente amplo* e resulta em

As razões do veto dos parágrafos 2º e 3º do artigo 28 são também razoáveis e autoexplicativas, motivo pelo qual são transcritas na integralidade:

Os dispositivos criam direito subjetivo para o agente público obter apoio e defesa pela entidade, em qualquer esfera, decorrente de ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências, inclusive nas despesas com a defesa. Tal como se apresenta, fica caracterizada a não exclusividade do órgão de advocacia pública na prestação, podendo impor a cada entidade dispêndio financeiro indevido, sem delimitar hipóteses de ocorrência de tais apoios nem especificar o órgão responsável por esse amparo, o que poderia gerar significativos ônus sobretudo para os entes subnacionais (Brasil, 2018c).

Em linhas gerais, observa-se que as razões que levaram ao veto dos parágrafos do artigo 28 são as mesmas que fundamentam o questionamento dos novos dispositivos da LINDB como um todo: a pretexto de gerar segurança jurídica e promover eficiência, emergiu um conjunto de normas dotadas de vagezas e de indevida abertura semântica capaz de produzir justamente os efeitos contrários aos que busca combater.

Exatamente por isso, retorna-se ao *caput* do artigo 28, origem da discussão em enfoque.

Em ao menos um ponto, a defesa das novas disposições da LINDB se justifica: a LINDB é uma “metanorma jurídica”, que rege a interpretação das outras normas do sistema jurídico. Como tal, desde antes da inserção dos dispositivos especificamente voltados à interpretação e aplicação das normas de direito administrativo, a lei já continha os chamados conceitos jurídicos indeterminados, exemplificados em expressões como “bons costumes” (art. 17), “fins sociais” e “bem comum” (art. 5º).

Assim é que, mesmo diante das críticas, parece ter prevalecido, sobretudo em meio à doutrina administrativista,⁸¹ o entendimento de que os dez novos artigos acrescentados à LINDB pela Lei n. 13.655/2018 visaram ao incremento da segurança

insegurança jurídica apta a esvaziar a efetividade da ação de improbidade administrativa. [...] impõe-se admitir a existência de grande quantidade de pronunciamentos judiciais que, sem desabono de sua autoridade, não servem como sinalização do entendimento do Poder Judiciário, seja por provirem de órgãos singulares, ou serem editados em momento ainda incipiente do debate sobre a matéria, ou mesmo por se relacionarem a circunstâncias concretas que não permitem a generalização de suas premissas para outras situações. [...] Assim, a ausência de uma definição clara sobre o alcance da nova excludente, considerando a multitude de decisões e situações de fato a permitir interpretações conflitantes sobre a aplicação da legislação administrativa, causará dificuldade na aplicação da LIA, ampliando conflitos e gerando forte abalo no princípio constitucional da segurança jurídica, comprometendo, inclusive, a regularidade da atividade administrativa e efetividade da tutela da probidade” (Brasil, 2022a, grifos acrescidos).

⁸¹ Veja-se a propósito, por todos, Juliana Bonacorsi de Palma (2020).

jurídica em meio a cenário fático, jurídico e político de incertezas e de mudanças permanentes (Marques Neto; Freitas, 2019, p. 17).

Segurança, nesse cenário, quer dizer: a) *estabilidade*, isto é, perenidade dos atos jurídicos e dos efeitos deles decorrentes, mesmo que em meio às constantes alterações normativas e de entendimentos jurisprudenciais, sobretudo; b) *previsibilidade*, especialmente quando esta obstaculiza mudanças bruscas de entendimentos e as surpresas resultantes; e c) *proporcionalidade*, ao evitar interpretações irracionais ou desproporcionais do direito. Para Marques Neto e Freitas: “É, exatamente, nesses três sentidos que a Lei n. 13.655 veio reforçar a aplicação da segurança jurídica no âmbito do Direito Público” (Marques Neto; Freitas, 2019, p. 18).

Em que pese ter-se dito que a visão da nova LINDB como inovação salutar preponderou sobre as críticas a ela dirigidas, é preciso recobrar importante e pouco explorado aspecto do debate, logo após a edição da lei.

Élida Graziane Pinto (2019) propõe um “diálogo interdisciplinar” focado no controle das políticas públicas a partir das previsões da LINDB, com as modificações produzidas pela Lei n. 13.655/2018. Para a autora, o desafio mais premente sobre o controle das políticas públicas, de raízes históricas, diz respeito à qualidade dos serviços e dos gastos públicos (Pinto, 2019, p. 106).

Nessa perspectiva, a citada autora pondera que, mais do que alterar a legislação visando a resguardar a segurança jurídica “na ponta”, ou seja, na aplicação do direito por intérpretes e “operadores” do cotidiano da administração, o mais adequado (e urgente) é garantir mecanismos que assegurem a vinculação dos agentes públicos à realização das normas de planejamento e de boa execução das políticas públicas sob seu encargo. Em suas próprias palavras:

Ora, o desafio é o de superar soluções aparentemente fáceis e que, por isso mesmo, geram perdas para o processo democrático ao infantilizar o gestor, simplificar a dinâmica do controle e substituir o cidadão como principal agente de pressão por mudanças sociais em todas as instâncias competentes. Dito de outro modo, os tempos atuais reclamam mudança de mirada para reequilibrar – legitimamente – a relação entre meios e fins no controle da ação estatal e, em especial, das políticas públicas a seu encargo. *Infelizmente, contudo, esse não é o escopo estrutural da Lei n. 13.655/2018, uma vez que não houve ali qualquer reforço ao caráter vinculante do planejamento setorial e orçamentário*, inclusive para os fins de avaliação de programas pelo controle interno, na forma do que prevê contundentemente o art. 74, incisos I e II da Constituição de 1988 e o art. 75 da Lei n. 4.320/1964. A necessidade de equalizar a tensão entre eficiência e segurança jurídica é o mote que

justifica alterações à LINDB, mas *não se avança estruturalmente na noção de que é preciso majorar a própria força normativa das leis que definem o fluxo decisório das políticas públicas*, impondo ao gestor maiores ônus argumentativos em relação a mudanças de rota e ao não atingimento das finalidades ali planejadas. Mal se controla custos e resultados da ação governamental na medida em que ainda sobreleva a prevalência dos controles formais, a pretexto da legalidade estrita, contenção da discricionariedade, impessoalidade etc. [...] Mas a condição da obediência formal à estrita legalidade, embora necessária, não é suficiente para, ao longo do tempo, promover aquele equilíbrio entre meios e fins que justificam a atividade de administrar interesse alheio (Pinto, 2019, p. 106-107, grifos acrescidos).

Além disso, Élide Graziane Pinto (2019) ressalta que a pluralidade de formalidades e de “controles de meios” existentes conduz a mais procedimentos formais a serem controlados, assim como a maior quantidade de “instâncias de recheagem” (Pinto, 2019, p. 107). Tal cenário, segundo a autora, se soma à compreensão – corretamente lida como “cômada” e possivelmente ingênua –, de que a solução está na edição de mais leis e no recrudescimento dos controles formais, além do cumprimento igualmente formal das leis, para que tudo se solucione (Pinto, 2019, p. 107). Dessa forma, pondera que:

O primeiro passo para a compreensão de todo esse imbróglio é, pois, reconhecer nossas sérias dificuldades de, paradoxalmente, compreendê-lo. *Precisamos, nesse sentido, assumir como limitadas quaisquer soluções aparentemente universais, abstratas e apriorísticas*. Isso porque políticas públicas reclamam escolhas feitas dinâmica e diuturnamente no curso do seu processo de formulação, implementação e avaliação, à luz das nuances e dos interesses envolvidos contextualmente ali. Daí decorre o segundo passo: para problemas realmente complexos e estruturais, as respostas não de considerar as circunstâncias contextuais em que não de incidir. Dito de outro modo, *precisamos mitigar um pouco o fetiche das soluções jurídicas criadas em âmbito nacional e controladas como se fosse, uma questão de fiel obediência à receita uniforme e padrão*. [...] *Há muita ingenuidade e um tanto de inércia preguiçosa nessa nossa forma cultural de agir: soluções normativas universais, abstratas e apriorísticas*, se aplicadas sem o devido cuidado da sua contextualização e reflexão sobre os cidadãos afetados, produzem resultados injustos e, paradoxalmente, inefetivos. Esse é o estágio atual do debate sobre o controle da qualidade do gasto público no país: déficit de planejamento suficiente, que, por seu turno, implica a execução desidiosa de regras padronizadas, cujo controle formal encerra esse ciclo pobre de reflexão sobre onde queremos chegar (Pinto, 2019, p. 105-107, grifos acrescidos).

Há uma advertência, portanto: a mera edição de “metanorma jurídica” com o objetivo de incrementar a segurança jurídica e a eficiência na interpretação/aplicação do direito público só se justifica, na perspectiva do trecho transcrito, em contexto em que as condutas dos agentes públicos estão concreta e efetivamente pautadas na

legislação que rege a sua atuação, em especial quando se trata da formulação, execução e controle das políticas públicas. Caso contrário, as próprias normas de interpretação e controle serão “formalidades inócuas”, que visam a conferir segurança e eficiência quando do controle do que, desde a origem, é mal planejado e mal executado, em um ciclo vicioso que se retroalimenta.

Sob outro ponto de vista, mais focado nas questões jurídicas atinentes à licitude, à eficácia e à pertinência dos controles incidentes sobre a gestão pública, a partir das novas disposições da LINDB, Raquel Melo Urbano de Carvalho (2019) alerta para o risco de sedimentar a irresponsabilidade administrativa,⁸² afinal:

“Poderiam os princípios constitucionais que regem a Administração Pública (CF/88), ser subjugados em um contexto prático desfavorável? Haveria meios de se convolar um ato ilícito, por violação de princípio, em ato válido? Mais que isso, como compatibilizar o dever hermenêutico com a teoria da invalidade de atos administrativos, notadamente quando nulos ou inexistentes? Fruto de redação açodada, a novel disposição aponta para interesses diversos da segurança jurídica e da consagração de valores positivados.” [...] Adverte [Fábio Henrique Falcone] Garcia que *a segurança jurídica veiculada pela reforma da LINDB atende preponderantemente ao interesse do gestor, e, ainda assim, de forma deficitária, pois dá azo a decisões conflitantes e à perda da racionalidade argumentativa do processo decisório*. Vislumbra que o direito deixará de oferecer a prestação legítima da política e corre o risco de ser reconhecido como um repositório de decisões arbitrárias, o que atrai não só “insegurança jurídica, mas permeabilidade da esfera jurídica a pressões que, do ponto de vista sistêmico, teriam de estar afastadas do âmbito de análise jurisdicional, sob pena de comprometimento da imparcialidade, outra pedra de toque da legitimação do direito como domínio cultural autônomo” (Carvalho, 2019, n. p.).

Extraí-se dos trechos citados a salutar preocupação em não transformar os novos dispositivos da LINDB, de norma que estabelece parâmetros hermenêuticos, a mais uma peça ineficaz do intrincado conjunto de normas que rege a interpretação e a realização do direito administrativo. Buscar aprimorar o controle sem compreender e debelar, de forma crítica, sempre quando possível, os fatores que produzem *déficits* na administração é contribuir, ainda que inadvertidamente, para um ciclo vicioso que, ao final, não melhora a qualidade nem da gestão, nem do controle, voltando-se à “estaca zero” da insegurança e da ineficiência.

⁸² As ponderações partem das disposições do artigo 22 da LINDB, que consagra, de modo geral, a mandatória atenção ao contexto real e às consequências quando da adoção de decisões relativas a condutas administrativas, sobretudo na esfera do direito administrativo sancionador. Lembre-se que o referido artigo 22 é tido como dispositivo correlato ao ora estudado artigo 28, sendo frequentemente citado e mencionado junto desse último (FGV, 2021).

3.2 O artigo 28 da LINDB na visão do TCU, a partir de estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), e da doutrina

Um modo de elucidar o significado da expressão “erro grosseiro” e, a partir dela, compreender o sentido da vinculação do agente público à legalidade, está na visualização da maneira como os órgãos de controle vêm aplicando a LINDB alterada e, especificamente, o *caput* de seu artigo 28.

Optou-se, desse modo, por estudar as decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), que é o maior tribunal de contas, tanto do ponto de vista da extensão territorial de suas competências, quanto do volume de recursos públicos fiscalizados. Além disso, trata-se de órgão de controle externo que funciona como parâmetro para a organização e funcionamento de todos os demais tribunais de contas do país, por força, sobretudo, de previsão expressa do artigo 75 da Constituição da República de 1988.⁸³

A fim de definir algumas das linhas gerais da compreensão do TCU sobre os novos artigos da LINDB, sobretudo o artigo 28, remete-se, inicialmente, à pesquisa realizada pelo Observatório do TCU (FGV, 2021), um grupo de pesquisa vinculado à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Esse grupo se dedicou a sistematizar os entendimentos do referido tribunal sobre os dispositivos inseridos pela Lei n. 13.655/2018, abarcando decisões exaradas no período entre os anos de 2018 e 2020.

Destaca-se, neste ponto, que a remissão ao estudo elaborado pelo Observatório do TCU (FGV, 2021) serve tão somente ao propósito de apontar, de forma introdutória, algumas das linhas gerais, já sistematizadas, sobre os entendimentos emitidos pelo Tribunal de Contas da União desde a edição da Lei n. 13.655/2018.

Com efeito, as principais conclusões do relatório (FGV, 2021), que avaliou em conjunto as decisões do TCU embasadas no artigo 28 e no artigo 22, *caput* e §1º, todos da LINDB, por entender se tratar de dispositivos correlatos na disciplina da responsabilização do agente público, foram as seguintes: i) “Na maior parte dos casos

⁸³ “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros” (Brasil, 1988, n. p.).

analisados, o TCU utiliza o conceito de erro grosseiro do art. 28 para condenar o responsável”; ii) na fundamentação das decisões, o TCU buscar tipificar, na forma de enunciados, as irregularidades passíveis de punição pelo Tribunal; iii) o TCU criou uma lista de condutas reprováveis para fins de responsabilização com base no artigo 28, sem ponderar se o cometimento de irregularidade seria, ou não, caracterizável como erro escusável; iv) o TCU nem sempre avalia os elementos subjetivos do agente público para decidir sobre a sua responsabilização e, quando o faz, a análise varia em grau de profundidade; v) a eficácia do artigo 28 da LINDB vem sendo mitigada em razão do entendimento de que ele não se aplica aos casos em que envolvem dano ao erário (FGV, 2021, p. 11).

Ressalta-se que, no relatório de pesquisa produzido pelo Observatório do TCU (FGV, 2021), os pesquisadores destacam os pressupostos que devem estar presentes, em cada caso concreto, para que o Tribunal de Contas da União possa aplicar seus mecanismos de responsabilização, quais sejam, i) a configuração de ato ilícito, ii) a existência de nexo de causalidade entre o ato ilícito e conduta do agente e iii) a existência de dolo ou de culpa (FGV, 2021, p. 16).

A partir da identificação dos pressupostos acima referidos, os pesquisadores do Observatório do TCU identificam o erro grosseiro na aferição da culpabilidade dos agentes públicos em processo de responsabilização (FGV, 2021, p. 19). Nessa perspectiva, diferenciam o dolo – caracterizado pela intenção de agir em desconformidade com a ordem jurídica, ou de, ao menos, assumir o risco de fazê-lo – da culpa, que conceituam como:

[O] descumprimento de um dever de cuidado, que toma a forma de negligência, imprudência ou imperícia. Em qualquer uma de suas modalidades, a culpa também pode ser avaliada a partir de um espectro de gravidade, que contempla culpa levíssima, leve ou grave, conforme a doutrina civilista acolhida pelo TCU (FGV, 2021, p. 31).

Um dos principais problemas identificados pelos pesquisadores da FGV está na circunstância de que o TCU tem supostamente ignorado a inovação trazida pelo artigo 28 da LINDB quanto aos parâmetros legais para a aferição da culpabilidade dos agentes públicos. Em vez disso, o órgão de controle externo emprega o conceito de erro grosseiro como critério abstrato para identificação dos atos ilícitos que ensejam a punição do Tribunal (FGV, 2021, p. 19).

Nesse sentido:

O uso da ideia de erro grosseiro com o objetivo de fixar, em abstrato, os tipos de irregularidades que podem gerar a responsabilização de gestores públicos não parecem cumprir a *finalidade principal do art. 28 da LINDB, que seria a de delimitar, com maior precisão, as circunstâncias que tornam escusável determinado erro cometido pelo gestor público*. Ao criar uma lista de condutas objetivamente qualificáveis como erro grosseiro, o Tribunal apenas reitera o fato de que essas condutas violam o ordenamento jurídico, em vez de se concentrar na verificação dos fatores subjetivos que tornariam essa violação aceitável ou não. [...] A pesquisa revela que o TCU, nesses primeiros dois anos de aplicação do dispositivo, pode ter dado menos importância à verificação do elemento verdadeiramente subjetivo do jurisdicionado, isto é, suas circunstâncias pessoais, suas atribuições funcionais, sua diligência e sua culpa e mais importância à criação ou ao uso de presunções de erro grosseiro (FGV, 2021, p. 23-24, grifos acrescidos).

A relatada compreensão do TCU não é de todo injustificada, embora não seja necessariamente adequada, quando se considera o modo como sua Lei Orgânica, Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992, previu as hipóteses de responsabilização dos agentes sujeitos às suas competências. A referida lei não contém rol exaustivo de situações ilícitas⁸⁴ e prevê tipos infracionais abertos e veiculadores de conceitos jurídicos indeterminados (FGV, 2021, p. 16).⁸⁵

⁸⁴ Em relação às particularidades e vicissitudes do direito administrativo sancionador e de sua relação com o princípio da legalidade, Alice Voronoff (2018) explana o seguinte: “Um dos temas mais debatidos no direito administrativo sancionador diz respeito ao princípio da legalidade. Há dúvidas relevantes a serem dirimidas, como as seguintes: tendo em vista a natureza comum do *ius puniendi* estatal, o princípio da legalidade, tal como compreendido no direito penal, deve ser estendido à seara administrativa, de modo que os tipos e sanções estejam todos especificamente previstos em lei em sentido formal? Ou o princípio da legalidade se aplica à competência sancionatória da Administração Pública como no direito administrativo em geral, como boa dose de flexibilidade? [...] Em que pesem as aproximações defendidas ou sugeridas pela literatura e pela jurisprudência, o princípio da legalidade no direito administrativo sancionador não pode – nem deve – tomar como parâmetro o sentido de legalidade prevalecente no direito penal (como instrumento rígido de proteção dos indivíduos e suas liberdades contra o arbítrio estatal). [...] De modo geral, diz-se que o princípio se estende à seara administrativa com matizes. Ainda assim, essa atenuação gera confusões. A uma, porque fortalece a caracterização indevida do direito administrativo sancionador como uma espécie de ‘costela’ do direito penal, sujeita, por derivação, à incidência da mesma principiologia. A duas, porque a necessidade dos matizes, mesmo quando reconhecida, não os torna autoevidentes. E pregar a mitigação sem que se ofereçam critérios para definir quando e como a incidência do princípio da legalidade ganha cores próprias de pouco adianta. É preciso deixar as coisas mais claras. [...] Ou seja, falta fundamento jurídico para uma extensão automática da legalidade estrita penal ao âmbito do direito administrativo sancionador. Aliás, sustentar um padrão de legalidade exaustivo na seara administrativa seria ainda mais irrazoável, porque sequer no direito penal ele prevalece. Nesse campo, a reserva legal absoluta e formal extraída do art. 5º, XXXIX, da CRFB não impede que se reconheça a existência das chamadas leis penais em branco. Isto é, de ‘leis (...) de conteúdo incompleto, vago, lacunoso, que necessitam ser completadas por outras normas jurídicas, geralmente de natureza extrapenal’. Inclusive, por atos normativos expedidos pela Administração Pública. A extensão ao direito administrativo sancionador de um padrão de legalidade exaustivo ou equiparável ao do direito penal, portanto, deve ser descartada” (Voronoff, 2018, p. 215-220).

⁸⁵ Veja-se, a propósito, a lista de condutas ensejadoras de aplicação de multa por parte do TCU, nos termos do art. 58 de sua Lei Orgânica: “Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: I - contas julgadas irregulares de que não resulte débito,

Essa compreensão não é unânime, entretanto.

Com base na análise das decisões do TCU que aplicaram os novos artigos da LINDB, os pesquisadores da FGV argumentam que os artigos 22 e 28 da Lei de Introdução estão relacionados ao tema da tipicidade dos atos ilícitos e, nesse sentido, impactariam a atividade de responsabilização desempenhada pelo Tribunal de Contas da União (FGV, 2021, p. 17).

Contudo, a explicação quanto à exclusão da tipicidade ocorre com enfoque específico no artigo 22 da Lei de Introdução, sobretudo em vista do seu *caput* e §1º, que:

[...] poderiam ser enquadrados, numa analogia possível com o direito penal, como espécies de excludente da tipicidade do ato praticado pelo agente. Isto é: ainda que determinada conduta possa ser enquadrada em alguns dos tipos de ato ilícito previstos na Lei Orgânica [...], essa mesma conduta deixaria de ser considerada típica ou ilícita pelo TCU em razão dos fatores descritos no art. 22 da LINDB (“obstáculos e dificuldades reais do gestor”, “exigências das políticas públicas a seu cargo” ou “circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”). Assim, após a edição da Lei n. 13.655/2018, o TCU poderia, em tese, aplicar o art. 22 da LINDB com o objetivo de afastar a tipicidade das condutas dos agentes públicos ou privados sob sua fiscalização (FGV, 2021, p. 17).

Recorre-se à sistematização proposta pelos pesquisadores do Observatório do TCU, que, a partir do estudo da jurisprudência do referido tribunal de contas, destacam os três elementos que fundamentam a aplicação dos mecanismos de responsabilização, administrativa e civil, pelo órgão, quais sejam: a ocorrência de ato ilícito; a existência denexo de causalidade entre o ato ilícito e a conduta do agente; a presença de dolo ou de culpa (FGV, 2021, p. 16).

Já se disse que, no aludido estudo do Observatório do TCU (FGV, 2021), os pesquisadores, apesar de mencionarem a possibilidade de a previsão do *caput* do art. 28 da LINDB ser empregada para descaracterizar a tipicidade de determinada conduta, dão maior enfoque à aferição da culpabilidade do agente. Dessa forma, a

nos termos do parágrafo único do art. 19 desta Lei; II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário; IV - não atendimento, no prazo fixado, sem causa justificada, a diligência do Relator ou a decisão do Tribunal; V - obstrução ao livre exercício das inspeções e auditorias determinadas; VI - sonegação de processo, documento ou informação, em inspeções ou auditorias realizadas pelo Tribunal; VII - reincidência no descumprimento de determinação do Tribunal. § 1º Ficará sujeito à multa prevista no *caput* deste artigo aquele que deixar de dar cumprimento à decisão do Tribunal, salvo motivo justificado. § 2º O valor estabelecido no *caput* deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União. § 3º O Regimento Interno disporá sobre a gradação da multa prevista no *caput* deste artigo, em função da gravidade da infração” (Brasil, 1992b, n. p.).

figura do erro grosseiro serve à análise da existência do elemento subjetivo que lhe é comumente atribuído: a culpa (grave). Nesse sentido, entende-se que vale a integral transcrição do trecho do estudo do Observatório do TCU (FGV, 2021) que aborda as vicissitudes da aferição do dolo, ou da culpa, do agente, no seguinte sentido:

O dolo se caracteriza pela intenção de agir de determinada maneira considerada irregular (dolo direto), ou no mínimo pela assunção do risco de fazê-lo (dolo eventual). Já a culpa se configura pelo descumprimento de um dever de cuidado, que toma a forma de negligência, imprudência ou imperícia. Em qualquer uma de suas modalidades, a culpa também pode ser avaliada a partir de um espectro de gravidade, que contempla a culpa levíssima, leve ou grave, conforme a doutrina civilista acolhida pelo TCU. Antes da Lei n. 13.655/2018, a legislação brasileira não previa, de modo explícito, uma regra geral sobre culpabilidade de agentes públicos que fosse aplicável a processos de responsabilização julgados pelo TCU. Sobre esse ponto, é digno de nota o fato de que a Lei Orgânica do TCU não faz, em qualquer de seus dispositivos, menção aos requisitos subjetivos necessários para imposição de sanções ou imputação de débito. [...] Inicialmente, com relação à hipótese de responsabilização por dolo, o art. 28 da LINDB não deveria ter qualquer impacto. Antes da promulgação da Lei n. 13.655/2018, a jurisprudência do TCU já permitia a responsabilização administrativa ou civil quando verificado o dolo do agente infrator. Após a entrada em vigor do art. 28 da LINDB, essa possibilidade permanece. [...] Quanto à hipótese de responsabilização de agentes públicos por atos culposos, a aplicação do art. 28 da LINDB vem sendo mitigada em razão do entendimento de que ele não se aplicaria aos casos envolvendo dano ao erário. A pesquisa mostra que o Tribunal vem expressamente afastando a necessidade de identificação de erro grosseiro como pressuposto de responsabilização por dano ao erário (FGV, 2021, p. 31-34).

Em relação ao dolo, destaca-se que a pesquisa realizada pelo Observatório do TCU foi concluída antes da mais recente modificação da Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.

A Lei de Improbidade, alterada pela Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021, passou a prever expressamente o conceito normativo de dolo, que é “a vontade livre e consciente de alcançar resultado ilícito”.⁸⁶

Mais do que definir o dolo como a vontade livre e consciente de provocar resultado ilícito tipificado em lei, a Lei n. 8.429/1992, alterada pela Lei n. 14.230/2021 estabelece que não basta a voluntariedade do agente para caracterizar o dolo (art. 1º,

⁸⁶ “Art. 1º. O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. [...] § 2º Considera-se dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente. § 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa” (Brasil, 1992a, n. p.).

§2º, *in fine*). Além disso, nos expressos termos da lei, o mero exercício de função ou desempenho de competências públicas, sem a comprovação da prática de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa (art. 1º, §3º, da Lei n. 8.429/1992).

Vale trazer aqui, como elemento adicional de análise, a concepção sobre a distinção entre os “elementos anímicos” culpa e dolo, por ocasião da deliberação colegiada, no STF, do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 843.989, no qual se discutiu a constitucionalidade dos novos dispositivos inseridos na Lei de Improbidade pela Lei n. 14.230/2021, com enfoque sobre a possibilidade de a nova lei retroagir para beneficiar responsáveis que tenham praticado improbidade na modalidade culposa, que foi extinta (Brasil, 2022b).⁸⁷ Nos termos do voto-vogal do Ministro André Mendonça no ARE 843.989:

A ideia de distinção, de certa forma antagônica, entre a culpa e o dolo como elementos anímicos exigíveis para imputação de uma consequência jurídica pelo cometimento de um ilícito é uníssona em todo o sistema de responsabilidade jurídica de cunho subjetivo. Não apenas no universo jurídico do direito administrativo sancionador e do direito penal, mas na teoria da responsabilidade objetiva de forma geral – seja ela civil, administrativa ou penal -, a culpa caracteriza-se, em linhas gerais, pela conduta praticada de forma consciente, contudo, evitada por negligência, imprudência ou imperícia. Por sua vez, a noção de dolo exige, para além da consciência, a vontade livre e desembaraçada de se atingir o resultado contrário à prescrição normativa. Não olvidando as gradações que particularizam o elemento anímico e outro em cada ramo do direito, como, *v.g.* as noções de “culpa grave”, “culpa consciente”, “dolo eventual”, “dolo direto”, trata-se de conceitos distintos – *não se admitindo em qualquer seara o conglobamento de um pelo outro, como defende a PGR* –, sendo o dolo invariavelmente digno de maior reprovação jurídica em relação à culpa. E, não apenas no âmbito do direito penal, mas na seara do direito punitivo como um todo, diante do seu menor grau de reprovabilidade, o comportamento culposo é punido apenas de modo excepcional, quando expressamente previsto pela legislação sancionadora. Ainda em razão dessa apontada excepcionalidade, não raras vezes, mesmo quando expressamente prevista em lei, a modalidade de responsabilização culposa tem sua constitucionalidade posta em xeque, a depender da

⁸⁷ Ao fim, o STF entendeu pela irretroatividade da nova lei, inclusive a partir da diferenciação entre direito penal e direito administrativo sancionador. Fixou, ainda, a seguinte tese de repercussão geral (tema 1199): “1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - dolo; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é irretroativa, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é irretroativo, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei” (Brasil, 2022b, grifos no original).

relevância do bem jurídico tutelado e do ramo do direito punitivo incumbido da respectiva tutela (Brasil, 2022b).

As menções ao cometimento de ilícitos caracterizados pela existência de dolo servem tão somente ao propósito de apartá-lo da figura jurídica do erro, considerando-se, sobretudo, que o Tribunal de Contas da União, órgão cujas competências sancionadoras são enfocadas neste trabalho, não possui a atribuição constitucional de processar e condenar agentes públicos pela prática de atos tipificados como improbidade administrativa, já que a competência, *in casu*, é exclusiva do poder judiciário.

Feitas essas considerações, retorna-se ao ponto de partida das ponderações iniciais acerca do controle do TCU sobre o erro grosseiro, com base no relatório de pesquisa elaborado pelo Observatório do TCU (FGV, 2021).

Segundo os pesquisadores, o TCU historicamente fundamentou suas decisões em matéria de responsabilização civil em duas regras, em especial: a do §6º do art. 37 da Constituição da República⁸⁸ e a do art. 186 do Código Civil (Lei n. 10.406/2002), os quais exigiriam a presença de dolo ou de culpa, sem gradação, como requisito para imputação do dever de reparar dano (FGV, 2021, p. 32).

Quanto à responsabilização administrativa, mais especificamente no que toca à aplicação de multa, a culpa em sentido amplo, abarcando os conceitos de dolo e de culpa em sentido estrito, sem gradação, seria suficiente para condenar o agente (FGV, 2021, p. 32).

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.655/2018, os parâmetros de aferição da culpabilidade pelo TCU sofreram modificações. Porém, as inovações da LINDB estariam sendo mitigadas pelo entendimento construído pelo órgão de controle externo, no sentido de que a identificação do erro grosseiro (e, assim, da culpa grave) não constituiria pressuposto para a responsabilização do agente público (FGV, 2021, p. 33-34).

Para reforçar os “prejuízos” provocados por esse entendimento mitigador do órgão de controle externo federal, os pesquisadores do Observatório do TCU (FGV,

⁸⁸ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (Brasil, 1988, n. p.).

2021) realçam que é no âmbito dos processos em que se discute a responsabilização civil que o TCU impõe as condenações com maior repercussão financeira (FGV, 2021, p. 34).

De outro turno, do ponto de vista teórico, embora os pesquisadores do Observatório do TCU (FGV, 2021) tenham suscitado a possibilidade de a figura do erro grosseiro ser empregada tanto para avaliar a tipicidade de determinada conduta quanto para examinar o requisito da culpabilidade, ressalta-se que é nesse último aspecto que as considerações quanto à natureza e às repercussões da identificação do erro se concentram.

A partir das considerações até aqui tecidas, é possível ressaltar algumas percepções: o conceito de erro, para o TCU, é “tomado” principalmente das regras do direito civil, o que parece confirmar a crítica de Gustavo Binenbojm e Pedro de Hollanda Dionisio (2021) sobre a falta de autonomia teórica do direito administrativo ao tratar do assunto (Binenbojm; Dionisio, 2021, p. 111).

Ademais, parece ter se consolidado a associação entre erro grosseiro e culpa grave, associação esta que encontra respaldo no Decreto Federal n. 9.830, de 10 de junho de 2019.

Em que pesem tais constatações, a associação quase automática entre erro e culpa não é unânime na doutrina administrativista. Das tentativas de conceituar erro grosseiro que passam, antes, pelo exame da própria natureza do erro administrativo, sem qualquer qualificação, encontra-se a possibilidade de existência dos chamados “erros inevitáveis”, cometidos sem culpa.

De fato, Pedro de Hollanda Dionisio (2021), ao buscar referências na doutrina e legislação de direito civil e direito penal acerca da caracterização do erro, defende que as figuras do erro e da culpa não se confundem, já que o agente que se equivoca na apreciação dos fatos ou das normas jurídicas relevantes para a tomada de decisão não necessariamente o faz por negligência, imprudência ou imperícia. Mais do que isso, para o referido autor, “[...] para que o elemento culposo esteja presente, é necessário, no Direito brasileiro, que o equívoco cometido seja razoavelmente evitável” (Dionisio, 2021, p. 78).⁸⁹

⁸⁹ “[...] o erro de tipo e o erro de proibição, desde que inevitáveis, são, para o Direito Penal, respectivamente, causas de exclusão do dolo e da culpabilidade do agente, nos termos que dispõem os artigos 20 e 21 do Código Penal. Na responsabilidade civil, como esclarece Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a natureza inevitável do erro também é suficiente para demonstrar a ausência de imperícia do

Em consonância com esse entendimento, considera-se que o grau de reprovabilidade do juízo administrativo equivocado é “amplamente dependente” dos níveis de incerteza e do “contexto decisório” (Modesto, 2020, p. 86) que permeia o exercício das competências discricionárias pelo agente público. Depende ainda, nessa perspectiva, das possibilidades de decisão informada e dos meios à disposição do agente público para enfrentar e controlar a incerteza na tomada de decisão. Nesse aspecto, sobretudo, a previsão do *caput* do artigo 28 da LINDB se conecta com as previsões do artigo 22 da mesma lei, na medida em que este último dispositivo prescreve a atenção ao contexto real quando da interpretação e aplicação das normas de direito administrativo. Tal dispositivo determina, ainda, a avaliação dos obstáculos e das dificuldades reais do gestor, bem como das exigências das políticas públicas sob seu encargo, sem prejuízo dos “direitos dos administrados” e com atenção, inclusive, às circunstâncias práticas que tiverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente (Modesto, 2020, p. 86).⁹⁰

É justamente no cenário fático-jurídico exposto, de associação expressa da figura do erro aos contextos de incerteza e mutabilidade, que se encontra a defesa de que o equívoco juridicamente relevante não deriva necessariamente de conduta culposa do agente público. Nessa linha de pensamento, aquele que comete equívoco que razoavelmente não poderia evitar não pratica ato culposo ou, tampouco, tem a intenção de cometer ato ilícito (Dionisio, 2021, p. 79).

Portanto, em razão da inevitabilidade do erro, não há fundamento para a responsabilização do agente público. Justamente aí é que residiria o espaço de tolerância ao erro, segundo Pedro de Hollanda Dionisio (2021).

indivíduo. Se o dano ocorrido não era passível de ser evitado, não há que se falar em culpa do agente causador” (Dionisio, 2021, p. 79).

⁹⁰ Sobre a possibilidade, ou não, de remanescer o campo para exercício da discricionariedade no caso concreto, Paulo Modesto (2020) complementa que: “É certo que os conceitos tradicionais de ‘oportunidade’ e ‘conveniência’, empregados para aludir ao núcleo da discricionariedade, são ‘quase ociosos’, elípticos ou insuficientes para uma descrição analítica do âmbito de exercício legítimo da competência discricionária. Possuem fronteiras flexíveis que, à luz do caso concreto, comprimem ou estendem as margens de apreciação da escolha pública legítima conforme o conflito imponha a prévia análise de custo-benefício, a avaliação de impacto e efeitos prospectivos, a precaução qualificada, a tutela da confiança, a necessidade ou não de normas de transição, entre outras situações comuns que podem conduzir em concreto a competência discricionária a zero. Presente essa circunstância, ocorre a delimitação dinâmica da competência em concreto, a exigir motivação específica do agente administrativo e do controlador, não bastando a simples invocação genérica da previsão abstrata da norma de competência” (Modesto, 2020, p. 86).

A partir da concepção civilista de que a essência da culpa seria a previsibilidade e a evitabilidade (Nader, 2016, p. 139) e de que a responsabilidade (administrativa ou civil) é subjetiva, defende-se que:

A presença da culpa *stricto sensu*, por sua vez, pressupõe que o administrador público tenha condições objetivas e razoáveis de prever e, sobretudo, de evitar que o resultado indesejado aconteça. Caso contrário, o elemento subjetivo necessariamente não estará presente. Afinal, como é possível ser diligente a fim de evitar algo inevitável? [...] Nos casos de erros inevitáveis, portanto, inexistente culpa *lato sensu* do gestor (Dionisio, 2021, p. 79-80).

O principal questionamento que surge neste momento a respeito de tais ponderações é de que, ao manejar os conceitos de culpa e dolo para fins de responsabilização, não se está a tratar dos cidadãos de forma geral e sim de agentes públicos, submetidos constitucional e legalmente a regime jurídico cujo propósito último é o de proporcionar a realização concreta dos interesses da coletividade. Tomando-se a expressão “responsabilidade” em sentido amplo, para abarcar até mesmo seu viés político, destaca-se que a possível inevitabilidade ou imprevisibilidade dos acontecimentos do mundo e da vida não são capazes de, por si sós, exonerarem de responsabilidade agentes públicos que violam o sistema jurídico, queiram eles ou não. Afinal, vinculados estão à legalidade, e não há conceito de erro que possa desbordar dessa baliza constitucional.

Nesse sentido, defende-se que a categoria dos erros inevitáveis ou sem culpa, em cotejo com a legalidade, não possui fundamento jurídico suficiente para afastar a possibilidade de responsabilização do agente público. A questão é saber, especificamente, quais são os fundamentos dessa responsabilização. Antes, porém, vale aprofundar na categoria do “erro com culpa”.

Cumprido retomar, neste ponto, a lição de Pedro de Hollanda Dionisio (2021), o qual realça três dimensões do princípio da culpabilidade,⁹¹ no âmbito da doutrina penalista, defendendo que, sem que o indivíduo tenha ao menos incorrido em comportamento imprudente, negligente ou imperito, ele não pode ser sancionado (Dionisio, 2021, p. 80).

⁹¹ As três dimensões são, de acordo com Pedro de Hollanda Dionisio (2021) a partir dos ensinamentos de Cezar Roberto Bitencourt (2008), as seguintes: i) vedação à responsabilidade penal de caráter objetivo, sem a demonstração do dolo ou da culpa; ii) a imposição de requisitos para a aplicação de pena ao autor de um fato típico e antijurídico; iii) a determinação de que a pena deve ser mensurada de acordo com a culpabilidade do acusado (Dionisio, 2021, p. 80).

O principal propósito do autor, nesse ponto, é o de afastar a responsabilidade objetiva, vedada pelo princípio da culpabilidade: quer-se opor à eventual disposição que possibilite que a consequência jurídica prevista em determinada norma deva ser suportada pelo agente em razão do simples nexo de causalidade entre a sua conduta e o evento indesejado; nesse caso, mesmo que ausente a culpa, a responsabilidade subsistiria (Dionisio, 2021, p. 81).

Pedro de Hollanda Dionisio (2021) argumenta que, embora o princípio da culpabilidade não encontre referência expressa no texto constitucional, seu conteúdo deflui da norma que consagra a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro, nos termos do inciso III do art. 1º da Constituição da República de 1988,⁹² e da que dispõe que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, conforme dicção do inciso XLV do art. 5º da Lei Maior.⁹³ Quanto ao último dispositivo constitucional citado, o autor extrai dois significados, o “mais óbvio”, conforme o qual ninguém pode ser sancionado por ato praticado por terceiro (Dionisio, 2021, p. 81), e um segundo sentido, de acordo com o qual seria vedada a punição do acusado por comportamento cujas consequências ele próprio não pode razoavelmente antecipar (Dionisio, 2021, p. 21).

Pedro de Hollanda Dionisio (2021) pondera, assim, que, embora não se defenda a identidade absoluta entre as disciplinas – direito penal e direito administrativo sancionador, a maior parte da doutrina administrativista brasileira defenderia a existência de núcleo normativo comum, a aproximar o direito administrativo sancionador do direito penal, em especial quando se trata de assegurar a observância dos direitos e garantias do devido processo (Dionisio, 2021, p. 82).

No entanto, nem o próprio autor parece concordar integralmente com a alegada identidade ontológica entre os diferentes ramos do direito punitivo estatal (Dionisio, 2021, p. 84). Vê-se, por exemplo, que remete às críticas tecidas por Alice Voronoff (2018), a qual, em sua tese de doutorado, tece questionamentos acerca da transposição irrefletida de garantias penais à esfera administrativa, situação que, de

⁹² “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana” (Brasil, 1988, n. p.).

⁹³ “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido” (Brasil, 1988, n. p.).

acordo com a autora, desconsidera a autonomia científica e as singularidades do direito administrativo sancionador.

Vale destacar que a linha de raciocínio que aparta direito administrativo sancionador do direito penal foi corroborada em decisão colegiada do Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo n. 843.989, relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes. No voto que analisou a validade jurídica da retroatividade da Lei n. 14.230/2021, que alterou aspectos nucleares da Lei de Improbidade Administrativa, extinguindo a modalidade culposa, argumentou-se que: 1) diferentemente das constituições que a precederam, a Constituição da República de 1988 inovou em matéria de administração pública, por consagrar em seu corpo normativo os princípios e preceitos básicos relativos à gestão da coisa pública, constitucionalizando/codificando o direito administrativo, em seus aspectos constitucionais, de maneira “detalhada e completa”; 2) a codificação constitucional do direito administrativo possibilitou a consagração de uma “teoria geral do direito constitucional administrativo”, destinada a assegurar a observância de seus princípios constitucionais norteadores e a limitar o poder estatal, mediante a previsão de instrumentos de controle e de meios de responsabilização dos agentes públicos, a fim de garantir a transparência e a probidade na administração, com vistas ao combate da corrupção; 3) a Constituição de 1988 constitucionalizou “regras rígidas” de regência da administração pública e de responsabilização dos agentes públicos, inclusive por corrupção, o que deu novos contornos ao direito administrativo sancionador, que teria deixado de regular tão somente a relação administrado/administração, passando a abarcar princípios e valores próprios de “regência da legalidade e moralidade na atuação do Poder Público” (Brasil, 2022b); 4) direito administrativo sancionador constitui sub-ramo do direito administrativo que expressa a prerrogativa punitiva do Estado, exercitada pela administração pública, em face dos administrados e particulares em geral; 5) diferentemente do direito penal, “que materializa o *ius puniendi* na seara judicial, mais precisamente criminal”, o direito administrativo sancionador se revela na expressão do *ius puniendi* administrativo, assim, embora sejam ambos materialização do poder punitivo estatal, obedecem a “lógicas operativas” distintas; 6) especificamente em vista do sistema de responsabilização por improbidade administrativa, aplica-se o direito administrativo sancionador, e não o direito penal, inclusive por expressa previsão constitucional, nos termos do §4º do art.

37 da Constituição da República de 1988; 7) os atos de improbidade administrativa possuem natureza civil.

O voto-vogal proferido pelo Ministro André Mendonça em sede do supracitado Recurso Extraordinário com Agravo n. 843.989 sumariza o ponto de vista do relator, nos seguintes termos:

[...] apesar de integrarem o mesmo sistema, gozam de inafastável autonomia e independência entre si. Autonomia esta que é verdadeira *conditio sine qua non* para existência, constitucionalmente legítima, da responsabilização por ato de improbidade administrativa – tendo em vista que o pensamento em sentido contrário atrairia a incidência do princípio do “*ne bis in idem*” em desfavor desta modalidade de responsabilização específica. Portanto, há que se reconhecer, em certa medida, a autonomia técnico-científica tanto do direito administrativo sancionador, enquanto gênero, quanto da responsabilização por ato de improbidade administrativa, enquanto espécie, demandando concepções de princípios e regras que lhe sejam próprios (ou adaptados), operando como construtores de uma identidade particular e distintiva em relação aos demais ramos do direito punitivo estatal – e que devem ser construídos a partir de tal perspectiva (Brasil, 2022b).

É nesse cenário hermenêutico de reconhecimento de uma identidade própria ao direito administrativo sancionador que Pedro de Hollanda Dionisio (2021), antes mesmo das recentes interpretações emitidas pelo STF acerca do tema, afirma que o compartilhamento imotivado de institutos do direito penal pode provocar a deturpação das sanções administrativas. Nesse sentido, eventual extensão de normas penais ao regime administrativo punitivo só deve ocorrer “na medida em que justificada pelo escopo específico das normas sancionadoras em questão” (Dionisio, 2021, p. 85).

Razões de natureza substancial fundamentariam a incidência do princípio da culpabilidade no âmbito do direito administrativo sancionador: nesse caso, porém, de modo aparentemente contraditório, o autor (Dionisio, 2021) parece defender a identidade ontológica entre direito administrativo sancionador e direito penal. Isso se revela, por exemplo, na defesa de que os dois ramos da dogmática jurídica lidam preponderantemente com pessoas físicas; ao fato de que os agentes públicos sancionados no âmbito administrativo estão sujeitos, tanto quanto na esfera criminal, a “forte carga de reprovação moral”, e à circunstância de que as penas administrativas podem impor restrições graves à esfera de direitos dos agentes públicos, embora não sejam capazes de limitar, por si sós, sua “liberdade ambulatorial”.

De outro turno, como já se destacou quando da análise específica do princípio da legalidade, na seção 2.1 deste trabalho, é preciso realçar que a especial “atenção

ao contexto” e a eventual “tolerância ao erro”, a significar, neste caso, margens mais alargadas para o que se pode considerar comportamento jurídico, no sentido de abarcado pelo direito, não são capazes de convalidar condutas antijurídicas, consubstanciadas em atos nulos ou inexistentes, ou, ainda, redundar em irresponsabilidade administrativa (Carvalho, 2019).

Em sentido consonante com as considerações tecidas acima, Paulo Modesto (2020) assevera que a urgência e a incerteza, por si sós, não são capazes de dispensar a observância da eficiência, do dever de boa administração, da avaliação de riscos e de seus efeitos colaterais, do exame atento de documentos sobre os fatos e custos, além do cumprimento de normas de cautela e de procedimentos legais cabíveis na atividade administrativa (Modesto, 2020, p. 87).

Por tudo quanto exposto nesta seção, defende-se que a ausência de culpa ou a existência de culpa em grau leve não caracterizam erro grosseiro. Não se trata, propriamente, do reconhecimento de espaço para acomodação de erros, sobretudo quando em causa a prática de “erros simples”, caracterizados por culpa leve. Permanece a desconformidade com sistema jurídico, portanto. Porém, ela não é penalizada.

4 A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL SANCIONADORA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Este capítulo visa ao estudo dos fundamentos jurídico-constitucionais da função sancionadora do tribunal de contas. Buscar-se-á elucidar tal função em paralelo com outras funções do órgão de controle externo – que podem ser lidas, no escopo deste capítulo, como competências – as quais implicam responsabilização pessoal do agente público. Para tanto, será analisada a natureza jurídica dos tribunais de contas e as semelhanças e diferenças, em termos de natureza jurídica e consequências, das competências para impor sanção e para imputar obrigação de ressarcimento ao erário. Será analisada, ainda, a jurisprudência coletada do TCU, a partir de pesquisa própria, e o que ela diz sobre a caracterização do erro grosseiro. Finalmente, em vista da ainda presente confusão conceitual em torno da noção de erro grosseiro, sugere-se método de controle da atividade administrativa pautado no reconhecimento da processualização como modo de agir contemporâneo da administração e na necessidade de alcançar um conceito estabilizado de erro grosseiro, que seja útil tanto para a administração quanto para os órgãos de controle.

4.1 Fundamento jurídico constitucional da função sancionadora do Tribunal de Contas da União e pressupostos para seu exercício

Antes de tratar propriamente da função sancionadora do Tribunal de Contas da União, enquanto órgão de controle externo, é preciso tratar da sua qualificação como órgão de controle externo e suas funções.

Segundo lição clássica da doutrina, com base nas disposições da Constituição da República de 1988, sobretudo o *caput* de seu art. 71, controle externo é aquele exercido pelo poder legislativo sobre todos os demais poderes da República e órgãos e entidades da administração pública (Conti, 1988, p. 9), abrangendo, inclusive, aqueles dotados de personalidade jurídica de direito privado, a exemplo das empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista).

José Maurício Conti (1998, p. 9-10) ensina que o modelo de controle externo brasileiro, organizado com a existência de um tribunal de contas constituído como órgão colegiado composto por ministros ou conselheiros é tributário do sistema de controle externo “francês” ou “continental europeu” (Conti, 1998, p. 10), que se opõe

ao modelo anglo-saxão, no qual “a fiscalização é exercida por um órgão não colegiado, do tipo controladoria ou auditoria-geral” (Conti, 1998, p. 9).

Consoante o disposto no *caput* do art. 70 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo. Ademais, por força do *caput* do art. 71 da Constituição de 1988, o controle externo, a cargo do poder legislativo, como já se disse, *será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União*.

A Constituição de 1988 emerge como aquela que, na história do constitucionalismo brasileiro, maior espaço dedicou, entre suas previsões, à atividade de controle da administração pública (Ferraz *et al.*, 2020, p. 250).

Diante das citadas normas constitucionais, qual o *status* jurídico-constitucional que se pode haurir desse órgão com missão tão central ao correto funcionamento da administração pública?

Entre posições doutrinárias que atribuíram ao Tribunal de Contas da União a condição de um “quarto poder” ou que, contrariamente, o enxergam como um órgão vinculado, até mesmo subordinado, ao poder legislativo (Conti, 1998, p. 20-21),⁹⁴ sobressai o entendimento de que o Tribunal de Contas da União, na ordem constitucional brasileira, é órgão independente e autônomo, com funções diretamente atribuídas pela Constituição da República de 1988, para atuar como órgão auxiliar do poder legislativo no exercício do controle externo, sem que isso implique “qualquer vínculo de hierarquia ou subordinação” em relação a esse último (Conti, 1998, p. 21). O auxílio do tribunal de contas ao poder legislativo no exercício do controle externo revela, na verdade, a partilha da função constitucional de fiscalização das finanças públicas (Ferraz *et al.*, 2020, p. 251) entre órgãos igualmente competentes.

⁹⁴ Em sentido contrário à compreensão de que os tribunais de contas seriam órgãos subordinados ao poder legislativo, veja-se: “O Tribunal de Contas é órgão colegiado, composto de Ministros ou Conselheiros que gozam das mesmas garantias atribuídas à Magistratura, visando, evidentemente, assegurar-lhes independência e tranquilidade para o exercício da função livres de quaisquer pressões que possam interferir na correção de suas decisões. Não teria sentido estabelecerem-se estas regras caso fosse mero órgão auxiliar do Poder Legislativo, a ele subordinado e sujeito às determinações dele oriundas. Portanto, não parece ajustar-se ao modelo estabelecido pela Constituição vigente a posição no sentido de que seja órgão integrante do Poder Legislativo” (Conti, 1998, p. 21).

Identifica-se o tribunal de contas como órgão constitucional de natureza *sui generis*, ao mesmo tempo política e administrativa (Britto, 2018), haja vista os contornos que a Constituição de 1988 lhes conferiu.⁹⁵ Assim:

[...] nenhum Tribunal de Contas é tribunal singelamente administrativo (ao contrário do que se tem afirmado, amiudamente). Não pode ser um tribunal tão-somente administrativo um *órgão cujo regime jurídico é centralmente constitucional*. É dizer: os Tribunais de Contas têm quase todo o seu arcabouço normativo montado pelo próprio Poder Constituinte [...]. Esse *lócus* jurídico-positivo de nascimento e movimentação dos Tribunais de Contas, a lhes conferir dimensão antes de tudo política. A natureza administrativa lhes advém num segundo momento lógico, já por efeito das leis infraconstitucionais; pois o certo é que a atividade administrativa está para a lei assim como a atividade governamental está para a Constituição [...]. Daqui se infere que *as Casas de Contas se constituem em tribunais de tomo político e administrativo a um só tempo*. Político, nos termos da Constituição; administrativo, nos termos da lei [...] salta à razão que se os Tribunais de Contas não ostentassem dimensão política não ficariam habilitados a julgar as contas dos administradores e fiscalizar as unidades administrativas de qualquer dos Poderes estatais [...] Sequer receberiam o nome de “Tribunais” e nunca teriam em órgãos e agentes judiciários de proa o seu referencial organizativo-operacional. Muito menos se dotariam de um Ministério Público próprio ou especial (Britto, 2018, n. p., grifos acrescidos).

Esta tese filia-se ao entendimento quanto à natureza jurídica diferenciada dos tribunais de contas, desenhada pela própria Constituição de 1988. Trata-se de órgão de assentamento constitucional que ostenta características político-administrativas, as quais se repercutem na própria natureza de seus processos, os quais são ora identificados como típicos processos administrativos (Conti, 1998, p. 22) ora como processos de contas, não equiparáveis a meros processos administrativos (Britto, 2018).

A visão dos processos desenvolvidos no âmbito dos tribunais de contas como processos *sui generis*, chamados acima de “processos de contas”, sobretudo aqueles realizados com contraditório, é constitucionalmente cabível, na medida em que chama

⁹⁵ A caracterização do tribunal de contas como órgão constitucional de feição ao mesmo tempo política e administrativa não é unívoca. Veja-se um contraponto: “É importante ainda destacar, quanto à natureza jurídica do Tribunal de Contas, de que *não se trata de órgão judicial, e sim administrativo*. Embora seus integrantes – Ministros ou Conselheiros – tenham as mesmas garantias da Magistratura, não faz parte do Poder Judiciário. As decisões do Tribunal de Contas podem ter, dependendo das circunstâncias, caráter de definitividade no âmbito da Administração Pública, sem a mesma força atribuída às decisões com trânsito em julgado oriundas do Poder Judiciário. Suas decisões, portanto, não fazem ‘coisa julgada judicial’, embora seja correto dizer que constituam ‘coisa julgada administrativa’, ou seja, não podem mais ser objeto e discussão na esfera da Administração Pública, e não poderá o Poder Judiciário alterá-las no tocante ao mérito, cabendo, ao apreciá-las, examinar apenas e tão somente o aspecto de legalidade da decisão, especialmente se foi observado o devido processo legal quando da sua formação” (Conti, 1998, p. 21-22).

a atenção para o que sobressai da natureza desses órgãos constitucionais, que, do ponto de suas competências institucionais, ficam a meio caminho entre administração pública e poder judiciário.⁹⁶

Feitas as considerações sobre a natureza dos tribunais de contas e seu posicionamento constitucional como órgão constitucional incumbido do controle externo, parte-se para compreender quem são as pessoas sujeitas às competências constitucionais e legais dos tribunais de contas.

Nos termos do parágrafo único do art. 70 da Constituição de 1988, estão sujeitas à prestação de contas todas as pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem ou administrem “dinheiros, bens e valores públicos”.

As “contas” a que se refere não apenas o parágrafo único do art. 70, acima citado, como também diversos outros dispositivos que tratam das competências dos tribunais de contas, podem ser classificadas em duas espécies, a saber: i) “contas de governo”, que são prestadas pelo chefe do poder executivo como consectário da incumbência desse agente público para executar as leis orçamentárias, com fundamento no inciso I do art. 71 da Constituição (Ferraz *et al.*, 2020, p. 253), e ii) “contas de gestão”, que são prestadas pelos administradores públicos, e também por agentes privados, além de pessoas jurídicas, que lidam diretamente com recursos pecuniários e patrimoniais da sociedade e cujo julgamento compete ao próprio Tribunal de Contas da União, por força do inciso II do art. 71 da Constituição de 1988.⁹⁷

Necessário destacar, a propósito do tema das contas, que no julgamento do Recurso Extraordinário n. 848.826, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, sendo redator do acórdão o Ministro Ricardo Lewandowski, o Supremo Tribunal

⁹⁶ Nesse sentido, embora a função jurisdicional, no desenho constitucional brasileiro, seja típica e primeira do poder judiciário, do qual os tribunais de contas não fazem parte, “Algumas características da jurisdição [...] permeiam os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas. Primeiramente, porque os TC’s julgam sob critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica (subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais). Segundamente, *porque o fazem com a força ou a irretratabilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado*. Isto, quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público” (Britto, 2018, n. p.).

⁹⁷ Ainda quanto à diferenciação entre contas de governo e contas de gestão: “As contas de governo espelham a situação global das finanças da unidade federativa: revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, os níveis de endividamento, o atendimento a limites de gasto mínimo e máximo previstos para saúde, educação, pessoal. Consubstanciam-se nos balanços gerais previstos na Lei nº 4.320/64 e nos relatórios da Lei Complementar nº 101/2000. As contas de gestão, ao seu turno, devem vir acompanhadas das notas fiscais, dos empenhos, da liquidação, ordenamentos, tudo em ordem a demonstrar a fidedignidade da lida direta com o dinheiro público” (Ferraz *et al.*, 2020, p. 253-254).

Federal, embora tratando especificamente das condições para a inelegibilidade eleitoral, acabou por assentar que tanto as contas de governo quanto as contas de gestão se submetem ao julgamento final do poder legislativo. Esse entendimento, na prática, passa a equiparar as duas espécies de contas, reduzindo a esfera de competência do Tribunal de Contas da União para apreciá-las, considerando-se que, por força do que consta expressamente do inciso I do art. 71 da Constituição de 1988, tão somente no caso das contas de governo o órgão de controle externo emite parecer prévio, que se sujeita ao crivo do poder legislativo.

Esta tese não se filia à posição do STF nesse caso. Para tanto, vale-se das palavras de Luciano Ferraz *et al.*, segundo quem:

A nosso ver, a Constituição estabelece a distinção entre contas globais anuais (contas de governo) e contas de gestão, nos arts. 71, I e II, baseada em critério objetivo (competência em razão da matéria) e não em critério subjetivo (competência em razão da pessoa). Com efeito, *existem dois tipos de prestação de contas*. As contas de governo (que englobam a consolidação da execução orçamentária da entidade federativa) e as contas de gestão (de pertencimento e responsabilidade de cada um dos gestores de recursos públicos alocados em quaisquer dos poderes). *As contas que devem se submeter ao regime do parecer prévio são as contas globais anuais prestadas pelo chefe do Poder Executivo*, enquanto responsável direto pela execução do orçamento e dos planos de governo. Neste caso o chefe do Executivo age como agente político, dando pleno cumprimento aos ditames orçamentários, e, por isso, seu julgamento é político, perante o Parlamento (Ferraz *et al.*, 2020, p. 255).

Ou seja, há distinção *ratione materiae* entre contas de governo e contas de gestão, que se reflete na competência para julgá-las com definitividade, consideradas as competências dos órgãos de controle externo. Nesta tese, quando se trata dos fundamentos para responsabilização do agente público que comete erro grosseiro, faz-se referência às contas de gestão. Essas últimas, como já se disse, são de responsabilidade não apenas de agentes públicos com vínculo formal, político ou profissional, com a administração pública, como também de pessoas privadas, e mesmo de pessoas jurídicas, que, devidamente titularizadas, manejam recursos públicos em sentido amplo.

Dito isso, entende-se a razão da amplitude de agentes que o parágrafo único do art. 70 da Constituição de 1988 atinge ao estabelecer que prestará contas “qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada” que arrecade, guarde, gereencie ou administre “dinheiros, bens e valores públicos”.

Nessa toada, veja-se que, após estabelecer que o Tribunal de Contas da União tem jurisdição, isto é, competência, em todo o território nacional, a Lei Orgânica desse órgão de controle externo (Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992), define quem são as pessoas sobre as quais incidirá a função sancionadora do órgão. São elas, entre outras: i) as pessoas físicas e jurídicas que utilizem, arrecadem, guardem, gerenciem, etc. bens e valores públicos, o que reitera o conteúdo do parágrafo único do art. 70 da Constituição de 1988; ii) as pessoas que derem causa a perda, extravio ou outra ilegalidade de que resulte dano ao erário; iii) os responsáveis pela aplicação de recursos repassados pela União, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a estado, Distrito Federal ou município.

Vê-se que o rol de responsáveis é amplo e abarca, em tese, qualquer pessoa,⁹⁸ de qualquer natureza, que gerencie recursos financeiros e patrimoniais públicos. Sobre esses responsáveis é que incidirão as competências do Tribunal de Contas da União, as quais costumam ser agrupadas pelos estudiosos, para fins didáticos, em funções, entre elas a função sancionadora.

José Maurício Conti (1998, p. 23) arrola oito categorias de funções do tribunal de contas, quais sejam: fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria.⁹⁹

⁹⁸ Em referência ao disposto nos arts. 70 e 71 da Constituição da República de 1988, Yasser Reis Gabriel (2021) corrobora, com acerto, a amplitude de possíveis responsáveis perante o Tribunal de Contas da União ao afirmar que: “[...] existe algum consenso no entendimento de que o TCU detém poderes sancionadores sobre integrantes da administração pública direta e indireta, bem como sobre particulares externos à estrutura estatal que recebem e gerem recursos públicos – como as entidades do terceiro setor” (Gabriel, 2021, p. 45-46).

⁹⁹ A forma de classificação das funções do tribunal de contas não é uníssona. A propósito, veja-se a classificação proposta por Donato Volkens Moutinho (2022) com esteio nas próprias lições de José Maurício Conti: “Com intenção didática, a literatura especializada agrupa as competências das cortes de controle externo brasileiras – especialmente as previstas nos arts. 31, §§1º e 2º, 33, §2º, 71, incisos I a XI e §§1º e 2º, 72, §2º, 74, §§1º e 2º, 75 e 167-A, §6º, da CRFB/1988 – em funções. Aqui, *com adaptação das lições de José Maurício Conti*, adota-se uma classificação *em dez funções*, a saber: fiscalizadora, judicante, sancionadora, reintegradora, consultiva, informativa, corretiva, normativa, ouvidoria e administrativa” (Volkens, 2022, p. 19-20, grifos acrescidos). Outra classificação, em livro de nossa coautoria (Mourão *et al.*, 2023), reconhece a existência de sete funções, da seguinte forma: “Do rol de competências atribuídas às cortes de contas, previsto no artigo 71 da Constituição da República de 1988, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que dele emanam algumas de suas funções, assim compreendidas como o conjunto de atividades finalísticas que desempenham, as quais podem ser assim resumidas: a) fiscalizadora; b) corretiva; c) opinativa; d) sancionadora; e) jurisdicional; f) informativa; e g) de ouvidoria” (Mourão *et al.*, 2023, p. 172). Por outro lado, há quem proponha classificação que inverte da ordem dos fatores, ao propor que a função do tribunal de contas é única e que são diversas, na verdade, as suas competências. É o que defende Carlos Ayres Britto (2018), nos seguintes termos: “[...] é preciso conceituar função e competência como coisas distintas, pois *a função é uma só e as competências é que são múltiplas*. A função é unicamente a de controle externo e tudo o mais já se traduz em competências, a saber: competência opinativa, competência judicante, competência consultiva e informativa, competência sancionadora, competência corretiva, etc. Primeiro, lógico, vem a função, que é a atividade típica de um órgão. Atividade que põe o órgão em movimento

Este trabalho tem como foco três das funções que podem eventualmente resultar em imposição de sanção, pelo Tribunal de Contas da União, aos agentes públicos, quais sejam: a função fiscalizadora, a função judicante ou jurisdicional e a função sancionadora propriamente dita.

Afirma-se, ainda, que a divisão das atribuições constitucionais dos tribunais de contas em funções serve ao propósito didático de permitir o conhecimento de seu conteúdo. E, apesar de consideradas independentes, há interligação entre elas.

A função de fiscalização, ao mesmo tempo em que nomeia o conteúdo do controle externo, nos termos do *caput* do art. 70 da Constituição da República de 1988, dividindo-se em fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, se expressa em específicas atribuições reconhecidas aos tribunais de contas, tais como, conforme arroladas por José Maurício Conti (1998, p. 23-24) as de: a) exame, para fins de registro, da legalidade dos atos de admissão de pessoal; apreciação, para fins de registro, da regularidade das concessões iniciais de aposentadoria, reformas e pensões na administração pública; b) fiscalização de atos e contratos administrativos dos órgãos e entidades da administração pública, fiscalização da aplicação dos recursos repassados pelos ente político-administrativos mediante convênio, acordos, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a outros entes político-administrativos.

Na verdade, pode-se considerar que a função de fiscalização é aquela de conteúdo mais amplo e que, a partir dela, podem emergir as demais funções dos tribunais de contas, tais como as já citadas funções judicante e sancionadora. Com efeito, nas palavras de Moutinho:

Dentre os dispositivos da CRFB/1988 que suportam a sua função fiscalizadora, o inciso IV de seu art. 71 confere às cortes de controle externo competência para fiscalizar, por iniciativa própria ou de terceiros, inclusive por meio de inspeções e auditorias, as unidades administrativas do Legislativo, do Executivo, do Judiciário, dos ministérios públicos, das defensorias públicas e dos tribunais de contas dos municípios, nos estados em que houver, abrangendo órgãos da Administração direta e indireta, inclusive as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista. *O escopo dessa fiscalização abrange todos os atos e contratos relacionados à gestão contábil, financeira, orçamentária, patrimonial ou operacional da Administração Pública, inclusive os eventualmente emitidos ou firmados por chefes do Executivo. [...] Como resultado das ações de fiscalização, as cortes de contas relatam as condições dos objetos fiscalizados e destacam as*

e que é a própria justificativa imediata desse órgão (atividade-fim, portanto). Depois é que vem as competências, que são poderes instrumentais àquela função. Meios para o alcance de uma específica finalidade” (Britto, 2018, n. p., grifos acrescidos).

eventuais não conformidades materiais e/ou insuficiências de desempenho relevantes identificadas, descrevendo os critérios utilizados para a avaliação do objeto, a situação encontrada e as causas e os efeitos dos achados, e apresentando as evidências que os comprovam. *Tais não conformidades relatadas podem desembocar em sua atuação informativa, corretiva, judicante, sancionadora e/ou reintegradora, conforme o caso* (Moutinho, 2022, p. 20-21).

Nesse cenário normativo, a função judicante emerge como aquela que diz respeito ao julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos (Conti, 1998, p. 25).

Trata-se da função relativa à competência disposta no inciso II do art. 71 da Constituição da República de 1988.

É preciso esclarecer que, em que pese o *status* jurídico-constitucional conferido aos tribunais de contas, a função judicante de que se trata aqui não se iguala àquela desempenhada pelo poder judiciário. Isso porque as cortes de contas têm suas competências diretamente estabelecidas pela Constituição, a qual, em mais de um dispositivo, utiliza expressões como “julgar” (o próprio inciso II do art. 71, já citado) e “demais atribuições da judicatura” (§4º do art. 73 da CR/88) para se referir ao desempenho do mister constitucional desses órgãos de controle externo.

A primeira e mais evidente razão é de ordem jurídico-formal: os tribunais de contas não constam do rol de órgãos integrantes do poder judiciário, elencados no art. 92 da Constituição de 1988. Na verdade, os dispositivos constitucionais relativos ao Tribunal de Contas da União encontram-se quase todos dentro do Capítulo I do Título IV, referente ao poder legislativo, junto do qual os tribunais exercem o controle externo.

Carlos Ayres Britto (2018) arrola outros motivos pelos quais a função judicante do Tribunal de Contas da União não é a mesma exercida pelo poder judiciário. Em primeiro lugar, pelo fato de que os julgamentos a cargo do órgão de controle externo *não* se caracterizarem pelo impulso externo ou *non-ex-officio*; em segundo lugar, porque a participação de advogados não é indispensável ao desenrolar dos processos de contas, diante da previsão do art. 133 da Constituição de 1988, segundo a qual o advogado é “indispensável à administração da justiça” – sendo justiça, aqui, equivalente a poder judiciário. Em terceiro lugar, em virtude do enunciado da Súmula Vinculante n. 3, conforme o qual

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão (Brasil, 2007, n. p.).

Independentemente disso, deve-se reconhecer que algumas características dos processos judiciais permeiam os processos dos tribunais de contas, de modo que também é possível dizer que esses últimos são objeto de julgamento, tal qual os primeiros. Para Carlos Ayres Britto (2018), essas características assemelhadas se revelam no fato de os tribunais de contas apreciarem seus processos “[...] sob critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica (subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais)” (Britto, 2018, n. p.). Também há aproximação com os processos judiciais, pois, segundo Ayres Britto (2018), as decisões finais de mérito dos tribunais de contas possuem “[...] a força ou a irretratabilidade que é própria das decisões judiciais com trânsito em julgado”, isso, segundo o autor, “[...] quanto ao mérito das avaliações que as Cortes de Contas fazem incidir sobre a gestão financeira, orçamentária, patrimonial, contábil e operacional do Poder Público” (Britto, 2018, n. p.).

As contas objeto de julgamento no Tribunal de Contas da União, com esteio no inciso II do art. 71 da Constituição de 1988, podem ser ordinárias ou especiais (Moutinho, 2022, p. 21).

As contas ordinárias são aquelas apresentadas periodicamente, conforme disciplina das leis orgânicas regentes dos tribunais de contas, dos seus respectivos regimentos internos e outros atos normativos de caráter infralegal. O juízo a respeito dessas contas revela se a execução orçamentária obedeceu à legislação incidente, de natureza constitucional, legal e infralegal, e se as demonstrações contábeis apresentadas pelos agentes públicos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos. Ainda, para Moutinho, é também preciso aferir se elas “[...] representam adequadamente as posições financeira, orçamentária e patrimonial do órgão ou entidade [...] no encerramento do exercício ao qual as contas se referem” (Moutinho, 2022, p. 21).

De outro turno, as contas especiais, objeto de processos específicos, são fruto da apuração da possível ocorrência de malversação de recursos públicos, em sentido amplo, com fundamento no disposto na parte final do inciso II do art. 71 da

Constituição da República de 1988.¹⁰⁰ Em outros termos, as contas especiais decorrem do conhecimento, no âmbito do tribunal de contas, “[...] que a atuação de qualquer pessoa que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos causou perda, extravio ou outra não conformidade das quais resulte prejuízo ao erário” (Moutinho, 2022, p. 22).

O juízo pela irregularidade das contas, em si mesmo, não constitui sanção ou penalidade (Moutinho, 2022, p. 22), mas pode fundamentar o exercício da função sancionadora e, ainda, da obrigação de ressarcir danos – o que na doutrina recebe o nome de função reintegradora (Moutinho, 2022, p. 22), a partir do reconhecimento da existência de alguma desconformidade grave, seja nas demonstrações contábeis ou na execução orçamentária, seja no manejo de recursos públicos que resultou em prejuízo ao erário.

A função sancionadora emerge, assim, como aquela por meio da qual cabe ao tribunal de contas

[...] aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas, que podem incluir a condenação ao recolhimento do débito, a imposição de multa ao responsável, a decretação da indisponibilidade de bens, a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública, a declaração de inidoneidade para participar de licitações etc (Conti, 1998, p. 25).

Observe-se do conceito acima que, na perspectiva de Conti (1998), a função reintegradora está encampada pela função sancionadora. Em outras palavras: a condenação ao ressarcimento do débito seria espécie de sanção, posição essa que, conforme tratado na seção 4.1.1 deste trabalho, não é partilhada pelo Tribunal de Contas da União. Ocorre que a responsabilidade financeira decorrente da atuação do tribunal de contas pode ostentar natureza sancionatória ou reintegratória, as quais resultam, respectivamente, da obrigação de suportar sanções legais de natureza

¹⁰⁰ Os processos de tomada de contas especial em regra possuem duas fases, a interna, que se desenvolve no âmbito do órgão ou entidade administrativa sujeita às competências do tribunal de contas, e a externa, que tem lugar no próprio tribunal de contas. A depender do caso – e.g. demora injustificada da autoridade administrativa responsável na apuração de possível dano e na identificação de responsáveis – o tribunal de contas pode instaurar por si próprio a tomada de contas especial, mesmo sem a realização prévia da fase interna. Conforme explicam Ferraz *et al.*: “A fase interna da TCE é destinada à apuração dos fatos que envolvam a regularidade na guarda e aplicação dos recursos públicos. É, portanto, fase preparatória, assemelhando-se à sindicância disciplinar” (Ferraz *et al.*, 2020, p. 258). A tomada de contas especial também pode se originar da conversão de processos de inspeção, auditoria e aposentadorias, por exemplo, hipóteses nas quais “[...] a instauração vai diretamente à fase externa da TCE” (Ferraz *et al.*, 2020, p. 285), como resultantes do exercício da função fiscalizadora do órgão de controle externo.

pecuniária e de ressarcir os cofres públicos por prejuízos a ele causados (Moutinho, 2022, p. 22).

Destaca-se, ademais, que a função sancionadora não se resume à aplicação de multa e se desdobra em outros tipos de penalidade de natureza não pecuniária, a exemplo da inabilitação para exercício de cargo ou função pública.

Na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (LOTUCU), Lei n. 8.443/1992,¹⁰¹ estão previstas como sanções a multa (arts. 57 e 58 da LOTUCU); a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança (art. 60 da LOTUCU), além da declaração de inidoneidade da licitante que comete fraude comprovada à licitação, nos termos do art. 46 da LOTUCU.

Esse conjunto de sanções previstas em lei possui como fundamento constitucional explícito a regra contida no inciso VIII do art. 71 da Constituição de 1988, segundo o qual cumpre ao Tribunal de Contas da União “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” (Brasil, 1988, n. p.).

De outro turno, não apenas fundamentam, como também dão contorno à atividade sancionadora dos tribunais de contas, uma série de princípios constitucionais, de natureza material e processual, tais como legalidade, tipicidade, irretroatividade, vedação ao *bis in idem*, proporcionalidade, razoabilidade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa e segurança jurídica (Gomes, 2009, p. 120).

Destaque-se que a incidência de tais princípios sobre a atividade sancionadora dos tribunais de contas evidencia a autonomia do direito administrativo sancionador enquanto ramo do direito que se ocupa de modelos sancionatórios destinados a “viabilizar a realização de objetivos e demandas do interesse da sociedade”, com exacerbado caráter instrumental, sem ostentar, necessariamente, caráter retributivo fundado na reprovabilidade ético-jurídica de determinada conduta (Voronoff, 2018, p. 99).

¹⁰¹ “Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios. Parágrafo único. As Constituições estaduais disporão sobre os Tribunais de Contas respectivos, que serão integrados por sete Conselheiros” (Brasil, 1988, n. p.).

Trata-se de campo em que o direito punitivo estatal opera de modo preponderantemente prospectivo, com vistas a conter riscos e obstaculizar ações indesejadas, demandando, inclusive, um olhar consequencialista (Voronoff, 2018, p. 100). Em consonância com a perspectiva apresentada, o objetivo da competência sancionatória é “[...] punir para adequar as condutas dos particulares em prol da realização de objetivos de interesse público, independentemente, no mais das vezes, de um juízo de condenação ético-social quanto aos bens jurídicos afetados” (Voronoff, 2018, p. 100).

Assim, a função sancionadora dos tribunais de contas, inserida no campo mais alargado do direito administrativo sancionador, se justifica enquanto instrumento de natureza coercitiva, lastreado no Estado Democrático de Direito, cujo objetivo é atingir as finalidades protegidas pelo sistema jurídico. No caso dos tribunais de contas, tais finalidades possuem estreita relação com o bom e correto emprego dos recursos públicos (“bens, dinheiros e valores”) a fim de concretizar os objetivos fundamentais da República e assegurar a realização dos direitos fundamentais e sociais dos cidadãos.

Nessa perspectiva, a sanção administrativa, inclusive aquela proveniente do exercício da função sancionadora pelo Tribunal de Contas da União, exsurge como “meio por excelência de conformação de condutas, baseado em uma lógica coercitiva e nos incentivos por ela gerados” (Voronoff, 2018, p. 106). Desse olhar para a sanção, evidencia-se a necessidade de que, sempre quando necessário, se avalie a sua efetividade, traduzida na capacidade de promover, de fato, os “incentivos corretos e os resultados esperados” (Voronoff, 2018, p. 106) consubstanciados na contenção de riscos e na restrição de ações indesejadas e prejudiciais aos bens jurídicos protegidos pelo direito administrativo.

A propósito da categorização das sanções aplicadas pelo Tribunal de Contas da União como sanções administrativas, Yasser Reis Gabriel (2021) defende, acertadamente, a existência de uma multiplicidade de sanções administrativas, as quais estão espalhadas por diversos diplomas jurídicos e se agrupam sob a expressão “sanções de direito administrativo”, referenciando o ramo do direito a que devem sua justificação formal e material, relativas à natureza das leis que as preveem e seu regime jurídico, de direito administrativo. São também múltiplos os legitimados a aplicá-las. Nessa perspectiva:

As sanções brasileiras de direito administrativo podem decorrer da manifestação de três atores diferentes. As chamadas sanções administrativas são aquelas aplicadas pelos órgãos e entidades do Poder Executivo Federal (federal, estadual, municipal). *As sanções de contas ocorrem na jurisdição dos tribunais de contas.* As sanções judiciais-cíveis decorrem do Poder Judiciário, em processos de natureza civil. A todos os atores foi conferida, à sua maneira, função de zelo pelos interesses gerais e, por isso, há leis outorgando-lhes competências sancionadoras que trazem alguma restrição de direito para particular, *com algum impacto na atividade administrativa.* Há, portanto, uma multiplicidade de instâncias sancionadoras (Gabriel, 2021, p. 32, grifos acrescidos).

O que o autor acima referenciado (Gabriel, 2021) denomina de sanção de contas é, também, sanção de direito administrativo e, sob a perspectiva deste trabalho, não há qualquer equívoco em denominá-la, justamente por isso, de sanção administrativa, haja vista o regime jurídico a ela aplicável e a justificação sobre ela incidente.

O entendimento acima exposto vai ao encontro do que diz Alice Voronoff (2018, p. 125) ao defender a existência de uma teoria geral do direito administrativo sancionador que destaca a instrumentalidade da sanção e evidencia preocupações consequencialistas e pragmáticas. Para a autora, embora esta perspectiva se amolde com maior facilidade às infrações e sanções regulatórias, do campo da regulação econômico-social, se espraia por todo o direito administrativo “[...] para iluminar a compreensão e aplicação de seus institutos” (Voronoff, 2018, p. 125). O que muda, então, quando se trata das sanções aplicadas pelos tribunais de contas, ou em outros campos do atuar sancionador de direito administrativo, é a intensidade da incidência das regras e princípios desse novo olhar para o direito administrativo sancionador como um todo, de modo que “[...] as particularidades finalísticas, operacionais, instrumentais e funcionais podem se apresentar mais tênues. *De todo modo, elas existem e precisam ser reconhecidas*” (Voronoff, 2018, p. 125).

4.1.1 Imposição de sanção e imputação da obrigação de ressarcimento ao erário: natureza jurídica e consequências

Como visto na seção 4.1 deste trabalho, além das sanções previstas em lei, nos casos de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, cabe, entre outras cominações, a aplicação de multa proporcional ao dano ao erário.

Nos termos do §3º do mesmo art. 71 da Constituição de 1988, conforme o qual “As decisões do Tribunal de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo” (Brasil, 1988, n. p.).

Na Lei n. 8.443/1992, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União (LOTCU), o art. 56 prevê genericamente que o órgão de controle externo poderá aplicar sanções aos administradores e responsáveis. Por sua vez, o *caput* do art. 57 estipula que, quando ao responsável for imputado débito, o Tribunal de Contas da União poderá lhe aplicar multa de até cem por cento do valor atualizado do dano provocado ao erário. Nesse dispositivo específico, vê-se que a responsabilidade financeira é expressamente dividida entre multa e reparação. A seu turno, o art. 58 da LOTCU prevê a multa específica a ser aplicada aos responsáveis que pratiquem as infrações elencadas nos incisos I a VII e no seu §1º.

Reitera-se que a responsabilidade financeira decorrente do desempenho do controle externo pelo tribunal de contas tem natureza dúplice, vez que pode resultar da aplicação de multa ou da imputação do dever de reparar prejuízo ao erário.

Esse dado é importante, pois, como destacado na seção 4.1, existe o entendimento que aloca a competência para determinar o ressarcimento de prejuízo ao erário dentro da função sancionadora. É o caso de José Maurício Conti (1998), para quem a função sancionadora envolve “*aplicar aos responsáveis [...] as sanções previstas, que podem incluir a condenação ao recolhimento do débito, a imposição de multa ao responsável [...]*” (Conti, 1998, p. 25, grifos acrescentados).

Esse entendimento não é unívoco, pois também se encontra a compreensão de que as funções sancionadora e reintegradora – esta última relativa ao ressarcimento dos danos ao erário – são distintas e autônomas. Senão veja-se:

Embora não se confundam, no julgamento tanto das [contas] ordinárias quanto das especiais, o juízo pela irregularidade de contas pode reclamar, quando presentes os demais requisitos, o exercício da função sancionadora dos tribunais e, no caso de dano ao erário, também da reintegradora. É no exercício dessas, não da função judicante, que tais instituições atribuem eventual responsabilidade financeira (Moutinho, 2022, p. 22).

Sobressai do trecho acima referenciado a compressão de que a responsabilidade financeira decorrente da atuação do Tribunal de Contas da União assume natureza dúplice, conforme já foi na seção 4.1. Tal responsabilidade pode ser

gerada tanto pela aplicação de sanção de natureza pecuniária, quanto pela imposição da obrigação de ressarcir danos provocados ao erário.

Essa compreensão – de que a responsabilidade financeira decorrente do exercício do controle externo pode ostentar mais de uma natureza – é compartilhada pelo Tribunal de Contas da União, que, em acórdão sob relatoria do Ministro Benjamin Zymler, entendeu o seguinte:

[...] a embargante alega que a prescrição da pretensão punitiva também impediria a imputação do débito. Solicito as vênias de estilo para discordar frontalmente desse argumento, pelas razões que passo a expor.

Inicialmente, destaco que a imputação de débito decorre do exercício da pretensão de ressarcimento do TCU. Para entender as diferenças entre essas duas pretensões, deve-se ter em conta a diferenciação entre o débito e a multa. Em conformidade com a jurisprudência pacífica do TCU, o primeiro possui natureza jurídica de dívida, uma vez que diz respeito ao ressarcimento de um dano causado ao erário. Nesse sentido, pode ser citado a título de exemplo, o seguinte trecho do Acórdão 5662/2014-TCU-Primeira Câmara, relatado pelo Ministro Bruno Dantas: "A condenação por este Tribunal, em sede de tomada de contas especial, ao pagamento de débito está relacionada à ocorrência de prejuízo ao erário, possuindo, essencialmente, natureza reparadora, conforme evidencia a leitura sistemática da Constituição Federal de 1988 (art. 71), da Lei 8.443/1992 (arts. 8º, 12, 16, 19, 57 e 58) e do Regimento Interno do TCU (arts. 197, 202, 209 e 210 e 267)."

Por outro lado, a multa possui a natureza jurídica de sanção, uma vez que possui um caráter punitivo. Essa distinção gera duas consequências muito relevantes, ambas consagradas pela jurisprudência do TCU. *Primeiramente, destaco que falecendo o responsável, a obrigação de reparar o dano ao erário permanece*, podendo ser estendida aos sucessores até o limite do valor do patrimônio transferido, haja vista que a imputação de débito possui natureza jurídica indenizatória, não de penalidade. *A multa, por outro lado, não se transfere aos sucessores do falecido, dado seu caráter personalíssimo*. Esse entendimento foi acolhido, por exemplo, no Acórdão 2198/2015-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro Marcos Bemquerer Costa (Brasil, 2020c, grifos acrescidos).

Em sentido semelhante, mais recentemente, no âmbito do Acórdão n. 2089/2024-Segunda Câmara, relatado pelo Ministro Augusto Nardes, decidiu-se que: "A quitação de débito de responsabilidade do prefeito pelo município elide a dívida, mas não impede o julgamento pela irregularidade das contas do gestor, com aplicação de multa [...]" (Brasil, 2024c), com apoio na jurisprudência do TCU.

Com base nos trechos transcritos acima, é possível defender que doutrina e jurisprudência de contas majoritárias convergem ao apartar a função sancionadora, de natureza punitiva, da função reintegradora, de natureza reparadora, porém, divergem quanto às consequências dessa dupla natureza.

Defende-se que a responsabilidade financeira decorrente da função sancionadora, incidente sobre aqueles cujas despesas tenham sido consideradas ilegais ou que tenham tido as contas julgadas irregulares, com base no inciso VIII do art. 71 da Constituição de 1988, possui natureza subjetiva. Não basta, portanto, a existência de nexos causal entre determinada conduta tida como desconforme ao sistema jurídico e o resultado ilícito produzido, já que

Como não há responsabilidade financeira objetiva, além da caracterização de uma dessas duas hipóteses [ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas], *para que determinada pessoa sofra a aplicação de multa, a corte de contas competente precisa demonstrar a sua conduta dolosa ou com erro grosseiro* – como prevê o art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) [...] (Moutinho, 2022, p. 23, grifos acrescentados).

O mesmo raciocínio se aplica à função reintegradora. Assim, a imposição da obrigação de ressarcimento do dano com fundamento no §3º do art. 71 da Constituição de 1988 também ostenta natureza subjetiva, de forma que

[...] a imputação de débito também exige a identificação de dolo ou erro grosseiro na conduta e o nexo da causalidade entre ela e a não conformidade que resultou em dano, além da não configuração de excludentes de culpabilidade e/ou causas extintivas de punibilidade (Moutinho, 2022, p. 23).

Ocorre que, conforme já exposto no Capítulo 3 desta tese, com supedâneo no relatório elaborado pelo Observatório do TCU (2021), a interpretação que vem prevalecendo no Tribunal de Contas da União não apenas aparta as funções sancionadora e reintegradora, como também, em relação a essa última, afasta condicionante fixada pela legislação infraconstitucional, qual seja, a necessidade de dolo ou erro grosseiro para que se concretize a responsabilidade pessoal do agente público, nos termos do art. 28 da LINDB. Nesse sentido, sobretudo com base no §6º do art. 37 da Constituição de 1988, o TCU tem argumentado que a responsabilidade financeira decorrente da obrigação de reparar danos ao erário independe da configuração de erro grosseiro, como se se tratasse, *in casu*, de hipótese de responsabilidade objetiva.

Nega-se, com razão, a interpretação formulada pelo TCU acerca da responsabilidade financeira derivada da obrigação de reparar danos ao erário. Isso porque, na linha de compreensão que vê na previsão do *caput* do art. 28 da LINDB a

instauração de um novo “panorama de responsabilidades públicas no Brasil” (Ferraz *et al.*, 2020, p. 285), não se deve compreender nem a sanção nem a imposição da obrigação de reparação pecuniária como decorrências lógicas e inafastáveis do exercício das competências dos tribunais de contas. Com efeito, no atual cenário normativo que disciplina as responsabilidades administrativas, não se pode mais admitir a existência de responsabilidade objetiva do agente público perante o órgão de controle externo. Ademais, o patrimônio público íntegro e bem gerido pode decorrer de raciocínio que enxerga na imposição de sanção ou mesmo da obrigação de reparação de danos ao erário um aspecto instrumental que deve ser explorado, sem deixar de lado o arcabouço jurídico-constitucional, a bem da consecução dos interesses públicos.

Em conformidade com a argumentação que vem sendo desenvolvida neste trabalho, tem-se que a restrição da responsabilidade pessoal do agente público que responde perante o tribunal de contas é constitucional e encontra guarida na Constituição de 1988 e na legislação infraconstitucional, a qual limita às hipóteses de dolo ou fraude a responsabilização de magistrados e membros do ministério público por perdas e danos (Ferraz *et al.*, 2020, p. 287), por exemplo.

Nesse sentido, a responsabilidade financeira do agente público é subjetiva e, inclusive dentro de uma perspectiva instrumental e pragmática do direito administrativo sancionador, pode não decorrer, como consequência automática, do desempenho das funções punitiva (a exemplo da aplicação de multa) e reintegradora (determinação de ressarcimento ao erário) por parte do Tribunal de Contas da União.

Face às considerações precedentes, buscar-se-á compreender, com mais detalhamento, como, na atualidade, o Tribunal de Contas da União tem aplicado o art. 28 da LINDB, seis anos após a promulgação da Lei n. 13.655/2018, de modo que seja elucidado, com mais precisão, como a noção de erro grosseiro tem emergido da atuação do órgão de controle externo.

4.2 Análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União

No Capítulo 3 desta tese discutiu-se como a doutrina administrativista conceitua erro grosseiro. Foi apresentado o relatório produzido pelo grupo de estudos Observatório do TCU, que se ocupou de entender como o Tribunal de Contas da União

aplicava o art. 28 da LINDB, e dispositivos que entendiam como correlatos, como o art. 22 do mesmo diploma legal, desde a sua promulgação até o ano de 2020.

Mais de quatro anos se passaram desde a definição do universo de acórdãos analisado pelo Observatório do TCU, que selecionou decisões proferidas entre 24 de agosto de 2018 a 09 de junho de 2020 (FGV, 2021, p. 7). Esta tese não apenas retoma as principais conclusões daquele relatório como também verifica se houve alguma atualização do entendimento do órgão de controle, a partir de jurisprudência selecionada.

Entre as principais conclusões extraíveis do relatório produzido pelo Observatório do TCU (FGV, 2021, p. 11) estão as de que: i) na maior parte dos casos analisados, o conceito de erro grosseiro foi utilizado pelo TCU para condenar o responsável; ii) na fundamentação dos acórdãos, o TCU busca tipificar, na forma de enunciados, as irregularidades passíveis de punição pelo Tribunal; iii) o TCU criou uma lista de condutas reprováveis para fins de responsabilização com base no art. 28 da LINDB, sem averiguar, *in casu*, se se trata de erro escusável ou não; iv) o órgão de controle externo federal nem sempre avalia os elementos subjetivos da conduta do agente a fim de decidir sobre sua responsabilização e, quando o faz, varia quanto à profundidade da análise; v) a eficácia do art. 28 tem sido mitigada face ao entendimento de que tal dispositivo legal não se aplica quando se trata de casos que envolvem dano ao erário.

O levantamento de dados primários desta tese priorizou o levantamento e a análise dos acórdãos do TCU proferidos a partir do ano de 2021, a partir da pesquisa de jurisprudência selecionada, na página de busca de acórdãos do Tribunal de Contas da União.¹⁰²

Assim, no sítio eletrônico específico de busca pela jurisprudência selecionada (Brasil, 2024a), foram inseridos os seguintes critérios de busca: erro grosseiro art. 28. Após o levantamento de 27 (vinte e sete) enunciados, foram destacadas as decisões proferidas a partir do ano de 2021.

¹⁰² Destaque-se que a jurisprudência selecionada constitui-se numa página que retorna, a partir de específicos critérios de pesquisa, os enunciados que retratam os entendimentos firmados em decisões do Tribunal de Contas da União. Embora tais enunciados não configurem resumos oficiais das decisões do TCU, eles apontam as teses recorrentes do Tribunal sobre determinado tema, as quais constam da parte dispositiva dos acórdãos.

Os enunciados retornados pela pesquisa podem ser classificados em categorias, de modo a facilitar a visualização dos entendimentos preponderantes do TCU sobre o tema do erro grosseiro.

A maioria dos 27 (vinte e sete) enunciados colhidos, 13 (treze) no total, emprega a expressão “erro grosseiro” do art. 28 da LINDB para listar condutas que, por serem graves (associadas, muitas vezes, à culpa grave), *in abstracto*, configuram hipóteses de condenação do gestor, na perspectiva do TCU. São exemplos desses enunciados:

Para fins de responsabilização perante o TCU, a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, as recomendações constantes do parecer da consultoria jurídica acerca do processo licitatório configura erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb).¹⁰³

A atestação da execução de serviços de engenharia com base apenas em medição realizada pela própria empresa contratada, sem rigorosa e efetiva verificação dos quantitativos realizados, documentada em memória de cálculo, caracteriza erro grosseiro apto à responsabilização do fiscal do contrato (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb).¹⁰⁴

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) a elaboração do orçamento estimado da licitação sem o dimensionamento adequado dos quantitativos e com base em pesquisa de mercado exclusivamente junto a potenciais fornecedores, sem considerar contratações similares realizadas pela Administração Pública, propiciando a ocorrência de substancial sobrepreço no orçamento do certame.¹⁰⁵

Para fins de responsabilização perante o TCU, caracteriza erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) a realização de pagamento antecipado sem justificativa do interesse público na sua adoção, sem previsão no edital de licitação e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado.¹⁰⁶

Há também os enunciados que relacionam, de alguma forma, a ocorrência de erro grosseiro à figura do “administrador médio”, a qual, embora aparentemente funcione como *standard* comportamental para o agente público, no âmbito da

¹⁰³ Enunciado produzido com base no Acórdão 2503/2024 - Segunda Câmara, relatado pelo Ministro Aroldo Cedraz (Brasil, 2024d).

¹⁰⁴ Enunciado produzido com base no Acórdão 3972/2023 - Segunda Câmara, relatado pelo Ministro Antonio Anastasia (Brasil, 2023d).

¹⁰⁵ Enunciado produzido com base no Acórdão 3569/2023 - Segunda Câmara, relatado pelo Ministro Substituto Marcos Bemquerer (Brasil, 2023c).

¹⁰⁶ Enunciado produzido com base no Acórdão 9209/2022 - Primeira Câmara, relatado pelo Ministro Jorge Oliveira (Brasil, 2022c).

jurisprudência do TCU, carece de densidade conceitual (Palma, 2018)¹⁰⁷ e pode implicar, em última análise, a responsabilização objetiva do agente (Ferraz *et al.*, 2020, p. 286).¹⁰⁸ Veja-se, a propósito, os seguintes enunciados:

O erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018, fica configurado quando a conduta do agente público se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto.¹⁰⁹

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, considera-se erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) aquele que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que poderia ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância do dever de cuidado. Associar culpa grave à conduta desviante da que seria esperada do homem médio significa tornar aquela idêntica à culpa comum ou ordinária, negando eficácia às mudanças promovidas pela Lei 13.655/2018 na Lindb, que buscaram instituir novo paradigma de avaliação da culpabilidade dos agentes públicos, tornando mais restritos os critérios de responsabilização.¹¹⁰

O último enunciado reproduzido acima, retirado do Acórdão 63/2023 do TCU (Brasil, 2023b) evidencia a divergência, no âmbito do TCU, quanto à forma de

¹⁰⁷ A propósito da crítica à figura do administrador médio, veja-se, com Juliana Palma (2018), a volatilidade do conteúdo dessa expressão, com base na jurisprudência do TCU: “[...] quem é o administrador médio do TCU? Para o Tribunal, o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU titubeia. Por um lado, precisa ser sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com mestria os instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, requer do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de ajustes ou acordos administrativos que lhe sejam submetidos à aprovação, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013). Sua atuação é preventiva: ele devolve os valores acrescidos da remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se apressa para aplicar esses recursos (Ac. 8658/2011; Ac. 3170/2013). Não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade (Ac. 4636/2012), não descumpra determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010). Com a lei 13.655/18, essa construção é desafiada. É falso deduzir o erro grosseiro do parâmetro de comportamento do administrador médio pelo simples fato de que essa figura não existe: é uma idealização forjada a partir da premissa de que gestores públicos, ungidos pelo concurso público, seriam seres sublimes. Eis o choque de realidade provocado pela LINDB atual: gestores são seres humanos que enfrentam obstáculos e dificuldades reais e erram” (Palma, 2018, n. p.).

¹⁰⁸ “Como se vê, a jurisprudência do TCU sobre o ‘administrador médio’ apresentou, num exame rigoroso a respeito dos pressupostos inerentes à responsabilização funcional, o conteúdo bastante próximo da responsabilidade objetiva, fundamentalmente porque o elemento subjetivo das condutas passou a ser avaliado sob o prisma exclusivo da violação à norma legal, não se demonstrando ‘mediano’ o indivíduo que pratica ilegalidades (ainda que despida de dolo ou culpa grave), ou que, obviamente, destoa do entendimento atual da Corte de Contas” (Ferraz *et al.*, 2020, p. 286).

¹⁰⁹ Enunciado produzido com base no acórdão 1565/2024 - Segunda Câmara, relatado pelo Ministro Substituto Marcos Bemquerer (Brasil, 2024b).

¹¹⁰ Enunciado produzido com base no Acórdão 63/2023 - Primeira Câmara, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler (Brasil, 2023b).

identificar e, assim, de conceituar o erro grosseiro. Na leitura do acórdão citado, vê-se que o relator, Ministro Benjamin Zymler, não se vale da expressão “administrador médio”, mas, sim, da “pessoa com diligência abaixo do normal”, para conceituar erro grosseiro. A remissão ao nível de diligência do agente que pratica erro grosseiro, nesse caso, se inspira no direito civil, mais especificamente, no art. 138 do Código Civil de 2002.¹¹¹ Nesse sentido, para o relator do Acórdão 63/2023,

[...] o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária [...]. 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 além do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio (Brasil, 2023b).

Justamente em razão desse entendimento é que o relator defende que “[...] associar culpa grave à conduta desviante da que seria esperada pelo homem médio significa tornar aquela absolutamente idêntica à culpa comum ou ordinária, visto que este sempre foi o parâmetro para se aferir tal modalidade de culpa” (Brasil, 2023b).

Nesse ponto, a análise do posicionamento do TCU sobre o conceito de erro grosseiro se complexifica. Embora a maioria dos enunciados emergja de acórdãos em que as condutas passíveis de penalização são associadas à culpa grave, não se pode dizer que houve completo abandono das chaves de leitura do tema que recorram às expressões “administrador médio” ou, mais recentemente, “administrador com nível de diligência normal” ou “minimamente diligente”, para denotar condutas eventualmente dotadas de “notória gravidade e reprovabilidade” (Brasil, 2023b). Tais condutas são passíveis de penalização.

Uma amostra dessa miscelânea conceitual revela-se em 6 (seis) enunciados que provêm de acórdãos nos quais as noções de culpa grave e de administrador com “nível de diligência normal” ou “minimamente diligente” são utilizadas conjuntamente para explicar a ocorrência de erro grosseiro. Veja-se, por todos, o seguinte enunciado retirado do Acórdão 11674/2023 - Primeira Câmara:

Incorre no erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), entendido como grave inobservância do dever de cuidado e zelo com a coisa pública, o gestor que falha nas circunstâncias em que não falharia aquele que emprega nível de diligência normal no desempenho de suas

¹¹¹ Nos termos do Código Civil de 2002: “Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (Brasil, 2002a, n. p.).

funções, considerados os obstáculos e as dificuldades reais apresentados à época da prática do ato impugnado.¹¹²

A decisão que gerou o enunciado acima transcrito, Acórdão 11674/2023 - Primeira Câmara, explicita a confusão conceitual sobre o erro grosseiro e os parâmetros para identificá-lo, como se vê a seguir:

Acerca da jurisprudência que vem se firmado sobre o tema, as decisões até o momento proferidas parecem se inclinar majoritariamente para a equiparação conceitual do 'erro grosseiro' à 'culpa grave'. *Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, tem-se considerado como erro grosseiro o que resulta de grave inobservância do dever de cuidado e zelo com a coisa pública* (Acórdão 2391/2018-TCU-Plenário, Relator: Benjamin Zymler, Acórdão 2924/2018-TCU-Plenário, Relator: José Mucio Monteiro, Acórdão 11762/2018-TCU-Segunda Câmara, Relator: Marcos Bemquerer, e Acórdãos 957/2019, 1.264/2019 e 1.689/2019, todos do Plenário, Relator Augusto Nardes). Quanto ao alcance da expressão 'erro grosseiro', o Ministro Antônio Anastasia defende que o correto seria considerar 'o erro grosseiro como culpa grave, mas mantendo o referencial do homem médio' (Acórdão 2012/2022-TCU-Segunda Câmara). Desse modo, *incorre em erro grosseiro o gestor que falha gravemente nas circunstâncias em que não falharia aquele que emprega um nível de diligência normal no desempenho de suas funções*, considerando os obstáculos e dificuldades reais que se apresentavam à época da prática do ato impugnado (art. 22 da LINDB). No caso em tela, a irregularidade consistente na execução parcial do objeto sem alcance de etapa útil, além de outras ocorrências listadas em sua citação, configura violação não só às regras legais, mas também a princípios basilares da administração pública, dentre os quais o de prestar contas. *Depreende-se, portanto, que a conduta do responsável se distanciou daquela que seria esperada de um administrador médio, a revelar grave inobservância no dever de cuidado no trato com a coisa pública, num claro exemplo de erro grosseiro a que alude o art. 28 da LINDB* (Acórdão 1689/2019-TCU-Plenário, Relator Min. Augusto Nardes; Acórdão 2924/2018-TCU-Plenário, Relator Min. José Mucio Monteiro; Acórdão 2391/2018-TCU-Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler) (Brasil, 2023a, grifos acrescidos).

Do trecho transcrito, vê-se que a identificação da ocorrência do erro grosseiro, para fins de exercício da função sancionadora do TCU, mescla a avaliação da culpa grave com a averiguação da atuação do agente público em desconformidade com o *standard* comportamental representado pela figura genérica do administrador médio. Assim, é difícil que a aplicação do art. 28 da LINDB pelo TCU possa exercer o propósito de “[...] aprimorar a individualização das condutas e robustecer as decisões que aplicam sanções aos responsáveis” (Brasil, 2023a), como o próprio acórdão analisado se propõe fazer.

¹¹² Enunciado produzido com base no Acórdão 11674/2023 - Primeira Câmara, relatado pelo Ministro Jhonatan de Jesus (Brasil, 2023a).

Pelas razões apontadas, entendemos que pode ser contestada a avaliação de que teria havido robusta “evolução de sentido” na jurisprudência do TCU, ao considerar a expressão “erro grosseiro” com “conteúdo jurídico parelho à clássica noção de ‘culpa grave’” (Ferraz *et al.*, 2020, p. 285). Conforme demonstrado, o órgão de controle externo federal ainda titubeia na atribuição de sentido unívoco aos aspectos que caracterizam o erro grosseiro.

Pode-se sustentar, por outro lado, que a ausência de entendimento uniforme acerca dos caracteres que dão contorno ao erro grosseiro, por parte do TCU, decorre da forma como as condutas penalizadas pelo Tribunal são tipificadas em lei. Trata-se de tipos abertos, construídos com conceitos indeterminados, a comportar uma miríade de condutas, tais como praticar ato com “grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial” ou realizar “ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao erário”, nos termos, respectivamente, dos incisos II e III do art. 58 da Lei n. 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU).

Diante da abertura dos tipos, fica evidente a razão pela qual uma das principais funções do erro grosseiro, na aplicação do art. 28 pelo TCU, seja a de listar condutas que, *in abstracto*, configurariam graves lesões à lei, corroborando, inclusive, o diagnóstico já feito pelo Observatório do TCU (FGV, 2021). A atividade jurisprudencial cria tipos, buscando densificar os comandos legais.

Embora a abertura dos tipos infracionais administrativos não seja em si mesma um problema a ser combatido – e, conforme defende vertente da doutrina, constitua um caractere que define o direito administrativo sancionador¹¹³ – deve-se considerar,

¹¹³ Na perspectiva de Voronoff, “Em que pesem as aproximações defendidas ou sugeridas pela literatura e pela jurisprudência, o *princípio da legalidade no direito administrativo sancionador não pode – nem deve – tomar como parâmetro o sentido da legalidade prevalecente no direito penal* (como instrumento rígido de proteção dos indivíduos e suas liberdades contra o arbítrio estatal) [...]. Esse padrão rigoroso de legalidade não se estende ao direito administrativo sancionador. Em primeiro lugar, porque não há na Constituição previsão de reserva legal específica, nos moldes da penal, para a instituição de infrações e de sanções administrativas. E não se pode interpretar de modo extensivo a reserva absoluta do art. 5º, inciso XXXIX, para sustentar uma limitação implicitamente pretendida pelo constituinte [...]. É diante desse cenário, bem como da ausência de previsão expressa na Constituição, que um padrão de legalidade mais flexível não apenas se justifica, como se revela imprescindível para que o direito administrativo sancionador seja efetivo e eficiente [...]. As estruturas normativas em cada um desses campos são claramente distintas. *No direito penal, o indivíduo e o desvalor ético-social de sua ação são o foco.* Daí o manejo de uma técnica legislativa pautada neles; direta e individualizada [...]. *Já no direito administrativo sancionador* [...] os tipos são usualmente indiretos, *i.e.*, fixados por remissão a outros atos normativos. *Além disso, as condutas previstas e as sanções a elas atribuídas são com frequência mais genéricas* [...]. Ou seja, falta fundamento jurídico para uma extensão automática da legalidade estrita penal ao âmbito do direito administrativo sancionador” (Voronoff, 2018, p. 215-220, grifos acrescidos). Resumidamente: “[...] o direito administrativo sancionador não lida, como

ao mesmo tempo, a especial relevância do princípio da legalidade, insculpido no inciso II do art. 5º e no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, diante da inerente gravidade da função administrativa sancionadora, que opera por meio de estratégias de “comando e controle”, podendo restringir ou suprimir direitos fundamentais, a partir da definição de deveres e punições (Voronoff, 2018, p. 229-230). Assim é que:

Justamente essas peculiaridades (operacionais e funcionais) *atraem a incidência qualificada dos princípios constitucionais do Estado de Direito e da segurança jurídica*. Os administrados têm o direito de não serem surpreendidos, *i.e.*, de saberem de antemão a que restrições estão sujeitos e quais as consequências possíveis de suas escolhas [...] é fundamental que as regras possam de fato ser obedecidas, o que pressupõe que os comandos sejam prospectivos, públicos e claros. *As pessoas não podem orientar suas condutas diante de leis retroativas, ambíguas, vagas, obscuras e imprecisas*. A essa demanda por previsibilidade soma-se à da necessidade de um maior controle [...] é também mais importante que se definam balizas para combater possíveis arbitrariedades, como a aplicação de sanções excessivas, desviadas de finalidades e irrazoáveis. Na atividade sancionatória, esses riscos são mais evidentes. Daí a importância de uma modelagem jurídica e institucional que viabilize seu controle efetivo (Voronoff, 2018, p. 230, grifos acrescidos).

Diante das considerações precedentes, resta reiterar que, apesar da confusão conceitual que envolve o erro grosseiro, no TCU prevalece a compreensão de que a prática de erro que não seja grosseiro não isenta o agente público de responder por eventuais danos ao erário. O enunciado de jurisprudência a seguir transcrito evidencia esta assertiva:

A regra prevista no art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), que estabelece que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica à responsabilidade financeira por dano ao erário. O dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).¹¹⁴

No âmbito do Acórdão 1740/2023 – Plenário, que gerou o enunciado transcrito acima, encontra-se trecho, no dispositivo, que aclara a posição do TCU acerca do tema, no seguinte sentido:

regra, com a privação da liberdade de ir e vir dos administrados; não se volta, como regra, à tutela dos bens e valores mais caros ao ordenamento jurídico, como a vida e a integridade física; não carrega, em geral, um olhar retributivo de causação de um mal ao infrator que mereça recebê-lo – todos fatores que, na seara criminal, respondem pelo maior rigor da legalidade aplicável” (Voronoff, 2018, p. 229).

¹¹⁴ Enunciado produzido com base no Acórdão 1740/2023 - Plenário, relatado pelo Ministro Walton Alencar Rodrigues (2023e).

Alinho-me ao entendimento consolidado nesta Casa de que *a graduação de culpa prevista no art. 28 da LINDB não se aplica à responsabilidade financeira por dano ao Erário*, permanecendo o dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos sujeito à comprovação de dolo ou culpa, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria (art. 37, §6º, da Constituição Federal) (Brasil, 2023e, grifos acrescidos).

Um dos acórdãos precursores do entendimento de que a isenção de responsabilidade pelo erro que não seja grosseiro *não se aplica* à responsabilidade de ressarcir prejuízo ao erário decorrente do desempenho da função reintegradora do Tribunal de Contas da União foi sumarizado no enunciado a seguir transcrito, a saber:

A regra prevista no art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), que estabelece que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica à responsabilidade financeira por dano ao erário. O dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer graduação, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).¹¹⁵

Diante dos enunciados transcritos, observa-se que, em que pese a dificuldade de conceituar erro grosseiro, a posição mais firme do órgão de controle externo é a de que, independentemente do conteúdo jurídico da sobredita expressão, a responsabilidade financeira por dano ao erário *não é subjetiva*.

Assim, apresentados os destaques na jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca do erro grosseiro, passa-se, nas seções seguintes, a discuti-los, levando-se em conta, também, as considerações elaboradas sobre o tema nos capítulos precedentes.

4.2.1 O artigo 28 da LINDB em face da função constitucional sancionadora do Tribunal de Contas da União: dissonância ou harmonia?

Conforme discutido na seção 4.1.1 deste trabalho, as competências constitucionais desempenhadas pelos tribunais de contas costumam ser agrupadas em funções.

¹¹⁵ Enunciado produzido com base no Acórdão 1958/2022 - Plenário, relatado pelo Ministro Benjamin Zymler (Brasil, 2022d).

Entre as diversas funções exercidas pelo órgão de controle externo, destacamos a função sancionadora e a função reintegradora. A primeira delas, de natureza punitiva, fundamenta a aplicação de sanções pelo Tribunal de Contas da União, entre as quais as multas, de natureza pecuniária, conforme dispõe o art. 71, inciso VIII, da Constituição da República de 1988. A função reintegradora, por sua vez, diz respeito à competência do Tribunal de Contas da União para determinar a recomposição do patrimônio dilapidado e encontra fundamento direto no disposto no art. 71, §3º, também da Constituição de 1988.

Conforme visto na seção 4.1.1 deste trabalho, o Tribunal de Contas da União, assim a doutrina, reconhece as diferentes consequências do exercício das funções sancionadora e reintegradora: a primeira importa a aplicação de sanção, de penalidade, ao agente responsável, que pode ser a multa; a segunda reconhece a existência de uma dívida e constitui, para tanto, título executivo (CRFB/88, art. 71, §3º).

Tribunal de Contas da União e doutrina divergem, no entanto, quanto ao efeito do reconhecimento da prática de erro que não seja grosseiro sobre a responsabilidade financeira do agente resultante do exercício da função reintegradora. Ou seja, de acordo com a jurisprudência firmada pelo órgão de controle externo federal, a regra do art. 28 da LINDB, segundo a qual o agente público só responderá por suas decisões e opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplicaria quando em causa a responsabilidade de restituir dano provocado ao erário. Isso porque, de acordo com TCU, a obrigação de ressarcir os cofres públicos decorre de dolo ou culpa simples (lembrando que o Tribunal, na atualidade, tem aproximado a noção de erro grosseiro da de culpa grave), diante do que prevê, especialmente, o art. 37, §6º, da Constituição da República de 1988.

Tal entendimento não pode prevalecer; por uma série de razões a seguir destacadas.

Primeiramente, a ausência de um conceito estabilizado na jurisprudência do TCU para o erro grosseiro impede, a bem da segurança jurídica, que dele resulte a consequência gravosa de excepcionar a qualificação da responsabilidade do agente público contida no *caput* do art. 28 da LINDB. Ora, se não se firmou ainda, ao certo, o que é culpa simples e o que é culpa grave, como dizer que a responsabilidade financeira pela produção de dano ao erário resulta da primeira, sem que seja possível apartá-la, com segurança, da última?

O TCU, ao sustentar esse entendimento, acaba por negar vigência, ainda que parcialmente, ao comando do art. 28 da LINDB, ao ignorar que é possível ao legislador infraconstitucional qualificar a responsabilidade do agente público. Esta posição torna-se ainda mais inconsistente pelo fato de que na União vigora o Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, o qual busca densificar o conceito de erro grosseiro, justamente para afastar a insegurança jurídica que ronda o assunto.

O sobredito decreto federal estipula que o agente público só poderá ser responsabilizado “por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo [...] ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções” (Brasil, 2019a, art. 12, *caput*). No §1º do art. 12 do referido decreto, conceitua-se erro grosseiro como aquele “manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. De modo a robustecer a instrução processual, prevê-se, ainda, que “Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar dolo ou erro grosseiro” (Brasil, 2019a, art. 12, §2º). Destaca-se, ainda, que, de acordo com o referido decreto federal, “*O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização*, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público” (Brasil, 2019a, art. 12, §3º, grifos acrescidos).

Para Ferraz *et al.* (2020, p. 285) a Lei n. 13.655/2018 alterou a LINDB para introduzir disposições que impactam as noções de controle e de responsabilização. O objetivo, segundo o autor, foi o de promover a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público quanto à responsabilização dos agentes públicos, de modo a separar “o joio do trigo”, ou seja, apartar o agente público que pratica atos desconformes à ordem jurídica com comprovada má-fé e que, portanto, deve ser responsabilizado, daquele que age *sem* má-fé, em relação ao qual “[...] o princípio da boa-fé é obsequioso em impedir ou abrandar a sua punição” (Ferraz *et al.*, 2020, p. 285).

Nesse sentido, em Ferraz *et al.* (2020, p. 286), é “restritiva e seletiva” a interpretação do art. 28, pelo TCU, que segrega as responsabilidades punitiva e reparatória, afastando esta última do âmbito de incidência do dispositivo legal, que, na interpretação do órgão de controle, seria regulada “[...] autonomamente pela disposição do art. 37, §6º da Constituição [...] que exige dolo ou culpa simples” (Ferraz *et al.*, 2020, p. 287).

Não faz sentido, contudo, que as responsabilidades decorrentes do exercício das funções sancionadora e reintegradora do TCU sejam apartadas quanto às suas consequências, na medida em que, conforme já apontamos, é legal que o legislador infraconstitucional qualifique a responsabilidade e densifique os requisitos para responsabilização dos agentes públicos a partir do que dispõe a Constituição, sem que isso implique, necessariamente, irresponsabilidade. Ao fim e ao cabo, o intuito é o de que a prática do erro grosseiro *não se confunda* com o “mero descumprimento da legalidade”, isto é, que a desconformidade à lei, por si só, não seja suficiente para caracterizar o erro grosseiro (Niebuhr, 2021). Refuta-se a interpretação que afasta a incidência do art. 28 da LINDB quando em causa a responsabilidade financeira do agente público de reparar danos ao erário. Para Niebuhr:

[...] o legislador infraconstitucional pode perfeitamente estabelecer balizas e condicionantes às normas constitucionais, inclusive distinguindo graus de culpa para a responsabilização de agentes públicos. Note-se que o próprio legislador infraconstitucional limitou a responsabilidade de magistrados, membros do Ministério Público e ministros de tribunais de contas, que também são agentes públicos, a casos de dolo ou fraude (inciso I do artigo 143 e artigo 181, ambos do CPC, e artigo 73 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), curiosamente sem notícias de arguição de inconstitucionalidade por parte do aparato de controle. A segunda razão é que o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal trata literalmente da reponsabilidade de agentes públicos diante de danos causados a terceiros e não à própria Administração Pública. Logo, o § 6º do artigo 37 não poderia ser utilizado como fundamento para qualificar como inconstitucional o condicionante ao dolo e ao erro grosseiro da obrigação de reparar o dano ao erário. Essa tese do Tribunal de Contas da União acaba desidratando em muito a dimensão do artigo 28 da LINDB. Ora, a medida de responsabilização de agentes públicos mais significativa é a reparação de dano ao erário; as demais sanções acabam sendo secundárias (Niebuhr, 2021, n. p., grifos acrescidos).

Diante dessas ponderações, apesar de a jurisprudência dominante do TCU e a doutrina convergirem quanto às distintas responsabilidades financeiras – aquela decorrente do exercício da função sancionadora e aquela resultante do desempenho da função reintegradora –, há divergência quanto ao papel do elemento subjetivo do agente público que as enseja. Resta-nos defender que as alterações na LINDB consagraram o rompimento com a possibilidade de responsabilização objetiva de agentes públicos, demandando que eles cometam, ao menos, erro grosseiro (associado à culpa grave) para que respondam por suas decisões e opiniões técnicas.

A limitação da responsabilização não é novidade no sistema jurídico brasileiro e evidencia dois movimentos no âmbito do direito administrativo: de um lado, houve a

ampliação formal e material da legalidade e, conseqüentemente, do controle; de outro, emergiram mecanismos para, diante de um cenário propenso a excessos de todos os lados, apartar a desconformidade à lei, isoladamente considerada, das conseqüências jurídicas derivadas do exercício das funções sancionadora e reintegradora pelos órgãos de controle.

De acordo com as posições assentadas nesta tese, tais movimentos devem ser lidos menos como aval para a irresponsabilidade e mais como um incentivo ao fortalecimento de um direito administrativo sancionador racional e eficiente, não calcado no punitivismo acrítico, mas, sim, efetivamente comprometido com a proteção dos bens jurídicos assegurados pelo direito público, sobretudo quando em causa a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos.

4.3 Erro grosseiro na jurisprudência do TCU: síntese

Viu-se neste capítulo, a partir da leitura de enunciados selecionados da jurisprudência do TCU, bem como a partir do exame de alguns dos acórdãos que os originaram, que, para o órgão de controle externo federal, sobretudo em levas mais recentes de decisões, erro grosseiro está associado à culpa grave. Isso nos remete primeiramente ao conteúdo do §1º do art. 12 do Decreto Federal n. 9.830/2019, conforme o qual erro grosseiro é aquele praticado com culpa grave, caracterizado conduta com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Ressalte-se que o decreto regulamentador federal esmiuçou o conteúdo da previsão do art. 28 da LINDB, porém, continua a se valer de expressões dotadas de considerado grau de indeterminação, a começar pela própria “culpa grave”, passando por “elevado grau” de negligência, imprudência ou imperícia.

Conforme se argumentou neste capítulo, a indeterminação conceitual não é exatamente uma novidade e, por vezes, nem mesmo um problema para técnica do direito administrativo sancionador. Contudo, sua existência dá margem a diferentes interpretações, que podem ser mais ou menos arrojadas e sintonizadas com o sentido da LINDB, que veio estabelecer atualizado regime de responsabilização dos agentes públicos, conectado com as preocupações instrumentais e pragmáticas de uma nova visão do direito administrativo sancionador.

Assim é que, ao mesmo tempo em que associa corretamente o erro grosseiro à culpa grave, o TCU também se utiliza de expressões com conteúdo impreciso, tais

como “administrador médio” e “administrador minimamente diligente”, para, junto ou separadamente da “culpa grave”, dar conteúdo à expressão “erro grosseiro”.

A grande questão relativa a essas expressões, no âmbito do TCU, é a de que seu emprego vai no sentido inverso ao de um direito administrativo sancionador que se pretende moderno, ao presumir a existência de *standard* de conduta para a generalidade dos agentes públicos, que não se conecta com a concretude de suas competências constitucionais e legais, as quais devem ser sempre aferidas em relação à situação específica sob exame.

Afirma-se, com isso, a dificuldade de sustentar a existência de padrão de conduta geral para a heterogeneidade de agentes públicos e de competências existentes. Ademais, valer-se das chaves de leitura que remontam a padrões gerais de conduta, de conteúdo indeterminado, entra em confronto com um dos principais objetivos dos novos artigos da LINDB, sobretudo do art. 28, que é o de consagrar a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos.

Há que lembrar, ademais, que, conforme se defendeu no Capítulo 2 desta tese, o STF entende que é constitucional a delimitação legislativa da culpa para fins de responsabilização do agente público, desde que essa delimitação não restrinja a possibilidade de responsabilização a ponto de culminar em irresponsabilidade. Em outras palavras: de acordo com o STF, cumpre ao legislador definir o que é a culpa juridicamente relevante para fins de responsabilização do agente público, o que, no âmbito federal, deflui da previsão do *caput* do art. 28 da LINDB em leitura conjunta com o art. 12 do Decreto n. 9.830/2019.

Em face das considerações supra, observa-se que o entendimento do TCU segundo o qual a responsabilidade financeira por dano ao erário prescinde da caracterização do erro grosseiro, ou seja, decorre tão somente da culpa simples, entra em confronto não apenas com a doutrina evidenciada neste trabalho, como também com a jurisprudência mais recente do STF.

Em suma, é possível defender que, para o TCU, o erro grosseiro está associado à culpa grave, à inobservância do dever de cuidado pelo agente público, verificada no caso concreto, porém, em muitos casos, surge atrelado a expressões tais como “administrador médio” e “administrador minimamente diligente”, que, apesar de seu conteúdo indeterminado, funcionam como parâmetros, no âmbito desse órgão de controle, para aferir a conduta do agente público que desborda dos confins da legalidade. Essa construção jurisprudencial, ainda em curso, evidencia que, diante da

abertura do texto do art. 28 da LINDB, o TCU ainda oscila na caracterização do que é o erro grosseiro, situação que também está atrelada à forma como as infrações são disciplinadas para o controle.

Compreende-se, por fim, que uma das funções mais relevantes do conceito de erro grosseiro, conforme vem sendo construído pelo TCU, é o de tipificar, em enunciados, as condutas graves e não dolosas passíveis de gerar responsabilização pessoal do agente público. Esse movimento, à primeira leitura, pode satisfazer a segurança jurídica, na perspectiva da previsibilidade; no entanto, pode também esvaziar a construção teórica que subjaz ao erro grosseiro, que é justamente a de avaliação do contexto fático e jurídico em meio ao qual cada agente público desempenha suas competências legais, de modo a aferir se, no caso concreto, diante de suas atribuições, houve grave ação ou omissão, ainda que não deliberada.

4.4 Aprimoramento do controle externo do erro: propostas para o teste de legalidade

Neste Capítulo 4, tratou-se das bases jurídico-constitucionais que permeiam a natureza e as competências desempenhadas pelo Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo que exerce seu mister constitucional junto do poder legislativo.

Recuperou-se o *status* jurídico independente e autônomo das chamadas “Cortes de Contas”, que, segundo a doutrina, ostentam caráter ao mesmo tempo político e administrativo, sem subordinação a qualquer outro órgão ou poder, nem mesmo ao poder legislativo, em cuja estrutura se localizam, ao menos do ponto de vista da topografia das normas constitucionais que as disciplinam.

Viu-se também que as competências constitucionais dos tribunais de contas são amplas, estando previstas, em sua maioria, no art. 71 da Constituição da República de 1988. Também é amplo o rol de sujeitos submetidos à sua “jurisdição”, o qual abarca virtualmente qualquer pessoal física ou jurídica, pública ou privada, que arrecade, guarde, gere ou administre dinheiros, bens e valores públicos.

Retomou-se a classificação das diversas competências constitucionais do tribunal de contas em funções, dando destaque inicialmente às funções fiscalizadora, judicante ou jurisdicional e sancionadora. Explicou-se que, apesar do nome, a função judicante não significa que os tribunais de contas integram o poder judiciário ou que exercem jurisdição no sentido técnico-jurídico do termo, e sim que exercem algumas

competências assemelhadas, além de que, ao regulá-los, a Constituição de 1988 usa de expressões como “julgar” e “judicatura”, evocando similaridades.

Deu-se destaque, a partir daí, à chamada função sancionadora, de caráter punitivo, diferenciando-a da função reintegradora, que resulta na imposição da obrigação de recompor prejuízo provocado ao erário. Evidenciou-se que a principal penalidade aplicada pelo tribunal de contas é a multa, apesar de a legislação prever outras espécies de sanções aplicáveis. Argumentou-se, ainda, que a função sancionadora do tribunal de contas está inserida no campo de incidência do direito administrativo sancionador, revelando-se como “instrumento de natureza coercitiva, lastreado no Estado Democrático de Direito, cujo objetivo é atingir as finalidades protegidas pelo sistema jurídico”.

Posteriormente, passou-se a analisar em conjunto as funções sancionadora e reintegradora. Argumentou-se que a responsabilidade financeira decorrente do exercício das competências do tribunal de contas pode resultar da aplicação de multa ou da imputação do dever de reparar prejuízo ao erário.

Independentemente da origem da responsabilidade financeira – se do exercício de função punitiva ou reintegradora – defendeu-se que essa responsabilidade é subjetiva.

Nesse ponto, retomou-se a compreensão preponderante no TCU, de que a responsabilidade financeira pela reparação de dano ao erário prescinde da caracterização de erro grosseiro, a qual se choca com a previsão do *caput* do art. 28 da LINDB, segundo a qual os agentes públicos responderão pelas suas decisões ou opiniões técnicas somente em caso de dolo ou erro grosseiro.

Viu-se também que a sobredita interpretação do TCU é rechaçada pela doutrina, de modo geral.

Posteriormente, analisou-se, de modo mais específico, como o TCU vem aplicando o art. 28 da LINDB, por meio do exame dos enunciados de jurisprudência, que veiculam teses recorrentes encontradas nos julgamentos do Tribunal de Contas da União.

A maioria dos enunciados utiliza a expressão erro grosseiro para listar condutas consideradas graves, de antemão, pelo TCU, e, como tais, passíveis de gerar a penalização do agente público que as cometeu.

Viu-se, também, que erro grosseiro é associado no TCU à culpa grave, porém não só a ela, já que outras expressões de conteúdo indeterminado ainda são

comumente utilizadas para configurá-lo, tais como “administrador médio” e “administrador minimamente diligente”.

Em vista da oscilação da jurisprudência do TCU ao definir erro grosseiro, identificou-se confusão conceitual que dificulta a individualização das condutas nas decisões que aplicam sanções aos responsáveis.

Entendeu-se que a dificuldade de conceituar erro grosseiro para fins de atuação do Tribunal de Contas da União tem a ver com a forma como as condutas penalizadas pelo órgão de controle externo são tipificadas na legislação: preponderantemente por meio de tipos abertos, permeados de conceitos indeterminados.

Destacou-se também que, apesar de toda a dificuldade conceitual que ainda permeia o termo, ao menos na perspectiva da jurisprudência do TCU, o Tribunal permanece firme em seu posicionamento de que a prática de erro que *não seja* grosseiro *não isenta* o agente público de responder por eventual dano ao erário, já que a regra do art. 37, §6º, da Constituição da República suplantaria a do art. 28, *caput*, da LINDB.

Sustenta-se, a partir dessa constatação, que a ausência de um conceito estabilizado de erro grosseiro na jurisprudência do TCU deveria impedir, em prol da segurança jurídica, a exceção construída na jurisprudência do órgão de controle externo nos casos em que se verifica a ocorrência de dano ao erário. Compreende-se, ainda, que o entendimento preponderante do TCU acerca do art. 28 da LINDB, nos casos de ocorrência de dano ao erário, acaba por negar vigência à legislação, desconsiderando que, inclusive de acordo com o STF, é constitucional que o legislador delineie, a partir do texto constitucional, as hipóteses de responsabilização do agente público, sem que isso implique, necessariamente, irresponsabilidade. Ao fim e ao cabo, adere-se à concepção de que o erro grosseiro não se confunde com o mero descumprimento da legalidade, isto é, a desconformidade à lei, em si só considerada, não é suficiente para caracterizar erro grosseiro (Niebuhr, 2021).

Conclui-se, parcialmente, que as inovações na LINDB visam romper com a possibilidade de responsabilização objetiva do agente público dentro de um movimento sobretudo doutrinário de aperfeiçoamento do direito administrativo sancionador, tornando-o mais eficiente, pragmático e comprometido com a efetiva proteção dos bens jurídicos assegurados pelas normas de direito administrativo, em prol da consecução dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Por outro lado, se o cenário jurisprudencial – e, em parte, doutrinário – ainda é de incerteza quanto às condicionantes da responsabilização pessoal dos agentes públicos por suas decisões e opiniões técnicas, em que pese o disposto no *caput* do art. 28 da LINDB, há que cogitar caminhos de aprimoramento e de instrumentalização do controle com ferramentas que tornem mais palpável a identificação do erro grosseiro, em prol não apenas do controle, como também da própria gestão pública.

Nesse sentido, primeiramente, entende-se que é preciso retomar as palavras de Élide Graziane Pinto (2019), introduzidas no Capítulo 3 desta tese. Segundo a autora, mais do que editar novas leis visando a modificar aspectos do regime de responsabilização dos agentes públicos, como fez a LINDB, o foco deve recair sobre a garantia de vinculação dos agentes públicos às normas que visam assegurar o bom planejamento e, assim, a boa execução das políticas públicas e demais encargos sob sua responsabilidade. Afinal, de acordo com a autora, reitera-se que:

A necessidade de equalizar a tensão entre eficiência e segurança jurídica é o mote que justifica alterações à LINDB, mas não se avança estruturalmente na noção de que é preciso majorar a própria força normativa das leis que definem o fluxo decisório das políticas públicas, impondo ao gestor maiores ônus argumentativos em relação a mudanças de rota e ao não atingimento das finalidades ali planejadas (Pinto, 2019).

A edição dos novos artigos da LINDB, entre eles o art. 28, se mostrará concretamente eficaz na medida em que as condutas dos agentes públicos – e, no caso, especialmente de gestores públicos – estiverem efetivamente pautadas na legislação que rege sua atuação; ancoradas em planejamento sério e execução tanto quanto possível fidedigna de políticas públicas bem elaboradas. Se assim não for, as novas regras de controle incidentes sobre as responsabilidades públicas, em muitos casos, possivelmente vão conferir eficiência e segurança na interpretação daquilo que, já em sua origem, é mal planejado e mal executado.

Em outras palavras: não basta aprimorar o direito administrativo sancionador, que se realça como instrumento de consecução de finalidades públicas, sem reforçar, ao mesmo tempo, os mecanismos que promovam maior qualidade na vinculação dos agentes públicos às normas de planejamento, gestão e execução de políticas públicas essenciais aos cidadãos.

Segundo o conceito proposto, erro grosseiro é a falsa percepção ou completa ignorância da realidade subjacente a determinada conduta do agente público, a qual,

embora não seja deliberada, se materializa na grave violação de específico dever de cuidado exigido do agente público na situação concreta, podendo provocar dano a bem, direito ou relação jurídica regida pelo direito administrativo. Compreende-se que o erro grosseiro qualifica algo mais do que a mera desconformidade à lei, produzindo, assim, resultado antijurídico.

O conceito proposto busca esmiuçar o que dispõe o *caput* do art. 28 da LINDB, porém, assume-se que a configuração, caso a caso, do erro grosseiro, dependerá de arguta compreensão e avaliação do contexto jurídico e fático do caso concreto, por parte daquele, ou daquela, encarregado de exercer a função de controle. Em face dessa constatação, entende-se que é imprescindível seguir parâmetros de controle que sejam úteis para os intérpretes, mas que também possam orientar os agentes públicos em seus processos decisórios.

Para contribuir com o aprimoramento do controle e, quiçá, da gestão, é preciso destacar, antes, alguns aspectos.

Muitos dos estudos que focalizam o erro administrativo falam da figura do gestor público, termo de conteúdo amplo que, para os fins deste trabalho, pode ser associado àquelas pessoas que, na administração pública, exercem cargos ou funções de chefia, direção e, até mesmo, de assessoramento. Entende-se que esses são os agentes públicos dos quais trata o art. 28 da LINDB, em especial. Mas não são os únicos.

Embora o estudo do erro grosseiro na doutrina administrativista, conforme o Capítulo 3 desta tese, dê maior destaque para gestores públicos, dentro da categoria mais ampla dos agentes públicos, e àqueles que desenvolvem competências discricionárias, reforça-se que o conceito proposto abarca todos os agentes públicos, não apenas aqueles que exercem funções de gestão. Em tese, abrange não apenas as competências discricionárias, como também as vinculadas.

O que também deve ficar evidente é que o art. 28 da LINDB fala de responsabilização de agentes públicos por decisões e opiniões técnicas e que, no direito administrativo contemporâneo, tais decisões, e mesmo as opiniões emitidas, são procedimentalizadas, dentro de nova perspectiva do agir administrativo.

De fato, encontra-se na doutrina a defesa de que a administração pública se sujeita, na contemporaneidade, a um “princípio geral de ampla procedimentalização”, que decorre da própria configuração do Estado de Direito democrático e social

(Bitencourt Neto, 2019, p. 45). Nesse cenário, o procedimento, ou processo,¹¹⁶ administrativo ganha o centro das cogitações dogmáticas do direito administrativo atual (Bitencourt Neto, 2019, p. 45).¹¹⁷

A processualização decorre de acontecimentos variados, ligando-se a aspectos tais como a globalização do direito, já mencionada, e a aproximação dos modos de funcionamento dos sistemas jurídicos de matriz romano-germânica e anglo-saxão. Sobressai, desse cenário, a exigência de segurança e previsibilidade, de modo que, também:

A nova onda do processo administrativo é fruto [...] da ambição de que empresas e cidadãos, qualquer que seja a região do mundo em que estiverem atuando, recebam o resultado do desempenho das funções da Administração Pública com maior eficiência e, principalmente, com maior previsibilidade (Perez, 2019, p. 238).

Para fins de uniformização da nomenclatura, utiliza-se, daqui para frente, o vocábulo “processo” para ao fenômeno da processualização do direito administrativo, inclusive em atenção à legislação vigente (vide a Lei Federal n. 9.784/1999), que utiliza a expressão “processo administrativo”. Assim, todas as vezes que a palavra “procedimento” surgir da transcrição do pensamento de autores administrativistas, leia-se, em seu lugar, o vocábulo “processo”.

Trata-se de movimento cujas origens remontam ao início do século XX e que nomeia a sequência organizada de obtenção, tratamento e processamento de informações na esfera pública, visando a “[...] estruturar múltiplos contatos entre a Administração Pública e os particulares, ou entre órgãos ou entidades administrativas”

¹¹⁶ Sobre a interação entre os vocábulos processo e procedimento e a preferência por um ou outro dentro do fenômeno da processualização (ou procedimentalização), vemos com Eurico Bitencourt Neto (2019) que: “O uso da expressão processo administrativo, que se disseminou na doutrina e na legislação pós-Constituição de 1988, para designar o fenômeno procedimental, indica uma posição limitadora, que vincula a relevância do procedimento à sua face garantista, relegando todo um vasto campo de atuações administrativas a um plano secundário de regulação. Embora se prefira a expressão procedimento administrativo que, à luz do desenvolvimento mais recente do Direito Administrativo indica uma compreensão mais ampliada do fenômeno, nesta oportunidade se faz menção a *processo administrativo*, especialmente para fazer referência à Lei Federal brasileira, que usa tal expressão, como sinônimo da concepção de procedimento administrativo que aqui se defende” (Bitencourt Neto, 2019, p. 54, grifos no original).

¹¹⁷ Esse posicionamento não é isolado, como se vê: “[...] contemporaneamente a figura do processo administrativo tende a tornar-se o *centro de gravidade*, se não do direito administrativo, ao menos do sistema de controle jurisdicional da discricionariedade. Nessa dimensão, aliás, a ideia de processo administrativo como instrumento de formação de uma decisão administrativa concilia-se com a noção de ato administrativo, não a exclui. Em verdade, os dois conceitos jurídicos interagem para a formação de um cenário mais amplo sob o qual atua o controle jurisdicional da discricionariedade” (Perez, 2019, p. 236-237, grifos no original).

(Bitencourt Neto, 2019, p. 46). Nessa perspectiva, prepondera a utilização do processo como meio de preparar ou instrumentalizar a formação das decisões administrativas.

Destaca-se, a partir dos aspectos mencionados, que reconhecer o processo como um dos eixos centrais da atuação administrativa na contemporaneidade tem a ver com a admissão de que sua fonte normativa vai além da transposição, para o processo administrativo, de garantias previstas para os processos em geral, com base no respeito ao devido processo legal, podendo ser reconduzida ao “[...] princípio fundante do Estado de Direito democrático e social, como decorrência de uma *imposição de atuação administrativa constitucionalmente adequada*” (Bitencourt Neto, 2019, p. 50, grifos acrescidos).

Entende-se que a elevação da processualização a eixo central da atuação administrativa perfaz o objetivo de aprimorar o processo decisório e, reflexamente, o controle das decisões administrativas. Com efeito, na perspectiva da administração pública,

O procedimento, como matriz de manifestação administrativa, assegura a obtenção de informações, a capacidade de aprendizagem e o acúmulo de experiências, de suma relevância no processo de ponderação de interesses públicos e privados, que deve caracterizar muitas decisões administrativas (Bitencourt Neto, 2019, p. 53).

Resumidamente, pois: a sujeição da administração pública à ampla processualização, movimento que retira sua fonte diretamente da Constituição, coincidindo com a própria formatação do Estado brasileiro como de direito e democrático,¹¹⁸ não se restringe à concretização de garantias de natureza procedimental, a exemplo da ampla defesa e do contraditório, revelando seu potencial, sobretudo, na instrumentalização dos agentes públicos para que atuem de modo eficiente e efetivo, visando “[...] a assegurar um adequado uso das competências

¹¹⁸ Nesse sentido: “[...] *sistemas constitucionais que consagram um Estado de Direito democrático e social contêm um princípio geral de procedimentalização da Administração Pública*, seja em normas expressas, como as que preveem garantias procedimentais contra a atuação administrativa, seja implicitamente, por exemplo, em normas que estipulam deveres de eficiência da atuação administrativa. Por exemplo, no Direito brasileiro, as normas constitucionais que induzem à cooperação interadministrativa, como o art. 241 da Constituição brasileira de 1988 e à contratualização interadministrativa ou interorgânica, como o art. 37, §8º, da mesma Constituição, são, antes de tudo, normas de imposição procedimental” (Bitencourt Neto, 2019, p. 51, grifos acrescidos).

públicas na prossecução dos interesses públicos, especialmente das competências discricionárias” (Bitencourt Neto, 2019, p. 51).

Embora o agir individualizado e unilateral da administração pública não esteja completamente suplantado, passa-se a entender que ele não confere suporte, sozinho, à atuação administrativa sintonizada com os tempos contemporâneos, rápidos e complexos. Dessa forma,

[...] o procedimento administrativo da nova Administração Pública tem como função balizar a atuação administrativa em situações de incerteza, de risco, de complexidade, em que a lei não tem como oferecer à Administração soluções pré-definidas. [...] *A Administração contemporânea, para o cumprimento de muitas de suas tarefas, não deve agir como mera executora de normas jurídicas, não se trata mais de “aplicar a lei de ofício”, mas de conduzir processos complexos de decisão e atuação, em situações em que lhe caberá, mais dizer o Direito no caso concreto, dirigir procedimentos públicos de balanceamento de múltiplos e contrastantes interesses, todos juridicamente relevantes* (Bitencourt Neto, 2019, p. 55-56, grifos acrescentados).

Observa-se que o fenômeno da processualização incide sobre aqueles que exercem função administrativa e recai, também, sobre aqueles que têm como atribuição principal exercer o controle da administração pública, daí porque, se reitera, o aprimoramento do processo decisório na administração reverbera sobre o controle.

Em vista disso, ao mesmo tempo em que se filia à corrente que entende o processo como nova forma de agir da administração, atualizada e adaptada à contemporaneidade, ressalta-se a face procedimental e garantista do fenômeno.

Assim, ocupar-se-á do “como” e do “sobre o quê” exercer o controle, de modo a identificar, de forma sistemática, a ocorrência de erro grosseiro e, quando for o caso, de coibir os seus efeitos. Nesse sentido, é possível compreender as duas concepções mencionadas de processo como complementares, em vez de antagônicas.

De fato, a análise acurada dos “elementos estruturais da decisão administrativa” (Perez, 2019, p. 226), para fins de controle, demanda método, que segue ritos, sem os quais a decisão justa (e, acrescentamos, efetiva) pode não se concretizar.

E quais são esses elementos estruturais ou estruturantes da legalidade das decisões administrativas? Utiliza-se, aqui, como referência, as lições de Marcos Perez (2019), para quem esses elementos são a *competência*, a *forma*, o *processo*, o *objeto*, o *motivo* e a *finalidade* (Perez, 2019, p. 226). É pertinente destacar, para esclarecer, as palavras do autor (Perez, 2019), às quais se filia:

As técnicas classicamente empregadas no Brasil para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa (como também para os atos administrativos vinculados) são relacionadas à aferição: (1) da competência da autoridade ou do órgão que praticou o ato; (2) da observância da forma fixada pela legislação para a exteriorização do ato; (3) da legalidade do objeto; (4) da eventual existência de desvio de poder ou de finalidade; e (5) da existência ou da veracidade dos motivos de fato e de direito que fundamentam o ato (Perez, 2019, p. 226).

O método de verificação da legalidade que ora se propõe, com base na literatura de referência, visa a aferir a existência, ou não, em cada caso, dos elementos estruturantes da legalidade dos atos e decisões administrativas, sobretudo quando em causa o exercício de competências discricionárias, mas sem excluir a possibilidade de sua utilização, devidamente adaptada, às hipóteses de exercício de competências vinculadas.

Parte-se da concepção de que os atos e decisões administrativas devem se formar dentro de um processo de atos concatenados visando ao atingimento de fins de interesse público. Assim, a partir de um agir sistemático, pode se tornar mais simples para o controle identificar a ocorrência de grave violação da legalidade configuradora de erro grosseiro, podendo-se extrair com maior celeridade as consequências jurídicas dessa identificação. A motivação se aprofunda quando se leva em conta, ademais, que:

[...] no direito atual, o controle jurisdicional da discricionariedade está absolutamente ligado à noção de processo administrativo: à efetiva utilização do processo enquanto veículo decisório; à correta e completa instrução do processo; à imparcialidade da decisão; e à previsibilidade e segurança jurídicas. Dito de outra maneira, *o modo pelo qual se estrutura a decisão é que deve oferecer ao controlador da discricionariedade a medida das fronteiras que separam o controle de sua legalidade e o excesso ou abuso de jurisdição* (Perez, 2019, p. 238, grifos acrescentados).

Marcos Perez confere ao método proposto o nome de “testes de legalidade”, o qual designa os “métodos ou técnicas” a serem empregados por aqueles que exercem o controle das decisões administrativas, a fim de que constatem sua legalidade ou ilegalidade (Perez, 2019, p. 227).

Ressalta-se que esses métodos ou técnicas não constituem novidade no agir administrativo ou dos órgãos de controle, podendo estar previstos, inclusive, na legislação, vide a Lei Federal n. 9.784/1999, lei de processo administrativo (Perez, 2019, p. 227).

A inovação da proposta reside em sistematizar as etapas do controle, a partir do amálgama de contribuições da doutrina e da jurisprudência administrativista (Perez, 2019, p. 227), numa sucessão que deve produzir, ao final, resposta, com a maior segurança possível, acerca da ocorrência, ou não, de uma ilegalidade no caso concreto e, para os fins deste trabalho, responder se a ilegalidade é grave o suficiente para ser penalizada como erro grosseiro.

O teste de legalidade inaugural corresponde à etapa do processo de controle da legalidade da decisão administrativa em que se averigua o elemento estruturante consubstanciado na competência, conforme Marcos Perez (2019, p. 227). As perguntas que devem guiar o controle, a fim de verificar se a autoridade administrativa que emitiu o ato ou decisão é competente, com adaptações que ora propomos à obra de Marcos Perez (2019), são as seguintes:

i) A autoridade administrativa, órgão ou entidade que praticou o ato possuía atribuição legal para tanto?

ii) Inexistindo atribuição legal originária, havia delegação de competência, em vigor ao tempo do ato praticado ou da decisão proferida, feita pela autoridade, órgão ou entidade que a possuía?

iii) Havia algum impedimento legal ou fático à delegação de competência?

iv) Havia algum impedimento legal ou fático à avocação de competência?

v) O ato administrativo praticado por autoridade, órgão ou entidade incompetente foi ratificado ou homologado pela autoridade, órgão ou entidade com atribuição legal para tanto?

vi) Tanto no caso de competência originária quanto no caso da delegação, a autoridade competente deveria ter renunciado à prática do ato ou à emissão de decisão em razão de suspeição ou de impedimento?

A verificação da ocorrência do erro grosseiro, isto é, de grave violação à legalidade, de natureza não intencional, consubstanciada em ofensa a específico dever de cuidado, dependerá das respostas às perguntas acima, face às circunstâncias fáticas e jurídicas concretas. Afinal, era a autoridade administrativa competente, ou não? Sendo a autoridade competente, ao final do teste, passa-se à segunda leva de perguntas.

O segundo teste, ou etapa do processo de controle da legalidade, é o de forma, que, segundo Marcos Perez (2019, p. 228), refere-se aos problemas atinentes ao modo de exteriorização da decisão administrativa, sem implicar, necessariamente, a

averiguação de seu conteúdo. Nesse segundo momento, as questões são as seguintes:

i) A lei impõe alguma forma específica de exteriorização do ato ou decisão administrativa?

ii) Se a lei impõe forma específica, essa forma foi observada na situação concreta sob exame?

iii) Caso a forma exigida em lei não tenha sido observada, o ato ou decisão administrativa podem ser repetidos ou retificados sem ofender direito subjetivo dos interessados?

iv) Ainda que a forma exigida em lei não tenha sido observada, o meio de exteriorização do ato ou decisão administrativa possibilitou a consecução das finalidades legais, sem prejuízo aos interessados?

Regra geral, se a formalidade não for essencial,¹¹⁹ e o ato ou a decisão administrativa que não respeitaram a forma prescrita em lei puderem ser repetidos ou ratificados sem causar prejuízo aos direitos dos interessados, não há que falar em ilegalidade que perdure. Afinal,

O princípio da segurança jurídica exige que se convalidem os atos sempre que presentes os pressupostos para tanto. A convalidação, por preservar os efeitos já decorridos, não promove a instabilidade que pode resultar da anulação. Por isso, aquela deve ser homenageada em detrimento da anulação (Fortini *et al.*, 2023, p. 263).

O terceiro teste de legalidade é o do objeto, que recai sobre o conteúdo do ato exteriorizado pela administração (Perez, 2019, p. 231). A incompatibilidade entre o ato ou decisão administrativa e as prescrições legais, em sentido amplo, produz invalidade. Nessa etapa do controle, as perguntas a serem feitas, com nossas adaptações, são as seguintes:

¹¹⁹ Veja-se, a propósito: “A Lei nº 9.784/1999 [...] compila as diretrizes essenciais do teste de forma, fazendo uma clara separação entre a forma essencial, aquela que garante direitos dos administrados, e a forma não essencial, cuja inobservância permite a repetição, retificação ou convalidação do ato. O art. 22, da Lei n. 9.784/1999, estabelece: ‘Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir’, e o parágrafo único do art. 2º o completa dizendo tratar-se de critérios a serem observados nos processos administrativos, ou seja, na formação das decisões administrativas: [...] ‘VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; [...] XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige” (Perez, 2019, p. 229-230, grifos acrescidos).

i) O conteúdo do ato ou da decisão administrativa é compatível com as normas em vigor?

ii) O conteúdo do ato ou da decisão administrativa é compatível com precedentes jurisdicionais vinculantes?

iii) A norma aplicada ao caso concreto pela autoridade, órgão ou entidade administrativa é constitucional?

iv) O conteúdo do ato ou da decisão administrativa é compatível com os dos princípios gerais de direito administrativo?

O objetivo desse teste, ou etapa do processo de controle da legalidade dos atos e decisões administrativas, é o de aferir eventual contraste entre o conteúdo do ato ou decisão, isto é, o que eles veiculam, e a legislação. Nesse ponto, destacam-se as lições de Marcos Perez (2019), que vão ao encontro das considerações sobre a ampliação do conceito de legalidade, que amplifica, na prática, o escopo de averiguação face ao sistema jurídico:

[...] é praticamente óbvio dizer que a obrigação de cumprimento da lei também se estende ao cumprimento da Constituição, de súmulas vinculantes (nos termos do art. 103-A, da Constituição, regulamentado pela Lei nº 11.417/2006), hierarquicamente superiores e de regulamentos, hierarquicamente subordinados à lei [...]. Assim, o controle jurisdicional da legalidade do objeto da decisão administrativa passa pela verificação da constitucionalidade da lei ou do regulamento que conforma o seu conteúdo (Perez, 2019, p. 232).

No contexto da processualização do agir administrativo e de uma legalidade amplificada, sobleva a missão do controle de averiguar se a atuação administrativa, idealmente sistemática e concatenada, revela vícios ou desvios.

Assim, os próximos testes recebem a alcunha específica de “testes de processo”, estando focados sobre a necessidade de compreensão sobre “[...] como e por que a Administração tomou a decisão jurisdicionalmente questionada, para que, *da observação dessa gênese*, seja extraída uma conclusão sobre a sua legalidade” (Perez, 2019, p. 239, grifos acrescidos).

Os questionamentos propostos a seguir partem da premissa de que o agir processual constitui regra geral de conduta para a administração pública, baseando-se não apenas em normas constitucionais, como os princípios da impessoalidade e do devido processo legal, como também em leis específicas, tais como a Lei n. 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo) (Perez, 2019, p. 239-241) e a Lei n.

14.133/2021, Nova Lei de Licitações e Contratos, que, em nossa visão, prestigia o agir processual de que ora se trata, desde a fase de preparação da licitação.

Em consonância com essa perspectiva, as perguntas, adaptadas das lições de Perez (2019), são as seguintes:

i) A decisão tomada pela autoridade, órgão ou entidade administrativa competente foi precedida de processo?

ii) O processo instaurado foi devidamente publicizado?

iii) A autoridade, órgão ou entidade administrativa vinculou-se à instrução do processo ao tomar sua decisão?

iv) Caso não precedida de processo, como se assegurou que os interessados tivessem o direito de conhecer e contraditar a decisão administrativa antes de ela ser tomada?

v) Caso não precedida de processo, como se assegurou que os interessados pudessem conhecer os fundamentos (ou motivos) da decisão administrativa?

vi) Caso não precedida de processo, como se demonstrou que a decisão administrativa tomada atende ao interesse público?

Observa-se que a centralidade do agir processual e do método de controle que sobre ele é elaborado leva a que o autor (Perez, 2019) preveja mais dois conjuntos de perguntas, ainda dentro dos testes de processo, visando a aferir, especificamente, a qualidade e completude da instrução, que vai variar caso a caso. Verifica-se, também, a imparcialidade e abertura à participação cidadã no âmbito dessa mesma instrução, quando for o caso.

Ao fim e ao cabo, entende-se que o objetivo primordial é o de instrumentalizar o controlador com as informações mais precisas possíveis acerca do percurso decisório, de modo que, ao exercer o controle depois de a decisão ter sido tomada, seja mitigado o risco de se substituir à administração. Para facilitar a visualização, reúne-se o conjunto de questões que, aqui, denominam-se de instrutórias, com as adaptações propostas à lição de Marcos Perez (2019), conforme segue:

i) Os fundamentos fáticos, técnicos e jurídicos da decisão administrativa são claros e objetivos, permitindo a fácil compreensão dos motivos do agir da administração?

ii) Os dados fáticos e técnicos da decisão administrativa, constantes da instrução do processo, são verossímeis e passíveis de reexame jurisdicional?

iii) A documentação probatória produzida é adequada, do ponto de vista técnico, econômico-financeiro e de impactos, ao objeto da decisão administrativa?

iv) Os interessados na decisão administrativa participaram da produção de provas na instrução do processo e puderam contraditar as provas juntadas pela administração e pelos demais interessados?

v) Houve impulso oficial à instrução do processo?

vi) Houve adequada e ampla divulgação do processo, com a publicização da oportunidade de os potencialmente interessados participarem ativamente do seu transcorrer, inclusive mediante produção de prova?

vii) A administração utilizou meios abrangentes de consulta e de participação cidadã nos casos envolvendo interesses coletivos ou difusos?

viii) Os meios de consulta e de participação cidadã foram efetivos em suas finalidades ou foram falseados ou falhos?

ix) A autoridade, órgão ou entidade administrativa considerou de fato, e fez constar do processo, as distintas visões técnicas ou científicas a respeito do tema tratado, evidenciando a necessidade desse cotejo na situação concreta?

x) A autoridade, órgão ou entidade administrativa se baseou, para decidir, em prova trazida somente por um grupo de interesses?

xi) Foi possível concluir que a prova amealhada durante a instrução do processo possibilitou, de fato, a ponderação dos interesses envolvidos?

Após os testes de processo, nossa referência (Perez, 2019, p. 254 e seguintes) passa a explorar, com maior profundidade, o conteúdo dos atos e decisões administrativas, a partir da concepção de que “[...] o exame dos motivos, por meio dos quais as autoridades justificam a conveniência e oportunidade de suas ações, passou a centralizar, sob o prisma do controle jurisdicional, boa parte da atenção do direito administrativo” (Perez, 2019, p. 254).

Nesse contexto, parte-se do que dispõe o art. 2º, parágrafo único, alínea d, da Lei n. 4.717/1965 (Lei de Ação Popular), segundo o qual “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é *materialmente inexistente ou juridicamente inadequada* ao resultado obtido” (Brasil, 1965, n. p., grifos acrescentados).

O autor (Perez, 2019) localiza o erro justamente no teste de motivo, qualificando-o em três espécies: erro de direito, erro na qualificação jurídica dos fatos e erro de fato (Perez, 2019, p. 256).

Defende-se nesta tese que a verificação do erro perpassa todos os testes ou etapas de controle até aqui expostas, no entanto, não prejudica a existência de testes exclusivamente destinados à averiguação da verossimilhança dos motivos, na medida em que “a falta de declaração expressa dos fundamentos fáticos e jurídicos de determinada decisão [indicam] a necessidade de sua invalidação ou do reconhecimento de sua ilegalidade [...]” (Perez, 2019, p. 256).

Nessa linha, a decisão administrativa deve ser compreensível, verossímil, transparente e controlável. A averiguação da existência desses qualificadores da decisão depende diretamente da qualidade da instrução do processo decisório.¹²⁰ Nessa etapa, as perguntas propostas, com adaptações, são as seguintes:

i) O ato ou decisão administrativa foram motivados, isto é, houve indicação clara e precisa de seus fundamentos de fato e de direito?

ii) Houve indicação de norma jurídica como fundamento da decisão administrativa?

iii) A norma jurídica indicada como fundamento para a decisão administrativa existe, é vigente e válida?

iv) A norma jurídica indicada como fundamento para a decisão administrativa é aplicável ao caso concreto?

v) Os fatos indicados como fundamento para o ato ou decisão administrativa existem?

vi) Houve correta qualificação jurídica dos fatos que embasaram a decisão administrativa?

vii) Os fundamentos da decisão administrativa são aferíveis e compreensíveis ao controle?

viii) Existe coerência entre os fundamentos fáticos e jurídicos erigidos para a tomada de decisão administrativa?

ix) A decisão administrativa é coerente do ponto de vista da argumentação lógico-jurídica?

¹²⁰ Com efeito: “[...] se o juiz examina, com esse rigor, a decisão tomada, não substitui o juízo político do administrado, simplesmente exige clareza, aferibilidade a partir das evidências dos autos do processo e coerência da decisão. [...] a clareza depende, em grande medida, da coerência dos fundamentos fáticos e jurídicos contidos na decisão, o que, vale dizer, importa: (1) na consideração de alegações relevantes trazidas pelos interessados e (2) na consideração do conjunto probatório reunido nos autos” (Perez, 2019, p. 260, grifos acrescidos).

x) A decisão administrativa é coerente face aos precedentes administrativos aplicáveis no caso concreto?

xi) Há razoabilidade e proporcionalidade na articulação entre os fundamentos de fato e de direito que amparam a decisão administrativa?

Chega-se, por fim, aos testes destinados a verificar a ocorrência de desvio de poder ou finalidade, dentro da classificação proposta por Perez (2019). Com esteio no que dispõe o art. 2º, *caput* e alínea e, combinado com o parágrafo único, alínea e, do mesmo dispositivo da Lei n. 4.717/1965, o desvio de finalidade consiste na prática de ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

A leitura do conceito legal de desvio de finalidade evidencia que se trata de vício decorrente de conduta deliberada do agente público. Assim, o desvio de finalidade não se enquadra na concepção de erro proposta neste trabalho, a qual realça a associação do erro à culpa em sentido estrito, isto é, à ação não deliberada ao atingimento de fim ilícito.

De qualquer forma, entende-se que o teste do desvio de finalidade é importante nesse contexto, na medida em que, se as perguntas que visam verificar sua ocorrência receberem resposta positiva (isto é, se existe desvio no caso), não se estará mais tratando de erro administrativo para fins de responsabilização do agente público. Nessa perspectiva, as perguntas propostas, adaptadas à obra de Marcos Perez (2019), são as seguintes:

i) Existe indício de que a autoridade administrativa exercitou sua competência para favorecer interesses pessoais seus ou de terceiros com os quais mantenha alguma espécie de vínculo de interesse ou relação jurídica?

ii) Existe indício de que a autoridade administrativa exercitou sua competência para prejudicar terceiros?

iii) O interesse público que se buscou atender é, de fato, coerente com a decisão administrativa tomada?

iv) A autoridade administrativa competente para decidir adotou os devidos cuidados para evitar desvio de finalidade, e eles estão devidamente evidenciados no processo decisório?

Para finalizar as ponderações sobre desvio de finalidade, entende-se que é importante destacar as lições de Marcos Perez (2019) sobre situações mais complexas de captura das autoridades públicas por interesses privados, em

detrimento dos interesses públicos. Nessas situações, é preciso que Estado e sociedade civil estejam alertas, pois, em especial,

A falta de canais formais e transparentes de interlocução entre Estado e os particulares estimula a captura; por outro lado, a falta de ponderação clara dos interesses envolvidos e a eventual circulação de executivos entre o setor estatal e o privado (*revolving door*) são indícios de desvio de poder (Perez, 2019, p. 267).

A grande questão que se coloca, nesse caso, é a de que nem sempre a aproximação entre agentes públicos e privados, entre interesses públicos e particulares, importará captura ou qualquer outro tipo de desvio de finalidade.

No Estado e na sociedade contemporânea, complexos em essência, é possível (e comum) que convirjam interesses de múltiplas naturezas e que, assim, o interesse público aponte no mesmo sentido que interesses particulares de distintos grupos sociais (Perez, 2019, p. 269). Justamente aí emerge a importância da qualidade do controle destinado a aferir a ocorrência, ou não, do desvio de finalidade, o qual estará melhor instrumentalizado com a formulação das perguntas propostas, dentro da concepção de um teste de legalidade por etapas.

Busca-se, a partir da lição de Marcos Perez (2019), contribuir para a instrumentalização das autoridades encarregadas do desempenho do controle da administração, mediante a explicitação das etapas e das perguntas constituintes do processo de controle da legalidade. Intenta-se erigir ferramentas que permitem averiguar a ocorrência de desvios da legalidade e, mais do que isso, fornecem subsídios seguros para atestar que, em dada situação concreta, a ilegalidade apurada é grave o suficiente para ser classificada como erro grosseiro, o que abre para a responsabilização pessoal do agente que a cometeu.

Defende-se que as perguntas formuladas em cada etapa do teste de legalidade podem ser incorporadas pelos órgãos de controle, de modo geral, a fim de orientar a condução de seus processos de fiscalização e, no caso específico do Tribunal de Contas da União, também o de julgamento de ilegalidades.

Embora as questões propostas em cada um dos testes não constituam exatamente novidades em face do quadro normativo e jurisprudencial em que se insere o controle externo da administração pública, a ideia é de que tais questões e etapas sejam utilizadas de forma sistemática e com habitualidade na esfera do controle dos atos e decisões administrativas. Ao fim, espera-se que os controladores

sejam capazes de responder, com segurança, se no caso concreto sob exame houve grave violação da legalidade, não intencional, consubstanciada na ausência de zelo do agente público ao lidar com a coisa pública, perfazendo o erro grosseiro.

5 CONCLUSÃO

A presente tese teve como objetivo compreender o sentido da vinculação da administração pública – e, conseqüentemente, de seus agentes – à legalidade, com base no exame da natureza, das características e dos efeitos do erro administrativo. Partiu-se da previsão do *caput* do artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Esse artigo estipula que os agentes públicos só responderão pessoalmente por suas decisões e opiniões técnicas em caso de dolo e erro grosseiro.

A pesquisa foi elaborada com base nos problemas consignados nas seguintes perguntas:

Como caracterizar o erro administrativo a partir do que prevê o artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942)? O erro que não seja grosseiro configura uma ilicitude, uma desconformidade com o ordenamento jurídico, porém não punível, ou se trata de uma espécie jurídica caracterizada pela licitude? Trata-se de espécie normativa inserida na legalidade? O erro administrativo que não seja grosseiro afasta a punição pela ausência do elemento volitivo (culpa ou dolo)? Como compatibilizar a definição do erro com as competências constitucionais sancionadoras do controle externo da administração pública desempenhadas pelo Tribunal de Contas da União?

Conforme a justificativa anexada ao Projeto de Lei do Senado n. 349/2015, que posteriormente se transformaria na Lei n. 13.655/2018, advoga-se que tal normatização se mostrou necessária na medida em que a produção de vasta legislação acerca dos diversos aspectos do funcionamento do Estado, bem como sobre os controles internos e externos da atividade pública, teria sido acompanhada por retrocessos em termos de segurança jurídica.

Nesse sentido, investigar a natureza do erro requereu a revisitação do conceito de legalidade.

Ademais, foram evocados os conceitos de segurança jurídica, eficiência, controle da administração pública, pragmatismo e consequencialismo, e sua relação com a concretização dos direitos fundamentais, tanto no que concerne aos órgãos que desempenham o controle, no caso desta pesquisa, especificamente, o Tribunal de Contas da União, quanto à administração pública.

Os dados e informações coletados dos estudos doutrinários, da legislação e da jurisprudência serviram ao principal propósito de compreender a natureza jurídica do

erro a partir do que prevê o artigo 28 da LINDB, sua relação com a legalidade, bem como à seleção de possíveis subsídios que auxiliassem na harmonização entre a função constitucional sancionadora desempenhada pelo Tribunal de Contas da União e as previsões infralegais.

Com efeito, como a pesquisa observou o tipo jurídico-propositivo, partiu-se da previsão do *caput* do artigo 28 da LINDB para compreender a natureza jurídica do erro, as premissas para sua identificação e as consequências que dele derivam, além de traçar pressupostos seguros para o seu controle. Paralelamente, buscou-se verificar, e propor solução para, a possível incompatibilidade entre as competências sancionadoras do Tribunal de Contas da União, sobretudo quando em causa a possibilidade de atribuir a obrigação de ressarcimento ao agente público, e a interpretação que vem sendo defendida pela doutrina, no sentido de que o erro que não seja grosseiro deve ser “acomodado” pelo direito, dele não resultando as típicas consequências penalizadoras em caso de desconformidade com o ordenamento jurídico.

Assim, na Introdução, foi contextualizado o tema-problema, formularam-se as perguntas de pesquisa, apresentaram-se os objetivos e a metodologia do trabalho, assim como a estrutura, em capítulos, nos quais o texto foi dividido.

Seguiu-se o Capítulo 2, no qual se partiu da premissa de que o exame da natureza do erro administrativo e, assim, do sentido da vinculação do agente público à legalidade, depende da análise do significado da legalidade administrativa em nosso sistema jurídico-constitucional. Nesse capítulo, após identificar a legalidade como princípio basilar do regime jurídico-administrativo, tratou-se de sua ampliação formal e material, para abarcar o que, na atualidade, a doutrina administrativista denomina de princípio da juridicidade. Expôs-se que, ante a ampliação do sentido de legalidade, tornou-se mais difícil o agir administrativo que pretenda se restringir à execução das leis no esquema de subsunção de fatos a normas. Alterou-se, assim, o sentido da vinculação do agente público à legalidade administrativa.

Posteriormente, ainda no Capítulo 2, passou-se a investigar a natureza jurídica do erro administrativo, dentro do quadro maior de ampliação da legalidade administrativa. Partiu-se para o exame do significado do erro no direito civil e no direito penal, ramos do direito mencionados pelos administrativistas como inspirações para o delineamento da noção de erro para o direito administrativo. Recuperou-se, do direito civil, a centralidade da autonomia privada e, do direito penal, a relação entre

erro e culpa. De ambos os ramos do direito, sobressaiu a relação do erro com a ausência de deliberação; em outras palavras: o erro não é intencional, constituindo-se como ignorância ou falsa percepção da realidade.

Ainda no Capítulo 2, dedicou-se ao exame do significado do erro para o direito administrativo. Partiu-se da recuperação de aspectos históricos do regime jurídico-administrativo, ressaltando a dinâmica dicotomia ente regime de direito público e de direito privado. Na sequência, conectou-se o erro administrativo à desconformidade com o sistema jurídico, fixando-o como objeto de estudo do direito administrativo sancionador. Destacou-se, ainda, a conexão do erro administrativo com a temática da responsabilização pessoal de agentes públicos pela infração ao ordenamento jurídico.

Após, relacionou-se o erro à culpa. Definiu-se o erro administrativo, afinal, como a falsa percepção ou completa ignorância da realidade circundante a determinada conduta do agente público, a qual, embora não deliberadamente voltada à produção de resultado antijurídico, se materializa na violação de específico dever de cuidado exigido do agente, conforme avaliação da situação concreta, podendo provocar dano a bem, direito ou relação jurídica disciplinada pelas normas de direito administrativo. O erro grosseiro, espécie do erro administrativo, se caracteriza pela gravidade da violação da ordem jurídica, sempre avaliada conforme as circunstâncias concretas; mais do que isso, na perspectiva proposta nesta tese, o grau da culpa qualifica o erro, estando o erro grosseiro associado à culpa grave, portanto.

Estabelecidas as premissas conceituais, opôs-se à existência de um direito ao erro do qual os agentes públicos seriam titulares. Propôs-se que o erro que não seja grosseiro, embora se qualifique como desconformidade à ordem jurídica, não gera a responsabilização pessoal do agente que o comete por expressa opção legislativa validada, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, sustentou-se que o erro administrativo que não seja grosseiro é um irrelevante jurídico única e tão somente da perspectiva da responsabilização pessoal do agente público que o comete.

No Capítulo 3, dedicou-se a investigar os conceitos da doutrina administrativista para o erro grosseiro, a partir das disposições da Lei n. 13.655/2018. Deu-se destaque inicial ao estudo da jurisprudência do TCU produzido pelos pesquisadores da FGV, sobre os primeiros anos de aplicação da LINDB pelo órgão de controle externo. Esse capítulo realça que a interpretação construída pelo TCU nega plena vigência ao art. 28 da LINDB. Ao mesmo tempo, destaca o entendimento doutrinário de que tal regra

legal se aplica sobretudo a gestores públicos no exercício de competências discricionárias, embora a lei não faça essa delimitação e a referida norma se aplique, em princípio, a todo e qualquer agente público, inclusive àqueles no desempenho de competências vinculadas

No Capítulo 4, dedicou-se ao estudo da competência sancionadora do Tribunal de Contas da União, também denominada de função, a qual é exercida em conjunto com uma série de outras funções, de natureza constitucional, atribuídas a tais órgãos de controle externo da administração pública. Sustentou-se que a competência sancionadora possui natureza punitiva e se distingue, em essência, da função reintegradora, que visa à recomposição do patrimônio público, constituindo dívida e responsabilidade civil.

Ainda no Capítulo 4, com base no estudo dos enunciados da jurisprudência do Tribunal de Contas da União sobre erro grosseiro, deu-se maior enfoque à compreensão do mencionado órgão de controle externo que aparta a responsabilidade financeira do agente público decorrente de multa daquela proveniente da obrigação de ressarcir o erário. A partir da associação do erro grosseiro à culpa grave, contraditou-se o entendimento prevalecente no TCU, sustentando-se a concepção, validada pelo STF, inclusive, de que é possível ao legislador ordinário limitar as hipóteses de responsabilização pessoal do agente público pela infração à ordem jurídica, desde que tal restrição não fira a Constituição.

No Capítulo 4 destacou-se, ainda, que o principal propósito dos novos artigos da LINDB foi o de romper em definitivo com a possibilidade de responsabilização objetiva dos agentes públicos a partir de um movimento de consagração e aperfeiçoamento do direito administrativo sancionador. Nesse sentido, ainda que em face de incertezas doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao significado de erro grosseiro, propôs-se, a partir da literatura de referência, método de controle do desempenho das competências administrativas (testes de legalidade) que pressupõe a processualização do agir administrativo como base da administração pública contemporânea.

O método de controle proposto, que busca a solução de questionamentos por etapas, visa não apenas à instrumentalização do controle, para o exercício mais seguro de suas funções, como também dos administradores públicos e agentes públicos em geral, visando ao aperfeiçoamento do exercício de suas competências. Espera-se que, ao fim, os controladores sejam capazes de responder, com segurança,

se, no caso concreto sob exame, houve grave violação da legalidade, não intencional, consubstanciada na ausência de zelo do agente público ao lidar com a coisa pública, perfazendo o erro grosseiro.

REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, Daren; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: As origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *JORNADA DE DIREITO CIVIL*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2003.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *JORNADAS DE DIREITO CIVIL I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo. *Direito, Estado e Sociedade*, [s. l.], n. 38, p. 6-50, jan./jun. 2011. Disponível em: http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/01_Arguelhes_Leal.pdf. Acesso em: 21 jul. 2019.
- ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [meta] teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações. In: SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2009. p. 171-211.
- ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, [s. l.], v. 215, p. 151-179, 1999.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the deregulation debate*. New York: Oxford University Press, 1992.
- BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. Como nasceu e cresceu o Direito Administrativo? De antes da Revolução Francesa aos dias atuais. *In: SUNDFELD, Carlos Ari et al. Curso de Direito Administrativo em Ação: Casos e Leituras para Debates*. São Paulo: JusPodivm, 2024. p. 48-65.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Revista Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018). Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BINENBOJM, Gustavo; DIONISIO, Pedro de Hollanda. Os três passos do controle do erro administrativo: as diferentes etapas e objetivos e na construção de parâmetros de controle. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 280, n. 1, p. 109-135, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/84493>. Acesso em: 18 mar. 2022.

BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica: direito administrativo e organização no século XXI*. São Paulo: Almedina, 2017a.

BITENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BITENCOURT NETO, Eurico. Subsídios para a atualização da Lei Federal de Processo Administrativo. *In: BITENCOURT NETO, Eurico; MARRARA, Thiago. Processo Administrativo Brasileiro*. 1.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L3994>. Acesso em: 19 jun. 2024. p. 45-73.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no Século XXI. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017b. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/49773/31680>. Acesso em: 6 ago. 2018.

BITENCOURT NETO, Eurico; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Direito Administrativo e Direitos Fundamentais: diálogos necessários*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena: um estudo sobre a repercussão do tema na teoria no delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BITTAR, Walter Barbosa. O erro sobre a punibilidade. *Boletim IBCCRIM*, n. 177, ago. 2007. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_editorial/212-177-Agosto-2007. Acesso em: 12 jun. 2022.

BLIACHERIENE, Ana Carla. *Controle da eficiência do gasto orçamentário*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política*. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução: Carmen C. Varriale *et al.* 1. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. rev. e atual. Malheiros: São Paulo, 2000.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União. *Análise preliminar do PL 7448/2017*. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 19 abr. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/analise-consultoria-juridica-tcu-lindb.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2023.

BRASIL. Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União. *Processo TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5. Parecer do Projeto de Lei nº 7.448/2017*, em face do parecer-resposta elaborado pelos autores do projeto em relação à análise preliminar que esta Consultoria havia realizado. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 20 abr. 2018a. Disponível em: <https://cdn.oantonista.com/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2019.

BRASIL. *Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019*. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 9 jul. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de dezembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 9 jul. 2024.

BRASIL. *Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Brasília, DF: Presidência da República, 1965. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 14 jul. 2024.

BRASIL. *Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1992a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 9 jul. 2024.

BRASIL. *Lei n. 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1992b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 9 jul. 2024.

BRASIL. *Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm. Acesso em: 9 jul. 2024.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 9 jul. 2024.

BRASIL. *Lei n. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2018b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. *Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021a. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 9 jul. 2024.

BRASIL. *Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021*. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Brasília, DF: Presidência da República, 2021b. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14230.htm. Acesso em: 9 jul. 2024.

BRASIL. *Pesquisa Integrada*. Tribunal de Contas da União. Brasília: DF, 2024a. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/jurisprudencia-selecionada>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Presidência da República. *Mensagem n. 212, de 25 de abril de 2018*. Brasília, DF: Presidência da República, 2018c. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 349, de 2015*. Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121664>. Acesso em: 12 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Mandado de Segurança n. 35.196*. AGRAVO INTERNO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. RESPONSABILIDADE. PARECER TÉCNICO-JURÍDICO. ART. 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 8666/93. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DOLO, ERRO GRAVE INESCUSÁVEL OU CULPA EM SENTIDO AMPLÔ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O advogado é passível de responsabilização “pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”, consoante os artigos 133 da Constituição Federal e o artigo 32 da Lei 8.906/94, que estabelece os limites à inviolabilidade funcional. 2. O erro grave ou grosseiro do parecerista público define a extensão da responsabilidade, porquanto uma interpretação ampliativa desses conceitos pode gerar indevidamente a responsabilidade solidária do profissional pelas decisões gerenciais ou políticas do administrador público. 3. A responsabilidade do parecerista deve ser proporcional ao seu efetivo poder de decisão na formação do ato administrativo, porquanto a assessoria jurídica da Administração, em razão do caráter eminentemente técnico-jurídico da função, dispõe das minutas tão somente no formato que lhes são demandadas pelo administrador. 4. A diligência exigível do parecerista no enquadramento da teoria da imprevisão, para fins de revisão contratual, pressupõe a configuração da imprevisibilidade da causa ou dos efeitos, assim como da excepcional onerosidade para a execução do ajustado, vez que o artigo 65, II, d, da Lei 8.666/1993 autoriza a revisão do contrato quando houver risco econômico anormal, tal qual aquele decorrente de fatos “previsíveis porém de consequências incalculáveis”. 5. Os preços, posto variáveis, podem ensejar a revisão contratual in concreto, na hipótese de serem inevitáveis, excepcionais e não precificadas no contrato, ainda que haja cláusula de reajuste motivada por inflação ou outro índice, razão pela qual não se configura a responsabilização do parecerista tão somente por não ter feito referência expressa à cláusula contratual. 6. A diversidade de interpretações possíveis diante de um mesmo quadro fundamenta a garantia constitucional da inviolabilidade do advogado, que assegura ao parecerista a liberdade de se manifestar com base em outras fontes e argumentos jurídicos, ainda que prevaleça no âmbito do órgão de controle entendimento diverso. 7. In casu, a decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, lastreando-se em mera interpretação distinta dos fatos, deixou de comprovar o erro inescusável pelo agravado para sustentar a irregularidade do aditivo, que somente restaria configurado caso houvesse expressa previsão contratual do fato ensejador da revisão, na extensão devida, a afastar a imprevisão inerente à álea extraordinária. 8. O agravado no caso sub examine efetivamente justificou a adequação jurídica do aditivo contratual à norma aplicável, ao assentar que o equilíbrio econômico da mencionada obra civil foi afetado por distorções dos preços dos serviços e aos insumos básicos, logo após explicitar que se tratava de hipóteses motivadas por fatos supervenientes, de ordem natural, legal ou econômica e de trazer referências doutrinárias específicas de atos imprevisíveis ou oscilação dos preços da economia.

9. Agravo interno a que NEGO PROVIMENTO por manifesta improcedência. 1. Turma. Relator: Min. Luiz Fux, 5 fev. 2020a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751913839>. Acesso em: 1 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.421 MC*. Direito administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de Covid-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Tribunal Pleno. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 21 maio 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754359227>. Acesso em: 28 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 7.236*. DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO | Atos Administrativos | Improbidade Administrativa DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO | Controle de Constitucionalidade DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO | Ministério Público | Legitimidade. Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 05 de setembro de 2022a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6475588>. Acesso em: 28 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Mandado de Segurança n. 24.631*. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa, 1 fev. 2008. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2159173>. Acesso em: 30 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário com Agravo n. 843.989*. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IRRETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA (LEI 14.230/2021) PARA A RESPONSABILIDADE POR ATOS ILÍCITOS CIVIS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA (LEI 8.429/92). NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE REGRAS RÍGIDAS DE REGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS CORRUPTOS PREVISTAS NO ARTIGO 37 DA CF. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 5º, XL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO NORMATIVA. APLICAÇÃO DOS NOVOS DISPOSITIVOS LEGAIS SOMENTE A PARTIR DA ENTRADA EM VIGOR DA NOVA LEI, OBSERVADO O RESPEITO AO ATO JURÍDICO PERFEITO E A COISA JULGADA (CF, ART. 5º, XXXVI). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO COM A FIXAÇÃO DE TESE DE REPERCUSSÃO GERAL PARA O TEMA 1199. [...] 19. Recurso Extraordinário PROVIDO. Fixação de tese de repercussão geral para o Tema 1199: "1) É necessária a comprovação de responsabilidade subjetiva para a tipificação dos atos de improbidade administrativa, exigindo-se - nos artigos 9º, 10 e 11 da LIA - a presença do elemento subjetivo - DOLO; 2) A norma benéfica da Lei 14.230/2021 - revogação da modalidade culposa do ato de improbidade administrativa -, é IRRETROATIVA, em virtude do artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, não tendo incidência em relação à eficácia da coisa julgada; nem tampouco durante o processo de execução das penas e seus incidentes; 3) A nova Lei 14.230/2021 aplica-se aos atos de improbidade administrativa culposos praticados na vigência do texto anterior da lei, porém sem condenação transitada em julgado, em virtude da revogação expressa do texto anterior; devendo o juízo competente analisar eventual dolo por parte do agente; 4) O novo regime prescricional previsto na Lei 14.230/2021 é IRRETROATIVO, aplicando-se os novos marcos temporais a partir da publicação da lei. Tribunal Pleno. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 12 dez. 2022b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15355258369&ext=.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Mandado de Segurança n. 24.073*. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94,

art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Veloso, 6 nov. 2002b. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86081>. Acesso em: 28 jun. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante n. 3*. Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2007. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1191#:~:text=A%20S%C3%BAmula%20Vinculante%20%20do,Tribunal%20de%20Contas%20da%20Uni%C3%A3o>. Acesso em: 11 jul. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Tema n. 940*. Responsabilidade civil subjetiva do agente público por danos causados a terceiros, no exercício de atividade pública. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2019b. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5136782&numeroProcesso=1027633&classeProcesso=RE&numeroTema=940>. Acesso em: 11 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). *Acórdão 11.674/2023*. 1. Câmara. Relator: Min. Jhonatan de Jesus, 24 out. 2023a. Disponível em:
<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%252011.674%252F2023/%2520%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/0/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). *Acórdão 63/2023*. 1. Câmara. Relator: Min. Benjamin Zymler, 24 jan. 2023b. Disponível em:
https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2569243/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 8 jul. 2024

BRASIL. Tribunal de Contas da União (1. Câmara). *Acórdão 9.209/2022*. 1. Câmara. Relator: Min. Jorge Oliveira, 29 nov. 2022c. Disponível em:
https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2560247/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 7 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). *Acórdão 1.565/2024*. 2. Câmara. Relator: Min. Substituto Marcos Bemquerer, 12 mar. 2024b. Disponível em:
https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2628682/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). *Acórdão 2.089/2024*. 2. Câmara. Relator: Min. Augusto Nardes, 2 abr. 2024c. Disponível em:
https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2641050/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). *Acórdão 2.503/2024*. 2. Câmara. Relator: Min. Aroldo Cedraz, 16 abr. 2024d. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2630077/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). *Acórdão 3.569/2023*. 2. Câmara. Relator: Min. Substituto Marcos Bemquerer, 23 maio 2023c. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2567946/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2. Câmara). *Acórdão 3.972/2023*. 2. Câmara. Relator: Min. Antônio Anastasia, 6 jun. 2023d. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2551768/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 1.740/2023*. Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues, 23 ago. 2023e. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2532671/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 1.958/2022*. Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler, 24 ago. 2022d. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/1958%252F2022/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0>. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 2.391/2018*. 2. Câmara. Relator: Min. Benjamin Zymler, 17 out. 2018d. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). *Acórdão 430/2020*. Plenário. Relator: Min. Benjamin Zymler, 4 mar. 2020c. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:ACORDAO-COMPLETO-2394280/NUMACORDAOINT%20asc/0. Acesso em: 07 jul. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU: Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos. *Tribunal de Contas da União*, 2013. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/instituto-serzedello-correa/>. Acesso em: 14 mar. 2023.

BREYER, Stephen. Judicial Review: A Practicing Judge's Perspective. *Oxford Journal of Legal Studies*, [s. l.], v. 19, n. 2, p. 153-166, summer 1999.

BRITTO, Carlos Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. *Fórum*, 2018. Disponível em: <https://editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>. Acesso em: 21 mai. 2024.

CALDEIRA, Marco. A figura da “anulação administrativa” no novo Código do Procedimento Administrativo de 2015. *In*: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana Fernanda; SERRÃO, Tiago (coord.). *Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo*. 4. ed. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CARVALHO, Ana Celeste. Os vários caminhos da jurisprudência administrativa na aplicação do princípio do aproveitamento do acto administrativo. *In*: SERRÃO, Tiago; GOMES, Carla Amado; OTERO, Paulo. *Estudos em Homenagem a Rui Machete*. Coimbra: Almedina, 2015.

CARVALHO, Raquel. LINDB – artigo 22: O início de uma nova teoria das nulidades para os atos administrativos viciados? *Raquel Carvalho – Direito Administrativo*, 2019. Disponível em: <http://raquelcarvalho.com.br/2019/10/08/lindb-artigo-22-o-inicio-de-uma-nova-teoria-das-nulidades-para-os-atos-administrativos-viciados/>. Acesso em: 1 mai. 2022.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado de Direito*. Tradução: Antônio Araldo Feraz Dal Pozzo e Augusto Neves Dal Pozzo. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Tradução: Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COELHO, Daniela Mello. *Administração Pública Gerencial e Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CONTI, José Maurício. *Direito financeiro na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

COPOLA, Gina. Advogado público que responde por ação de improbidade administrativa por ter emitido parecer em processos de licitação. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 233, p. 31-52, maio 2021.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O interesse público no divã da psicanálise: para um conceito bidimensional de interesse público. *Revista Jurídica – UNICURITIBA*, vol. 03, n.º. 52, Curitiba, 2018. pp. 275-299. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/issue/view/129/showToc>. Acesso em: 17 jul. 2024.

CUNHA, Ricardo Sousa da; TEIXEIRA, Fabiano Bastos Garcia. Uma perspectiva jurídico-comparada sobre o princípio da legalidade administrativa. *In*: DIAS, Maria Tereza Fonseca (Coord.). *Direito administrativo comparado – desafios*

metodológicos e questões jurídicas contemporâneas. Belo Horizonte: Editora Expert, 2022.

DARWALL, Stephen (ed.). *Consequentialism*. New Jersey: Blackwell Publishing, 2003.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário, Direito Penal e tipo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da segurança jurídica diante do princípio da legalidade. In: MARRARA Thiago (coord.). *Princípios de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 25-51.

DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Direito administrativo pós-moderno: novos paradigmas do direito administrativo a partir do estudo da relação entre o Estado e a sociedade*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do direito civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. v. 1

DIONISIO, Pedro de Hollanda. *O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros*. 1. ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2019.

DUTRA, Alexandre Pereira. Argumentação consequencialista no direito: modelo teórico e exemplos de aplicação. *Revista de Doutrina TRF 4*, 2015. Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/Alexandre_Dutra.html. Acesso em: 28 jun. 2019.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ERRO. In: *DICIONÁRIO Houaiss da Língua Portuguesa*. [S. l.], 2024. Disponível em: https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-1/html/index.php#1. Acesso em: 15 jan. 2024.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta. *Implementação de políticas públicas: teoria e prática*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2022. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 17. ed. rev., aum. e atual. Salvador: JusPodivm, 2019.

FERRAZ, Luciano. Segurança Jurídica Positivada: interpretação, decadência e prescribibilidade. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul./set. 2010a.

FERRAZ, Luciano. Termos de Ajustamento de Gestão (TAG): do sonho à realidade. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010b.

FERRAZ, Luciano; GODOI, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. *Curso de direito financeiro e tributário*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FORTINI, Cristiana; LACERDA, Bruno Amaro. O Direito Administrativo e a fundamentalidade da pessoa. *Fórum Administrativo*, [s. l.], v. 10, p. 19-28, 2010.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo administrativo: comentários à Lei nº 9.784/1999*. 3. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FORTINI, Cristiana; PIRES, Maria Fernanda Veloso; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa; CAVALCANTI, Caio Mário Lana. *Processo Administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1661>. Acesso em: 20 jun. 2024.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO; Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 311-334.

FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa: O Controle de Prioridades Constitucionais. *Revista Novos estudos Jurídicos Eletrônica*, Itajaí, v. 18, n. 3, p. 416-434, set./dez. 2013.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS - FGV. Nova LINDB no TCU: um balanço dos 2 primeiros anos. *FGV Direito SP*, 2021. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/evento/nova-lindb-tcu-balanco-2-primeiros-anos>. Acesso em: 18 mar. 2022.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*. Barueri: Manole, 2003.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. *In*: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 155-201.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 15. ed. Madri: Civitas, 2011.

GARCIA, Fábio Henrique Falcone. Apontamentos sobre a (ir)racionalidade jurídica e a Reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *In*: CUNHA FILHO; Alexandre Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada: Decreto-Lei n 4.657, de 4 de setembro de 1942*. 1 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2019. v. 2, p. 40-49.

GIANNETTI, Eduardo. *Vícios privados, benefícios públicos?* São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos tribunais de contas*. 2009. 379 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

GONÇALVES, Pedro Costa. Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da new public governance. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 11, n. 42, p.141-169, abr./jun. 2013. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=96053>. Acesso em: 6 jun. 2018.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. rev. e aum. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Editora Malheiros. 2011.

GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. *Parte Geral do Código Penal: uma proposta alternativa para debate*. rev. e aum. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Direito do Estado*, [s. l.], n. 71, 2016. Seção Colunistas. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha->

guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-cri-se-da-ineficiencia-pelo-controle. Acesso em: 21 jul. 2019.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 5. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Almedina, 2020.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo: da natureza do erro sobre o dever extrapenal em branco*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO - IBDA. Seminário promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB. *IBDA*, 2019. Disponível em: <http://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 24 jun. 2019.

JAMES, William. *Pragmatismo*. Tradução: Jorge Caetano da Silva. São Paulo: Martin Claret, 2005.

JÉZE, Gaston. L'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir. *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, Paris, t. 18, v. 28, 1911.

JÉZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1949. v. 3.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB – Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018).

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa*. São Paulo: Malheiros, 2016.

JUST, Gustavo. A “crise” do princípio da legalidade do ponto de vista da teoria da interpretação. In: MARRARA, Thiago (coord.). *Princípios de direito administrativo*. 2. ed. rev., aum. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 53-66.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. Sobre a “crise” do estado de bem-estar: retração, transformação fáustica ou o quê? *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 55, n. 2, p. 447-485, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/dados/v55n2/a06v55n2.pdf>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2015.

KRELL, Andreas Joachim. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região – ESMAFE*, Recife, v. 8, p. 177-224, 2004. Disponível em: <https://revista.trf5.jus.br/index.php/esmafe/article/view/277>. Acesso em: 3 mai. 2023.

LEAL, Fernando. A cláusula geral do erro administrativo e o dever de precaução. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 84, p. 109-146, abr./jun. 2021.

LEAL, Fernando. *Decidindo com Normas Vagas: Estado de Direito, Coerência e Pragmatismo por uma teoria da decisão institucional e argumentativamente adequada*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria e jurisprudência para os tribunais de contas*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

LIMA, Luiz Henrique; OLIVEIRA, Weder de; CAMARGO, João Batista (coord.). *Contas governamentais e responsabilidade fiscal: desafios para o controle externo – estudos de ministros e conselheiros substitutos dos Tribunais de Contas*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silvia (org.). *Burocracia e política no Brasil: desafios para a ordem democrática do século XXI*. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

MACCORMICK, Neil. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. *New York University Law Review*, New York, v. 58, n. 2, p. 239-258, 1983.

MAGALHÃES, Ana Alvarenga Moreira. *O erro no negócio jurídico: autonomia da vontade, boa-fé objetiva e teoria da confiança*. São Paulo: Atlas, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A bipolaridade do Direito Administrativo e sua superação. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 87-127.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei de Segurança para a Inovação Pública)*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DE PALMA, Juliana Bonacorsi. Os sete grandes desafios do controle da Administração Pública. In: PEREZ, Marcos Augusto; PALMA, Juliana Bonacorsi de (coord.). *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004.

MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo Alemán*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3143>. Acesso em: 19 fev. 2015.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. *Gestão Pública: abordagem integrada da Administração e do Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MAYNTZ, Renate. El Estado y la Sociedad Civil en la Gobernanza Moderna. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Caracas, n. 21, oct. 2001.

MAYNTZ, Renate. Nuevos Desafíos a la teoría de la Governance. *Instituciones y Desarrollo*, Barcelona, n. 7, nov. 2000.

MEDAUAR, Odete. Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, [s. l.] v. 27, n. 108, p. 101-126, out./dez. 1990. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/175815>. Acesso em: 22 jul. 2019.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEILÁN GIL, José Luis. Delimitación conceptual del error material y de cuenta. *Revista de Administración Pública*, Coruña, n. 55, 1968.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 30.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

MELO, Carlos Aley Santos de. O neoconstitucionalismo e o controle expansivo da Administração Pública: parâmetros para a fiscalização de seus atos. In: PINTO, Hélio Pinheiro; LIMA NETO, Manoel Cavalcante de; LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros; SOTTO-MAYOR, Lorena Carla Santos Vasconcelos; DIAS, Luciana Raposo Josué Lima (coord.). *Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 469-485.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro standards. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 26, n. 6, p. 705-719, jun. 2010. Disponível em:

http://dspace.xmlui/bitstream/item/10732/geiclC_FRM_0000_pdf.pdf?sequence=1. Acesso em: 18 mar. 2022.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do Direito Administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, ano 2014, n. 265, jan./abr. 2014. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/18916>. Acesso em: 21 jul. 2019.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – Indicando as consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, p. 43-61, nov. 2018. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018).

MODESTO, Paulo. O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 83-90, out./dez. 2020.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. O Administrative Constitutionalism: Resgatar a Constituição para a Administração Pública. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes; LOUREIRO, João Carlos. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 387-420. v. 1.

MONTEIRO, Jorge Vianna. *Como funciona o governo: escolhas públicas na democracia representativa*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

MONTEIRO, Jorge Vianna. *Governo e crise: escolhas públicas no Brasil e no mundo, 2007- 2011*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Controle de contas e o equilíbrio entre poderes: notas sobre a autonomia do sistema de controle externo. *Interesse Público*, [s. l.], ano 20, n. 101, p. 15-53, jan./ fev., 2017. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/172/21415/51674>. Acesso em: 26 jul. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novo referencial no Direito Administrativo: do controle da vontade ao do resultado: a juridicização dos resultados na Administração Pública. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 67, set. 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=37401>. Acesso em: 12 jun. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Poder, direito e Estado: o direito administrativo em tempos de globalização - in memoriam de Marcos Juruena Villela Souto*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Sociedade, Estado e administração pública: perspectivas visando ao realinhamento constitucional*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1996.

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a lei e o direito. In: MARRARA Thiago (coord.). *Princípios de direito administrativo*. 2. ed. rev., aum. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 67-82.

MOTTA, Fabrício. Alterações na LINDB valem para todos, não só para o controle. *CONJUR*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-14/interesse-publico-alteracoes-lindb-valem-todos-nao-controle>. Acesso em: 13 jul. 2019.

MOTTA, Paulo Roberto de Mendonça. O estado da arte da gestão pública. *RAE-Revista de Administração de Empresas*, Rio de Janeiro, v. 53, n. 1, jan./fev. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rae/a/yqqMHSkZDs5k8HLbD76JxCM/>. Acesso em: 19 fev. 2015.

MOURÃO, Licurgo; FERREIRA, Diogo Ribeiro; PIANCASTELLI, Silvia Motta. *Controle democrático da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MOURÃO, Licurgo; NETO, Almir Megali; SHERMAM, Ariane; RESENDE, Mariana Bueno; PIANCASTELL, Sílvia Motta. *Controle Democrático da Administração Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L1504>. Acesso em: 23 maio 2024.

MOUTINHO, Donato Volkens. Os tribunais de contas e a responsabilização financeira dos governantes: aplicação de multa e imputação de débito a presidentes da República, governadores e prefeitos. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 22, n. 254, p. 13-34, abr. 2022.

NADER, Paulo. *Curso de direito civil: responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 7.

NIEBUHR, Joel de Menezes. A LINDB esvaziada. *Blog Zênite*, 2021. Disponível em: <https://zenite.blog.br/a-lindb-esvaziada/>. Acesso em: 11 jun. 2024.

NOHARA, Irene Patrícia. “Solublemas” da LINDB ao direito público. *Direito Administrativo*, 2019. Disponível em: <https://direitoadm.com.br/solublemas-da-lindb-ao-direito-publico/>. Acesso em: 7 jul. 2019.

NOHARA, Irene Patrícia. Ensaio sobre a ambivalência da segurança jurídica nas relações do Estado: da realização de justiça à faceta perversa do argumento. In: MARRARA Thiago (coord.). *Princípios de direito administrativo*. 2. ed. rev., aum. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 83-113.

NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: Hermenêutica e Novos Parâmetros ao Direito Público*. Curitiba: Editora Juruá, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Hiperativismo do controle *versus* inércia administrativa: governança pública e novos *standards* interpretativos como caminhos para a renovação do Direito Administrativo. *JOTA*, 2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/hiperativismo-do-controle-versus-inercia-administrativa-18042018. Acesso em: 21 jul. 2019.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. Projeto de lei ameaça o controle da administração pública. *CONJUR*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-10/projeto-lei-ameaca-controle-administracao-publica>. Acesso em: 8 jul. 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A releitura do direito administrativo à luz do pragmatismo jurídico. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 256, p. 129-163, jan./abr. 2011. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8496>. Acesso em: 9 jul. 2022.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrador Sancionador*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Quem é o “administrador médio” do TCU? *JOTA*, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 5 jun. 2024.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). *Revista De Direito Administrativo*, [s. l.], v. 279, n. 2, p. 209-249, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012>. Acesso em: 1 maio 2023.

PALMA, Juliana Bonacorsi de; ROSILHO, André. Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB. *Revista da CGU*, [s. l.], v. 13, n. 23, p. 45-54, jan./jun. 2021.

PARGLENDER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhoff. Direito e consequências no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *RDA – Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-144, jan./abr. 2013.

PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Edições Ática, 1965.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.). *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas – Desafios de uma sociedade democrática*: Estudos sobre o Projeto de Lei n. 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2019.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter. *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2015.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes. *Sociedade e Estado em Transformação*. São Paulo: UNESP; Brasília: ENAP, 1999.

PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de Legalidade*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L3999>. Acesso em: 19 jun. 2024.

PETTIT, Phillip. Consequentialism. In: SINGER, Peter (org.). *A companion to ethics*. Oxford: Blackwell, 1991. p. 230-240.

PINTO, Élide Graziane; MAGALHÃES, Gustavo Alexandre (org.). *Judicialização, Orçamento Público e Democratização do Controle de Políticas Públicas*. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. PL 7. 448 desequilibra equação entre custos e riscos da escolha pública. *CONJUR*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-24/contas-vista-pl-7448-desequilibra-equacao-entre-custos-riscos-escolha-publica>. Acesso em: 7 jul. 2019.

PINTO, Élide Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang; PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. *Política Pública e Controle: Um diálogo interdisciplinar em face da Lei 13.655/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

PISCITELLI, Thatiane dos Santos. *Argumentando pelas consequências no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. *O que é pragmatismo jurídico?* [S. l.: s. n], [201-?]. Disponível em: <http://www.cis.puc-rio.br/cis/cedes/banco%20artigos/Filosofia%20e%20Teoria%20do%20Direito/pragmatismo.pdf>. Acesso em: 27 jun. 2019.

POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo: Teoria Social e Política*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

PORTUGAL. Diário da República Eletrônico. *Decreto-Lei n. 4/2015*. No uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 42/2014, de 11 de julho, aprova o novo Código do Procedimento Administrativo. [S. l.]: Diário da República. Disponível em:

<https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2015-105602322>. Acesso em: 12 jun. 2022.

POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard. *Law, pragmatism and democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*: volume único. São Paulo: Forense, 2021.

RAMALHO, Inês Pires. O princípio do aproveitamento do acto administrativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 52, n. 1/2, p. 175-235, 2011.

RESENDE, Maria Leticia Rodrigues Guimarães Araújo. *Limites à aplicação da teoria dos motivos determinantes do ato administrativo*. 2016. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito e Ciências do Estado, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

REZENDE, Flávio da Cunha. Desafios gerenciais para a reconfiguração da administração burocrática Brasileira. *Sociologias*, n. 21, p. 344-365, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/soc/n21/14>. Acesso em: 19 de fevereiro de 2015.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. Presunções do ato administrativo, capacidades institucionais e deferência judicial a priori: um mesmo rosto, atrás de um novo véu? *Revista de Direito Administrativo Contemporâneo*, São Paulo, v. 22, ano 4, p. 85-115, jan./fev. 2010.

ROCHA, Carlos Alexandre Amorim. *O Modelo de Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas e as Proposições Legislativas sobre o Tema*. Brasília: Senado Federal, 2002. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/156>. Acesso em: 22 jul. 2019.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSILHO, André Janjácomo. *Tribunal de Contas da União*: competências, jurisdição e instrumentos de controle. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Afonso. *Princípios de derecho administrativo*. 2. ed. Madrid: lustel, 2009. v. 2.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: Para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 30, p. 13-43, jun. 1990.

SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel;

BINENBOJM, Gustavo (org.). *Vinte Anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SCALFORO, Roberta Ferraço; CARDOSO, Juraciara Vieira. Governança pública sob a ótica jurídica public governance under the legal optics. In: DIAS, Maria Tereza Fonseca; SILVA, Lucas Gonçalves da; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes (coord.). *Direito Administrativo e Gestão Pública I*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

SCHEDLER, Andreas. Conceptualizing accountability. In: SCHEDLER, Andreas; DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. (ed.). *Self-restraining State: power and accountability in new democracies*. Boulder: Lynne Rienner Publishers, 1999.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del derecho administrativo como sistema*. Madri: INAP/Marcial Pons, 2003.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *Norma, contingência e racionalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n. 9.784/1999). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 271-315, jul./set. 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, p. 23-50, abr. 2002.

SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. As recentes alterações da LINDB e suas implicações. *Revista Jurídica ESMP*, São Paulo, v. 14, p. 123-132, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari *et al.* Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017. *CONJUR*, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2019.

TERRINHA, Luís Heleno. Procedimentalismo jurídico-administrativo e aproveitamento do acto. Reflexões críticas sobre o art. 163.º, n.º 5 do novo Código do Procedimento Administrativo. In: GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana; SERRÃO, Tiago (coord.). *Comentários ao novo Código do Procedimento Administrativo*, 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2015. p. 923-958.

VALGAS, Rodrigo. *Direito administrativo do medo*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

VALLE, Vanice Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VALLE, Vanice Lírio do. *O PL 7448/17 e o resgate da essência da juridicidade*. [S. n: s. l.], [201-?] . Disponível em: https://www.academia.edu/36482470/O_PL_7448_17_E_O_RESGATE_DA_ESS%C3%80NCIA_DA_JURICIDADE. Acesso em: 25 jun. 2019.

VORONOFF, Alice. *Direito Administrador Sancionador no Brasil: Justificação, Interpretação e Aplicação*. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e a reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista de Direito GV*, São Paulo, n. 412, p. 539-568, jul./dez. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35163/33968>. Acesso em: 21 jul. 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ZANOBINNI, Guido. A proposito dell'errore di fatto come vizio di annullamento degli atti amministrativi. *Rivista di Diritto Púbblico e della Amministrazione in Italia*, [s. l.] 1927.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.