

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO FGV DIREITO RIO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

BERNARDO RAMOS LEITE

**A RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS SEGUNDO O
ART. 28 DA LINDB: UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DA
JURISPRUDÊNCIA DO TCU**

Rio de Janeiro
2021

BERNARDO RAMOS LEITE

**A responsabilização de agentes públicos segundo o art. 28 da LINDB: uma
análise sistemática da jurisprudência do TCU**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da FGV DIREITO RIO, como requisito parcial para conclusão da disciplina obrigatória TCC do currículo da graduação.

Orientadora: Prof^a Patrícia Regina Pinheiro Sampaio.

BERNARDO RAMOS LEITE

**A responsabilização de agentes públicos segundo o art. 28 da LINDB: uma
análise sistemática da jurisprudência do TCU**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Banca Examinadora da FGV DIREITO RIO, como requisito parcial para conclusão da disciplina obrigatória TCC do currículo da graduação.

Orientadora: Prof^a Patrícia Regina Pinheiro Sampaio.

Assinaturas:

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio (professora orientadora)

Natasha Schmitt Caccia Salinas (membro da comissão examinadora)

Eduardo Ferreira Jordão (membro da comissão examinadora)

Nota final: _____

Rio de Janeiro, ____ de dezembro de 2021.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, meus orixás protetores e guias espirituais, pela guarda firme e precisa durante minha caminhada.

À minha mãe Claudia e meu pai Nonato pelo amor e apoio incondicionais e pela referência de família e valores. Aos meus irmãos Guilherme, Anthony e Silvia, pela parceria e cumplicidade.

A Caio, por suportar por dois anos minhas dúvidas e ansiedades em relação a este trabalho e por toda a ajuda para sua concretização.

A João, pela elevada intensidade e reciprocidade em tão pouco tempo e por se tornar um porto seguro nos momentos finais.

À minha orientadora, Patrícia, por toda paciência e ensinamentos. O cuidado com este Trabalho e com minhas ideias foi crucial para os resultados. À professora Natasha e ao professor Jordão, componentes da banca, por contribuírem profundamente para o meu amor ao Direito Público e a gestão pública.

À minha faculdade, a FGV Direito Rio, por abrir tantas portas e me acolher tão bem. Friso que são as pessoas que fazem a diferença: toda a equipe da secretaria, coordenação e limpeza que fazem a escola ser tão especial. Pessoas como Cris, Marília, Silvana e Bruno, sempre tão atenciosas e prestativas, me fizeram sentir orgulho de ter passado pela Direito Rio.

Por fim, mas tão importante quanto dos demais, aos amigos e colegas de graduação, em especial: Beatriz, Luiza, Victor, Lívia, Isadora e Dimitri. Foram 5 anos intensos, difíceis e desafiadores, mas finalmente estamos colhendo os frutos de todo o esforço. Foi um prazer e uma honra dividir as salas e a biblioteca com vocês.

É com muita leveza no coração que encerro mais um ciclo, partindo para o mundo com a certeza que cresci como pessoa e como estudioso do direito. Este TCC é apenas mais uma demonstração disso.

RESUMO

O artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é o principal dispositivo legal sobre a responsabilização pessoal de agentes públicos por decisões ou opiniões técnicas, dependendo de dolo ou “erro grosseiro”. O erro grosseiro presente no art. 28 da LINDB é um conceito jurídico indeterminado e foi necessário aos operadores e à doutrina preencher as lacunas conceituais. O Tribunal de Contas da União se mostrou protagonista em relação a este tema, com um número elevado de julgados e teses sedimentadas sobre o erro grosseiro se assemelhar à culpa grave. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade da Medida Provisória 966/2020 desenvolveu uma tese sobre a responsabilização pessoal dos agentes públicos muito diferente da que vinha sendo aplicada pelo TCU por quase 2 anos, entendendo que erro grosseiro é aquele cometido sem se observar os princípios de precaução e prevenção. O objetivo desta monografia é identificar e confrontar os entendimentos jurídicos adotados pelo STF e pelo TCU sobre a responsabilização de agentes públicos, para, então, analisar as diferenças entre os dois. Será feita uma análise sistemática da jurisprudência do TCU sobre o tema, já que o tribunal tem um número elevado de julgados, para então ser comparada com a tese desenvolvida STF nas ADI’s da MP 966.

Palavras-chave: erro grosseiro, culpa grave, precaução e prevenção, STF, TCU.

ABSTRACT

The Article 28 of the Law for the Introduction to the Rules of Brazilian Law (“Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro” – “LINDB”) is the main legal provision on the personal liability of public agents for decisions or technical opinions, depending on intent or “gross error”. The gross error present in article 28 of LINDB is an indeterminate legal concept and it was necessary for legal operators and doctrine to fill in the conceptual gaps. The Federal Court of Accounts (“Tribunal de Contas da União” – TCU) has shown itself to be a protagonist in relation to this issue, with a high number of judgments and established theses about gross error being similar to serious guilt. However, the Supreme Federal Court (“Supremo Tribunal Federal” – “STF”), within the scope of the joint judgment of the Direct Actions of Unconstitutionality of Executive Order 966/2020, developed a thesis on the personal liability of public agents very different from that which had been applied by the TCU for almost 2 years, understanding that gross error is one committed without observing the principles of precaution and prevention. The objective of this study is to identify and compare the legal understandings adopted by the STF and the TCU on the personal accountability of public agents, and then analyze the differences between the two. A systematic analysis of the TCU jurisprudence on the subject will be made, since the court has a high number of judgments, to then be compared with the thesis developed by the Supreme Court in the ADI's of Executive Order 966/2020.

Keywords: gross error, gross fault, precaution and prevention, STF, TCU.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. Análise legislativa e posição dominante do STF.....	10
1.1 A LINDB, a Lei nº 13.655/2018 e o Decreto nº 9.830/2019	10
1.2 Pandemia da COVID-19: Medida Provisória 966 e a atuação do STF.....	15
2 POR QUE O TCU É PROTAGONISTA NAS ANÁLISES DO ART. 28 DA LINDB, RECORTES DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA E POSICIONAMENTOS MAJORITÁRIOS.....	21
2.1 O que torna o TCU protagonista na aplicação do art. 28 da LINDB	22
2.2 Pesquisa de jurisprudência do TCU: recortes e limites	24
2.3 Entendimentos majoritários e enunciados de jurisprudência do TCU	29
3 RESULTADOS DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA E ANÁLISE DOS RESULTADOS SOB A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA E DOS JULGADOS DO STF	35
3.1 Análise dos dados	35
3.2 O erro grosseiro do art. 28 da LINDB para o TCU	38
3.3 Análise das posições do TCU sob a luz da doutrina especializada e do julgamento das ADI's da MP 966	41
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O norte jurídico da responsabilização do agente público pelos atos praticados no exercício de sua função é encontrado no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657¹, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), introduzido pela Lei nº 13.655/2018. Trata-se do primeiro passo para se determinar a responsabilidade, em sua noção mais ampla, antes de especificar a natureza desta, podendo ser civil, administrativa ou penal. O referido artigo condiciona a responsabilização de um agente público por suas decisões e opiniões técnicas a casos de “dolo ou erro grosseiro”. Não parece restar dúvidas quanto ao primeiro caso, isto é, quando o agente público age dolosamente em sua decisão ou opinião técnica, tendo plena consciência do ato e suas consequências. Já sobre os casos da segunda hipótese do artigo, há uma divergência entre as duas das principais cortes do país, que deve ser analisada com a devida atenção.

O termo “erro grosseiro”, utilizado no art. 28 da LINDB, trata de um caso típico de conceito jurídico indeterminado, cabendo à doutrina e jurisprudência suprirem as lacunas deixadas pelo legislador. O Supremo Tribunal Federal (STF) e o Tribunal de Contas da União (TCU) são os protagonistas nas questões referentes à responsabilização dos agentes públicos, o primeiro por ser a Suprema Corte do país, e o segundo pelo número elevado de julgados, graças a sua competência. No entanto, as cortes citadas possuem entendimentos muito diferentes quanto às definições do erro grosseiro citado no art. 28 da referida Lei, o que pode gerar grave insegurança jurídica.

Desse modo, o problema do presente Trabalho de Conclusão de Curso é: “como se interpreta o art. 28 da LINDB pelo TCU e quais as principais diferenças do tratamento do STF?”.

A tentativa do Congresso em regulamentar o art. 28 da LINDB em sua reforma, pela Lei nº 13.655/2018 (chamada informalmente de Lei da Segurança Jurídica²), não conseguiu delimitar de maneira satisfatória os requisitos necessários para a responsabilização pessoal do agente público. Coube, assim, aos dois

¹Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”.

²DE PALMA, Juliana. **A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas**. SBDP, 2019. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2021.

tribunais supracitados o trabalho de construir e aplicar teses, distintas entre si, daquela proposta inicialmente pelo Legislativo e, posteriormente, pelo Executivo, com o Decreto nº 9.830/2018, como se verá no tópico a ser abordado a seguir.

Os objetivos do presente estudo são, portanto, identificar e confrontar os entendimentos jurídicos adotados pelo STF e pelo TCU sobre a responsabilização de agentes públicos, para, então, analisar as diferenças entre os dois. Para tanto, é necessário: (i) identificar as teses predominantes na jurisprudência os órgãos supracitados; e (ii) comparar os dois entendimentos sob a luz da doutrina especializada.

Como metodologia, esta pesquisa necessitará de análise bibliográfica da doutrina de direito administrativo e direito civil para que se possa entender melhor os recortes da responsabilização dos agentes públicos, ou seja, as teses para identificar o que seria o “erro grosseiro” do novo art. 28 da LINDB. Portanto, esta análise servirá como base teórica das próximas etapas. A parte central do trabalho contará com uma análise sistemática da jurisprudência do TCU, onde se encontra a maior parte dos julgados sobre a responsabilização de agentes públicos após a nova redação do art. 28 da LINDB, em 2018, para analisar estes dados e identificar os tratamentos jurídicos quanto ao tema e confrontá-los com as recentes posições adotadas pelo STF. A partir daí, analisar-se-ão os referidos tratamentos, à luz da doutrina especializada, para identificar as principais inconsistências e gargalos de cada posicionamento.

Desse modo, no primeiro capítulo deste trabalho, será feita uma breve recapitulação histórica e jurídica da responsabilidade dos agentes públicos, da importância desse tema para um Estado Democrático de Direito, bem como identificar-se-ão as posições dominantes no STF. Já no segundo capítulo, será feita uma análise sistemática da jurisprudência do TCU e seus entendimentos dominantes, após entender sobre o órgão e porque há um número tão grande de julgados. Por fim, no terceiro capítulo, serão apresentadas bases teóricas para se entender quais as limitações dos entendimentos oferecidos por cada Corte e, então, será feita uma comparação crítica das duas posições identificadas e analisadas.

1. Análise legislativa e posição dominante do STF

Neste primeiro capítulo, será abordada a importância das mudanças na LINDB, em 2018, para a busca da segurança jurídica e previsibilidade operacional dos gestores públicos.

Buscar-se-á entender que a Lei nº 13.655/2018 não se propôs a ser nem é um salvo conduto geral para os ordenadores de despesa, e que todo o esforço legislativo veio no sentido de firmar o entendimento de que a Administração Pública necessita atuar por tentativa e erro, e que é preciso reconhecer essa premissa para que se gere um ambiente estimulante para o gestor honesto e inovador.

Em seguida, será feito um histórico das mudanças da LINDB até os dias atuais, com inserção do art. 28 com a Lei 13.655/2018 e a regulamentação do Decreto nº 9.830/2019. Depois, será analisada a MP 966 e sua apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento será, mais tarde, confrontado com os posicionamentos majoritários do Tribunal de Contas da União.

1.1 A LINDB, a Lei nº 13.655/2018 e o Decreto nº 9.830/2019

Um dos pilares de um Estado Democrático de Direito é a possibilidade de prestação de contas, e a responsabilização dos agentes do Estado pelos danos causados à sociedade ou aos cidadãos. A responsabilidade do Estado representa um grande avanço contra as arbitrariedades e injustiças dos modelos autoritários que existiram ao longo da história, os quais gozavam, muitas vezes, de total impunidade.

É interessante que, no âmbito de um Estado moderno, haja instituições de controle dos atos administrativos, além de métodos de autotutela da própria Administração. No Brasil, os principais órgãos de controle externo da administração são o Ministério Público, o poder Legislativo e o Tribunal de Contas da União. A Constituição de 1988 conferiu poderes inéditos às três instituições supracitadas, demonstrando uma clara preocupação com o repúdio às arbitrariedades e brutalidades vividas durante a ditadura militar. No entanto, essa preocupação se mostrou desmedida, com métodos de controle deixando de ser eficientes, na medida em que simplesmente paralisaram o gestor público, que passou a ter medo de

decidir algo e ser responsabilizado depois por qualquer resultado minimamente negativo³.

Portanto, com o Projeto de Lei do Senado nº 349, de 2015, buscou-se centralizar as disposições sobre responsabilização pessoal de agentes públicos. A partir deste PL, foi editada a Lei nº 13.655/2018, que alterou o Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB), introduzindo o art. 28, objeto central deste estudo. A ideia de se mudar a LINDB foi acertada, pois esta Lei não regula um campo específico do direito, como os códigos civil, penal ou tributário, mas, sim, guia a própria aplicação e interpretação de todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro. Conforme ensinamento do professor Cristiano Chaves de Rosenvald, a LINDB se propõe a estabelecer parâmetros gerais para a elaboração, vigência e eficácia das leis, além da interpretação, integração e aplicação das próprias normas jurídicas. Portanto, não se limita aos contornos do direito civil, mas sim a toda e qualquer norma legal, de qualquer natureza⁴.

Assim, como se busca centralizar as hipóteses de responsabilização pessoal, antes de se adentrar na espécie da sanção (civil, administrativa ou penal), parece adequado que estas previsões se concentrem na LINDB, devido ao seu caráter de parâmetro interpretativo e orientativo das demais normas.

É importante lembrar que algumas leis já fixavam, antes da Lei nº 13.655, regras sobre culpabilidade de certas categorias de agentes públicos, como o art. 38, § 2º, da Lei nº 13.327/2016⁵, que dispõe sobre responsabilização de advogados públicos e outras carreiras jurídicas, e o art. 49 da Lei Complementar nº 35/1979⁶, que trata da responsabilização civil de magistrados. No âmbito da Administração Pública, os tribunais judiciais e de contas do país se utilizavam do art. 37, §6º, da

³ Neste sentido, ver RITTNER, Daniel. **O apagão de canetas dos agentes públicos**. ABAR, 2 de agosto de 2018. Disponível em: <https://abar.org.br/valor-o-apaga%CC%83o-de-canetas-dos-agentes-publicos/>. Acesso em: 08 dez. 2021

⁴FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2020.

⁵“Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas; § 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.”

⁶“Art. 49 - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.”

Constituição Federal⁷, e art. 186 do Código Civil⁸ para fixar a responsabilização de agentes públicos antes das mudanças da LINDB.

Porém, houve esse esforço do legislador em centralizar as previsões de responsabilidade pessoal do agente público, que vem de um movimento para se evitar o que a boa doutrina caracterizou de “apagão das canetas”⁹. Esse fenômeno é o medo que os gestores têm de tomar qualquer decisão relativamente importante, pois podem responder pessoalmente, com o próprio CPF, por eventuais consequências negativas. Isso acaba com qualquer possibilidade de uma Administração Pública inovadora e criativa e torna os custos de transação da gestão da coisa pública altos demais. Como é esclarecido na seguinte contribuição do professor Fernando Vernalha Guimarães:

O administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Ele não quer mais correr riscos. Desde a edição da Constituição de 88, que inspirou um modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do gestor público, assistimos a uma crescente ampliação e sofisticação do controle sobre as suas ações. Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de crise da ineficiência pelo controle: acudados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente. Como consequência inevitável da retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública.¹⁰

⁷Art. 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.”

⁸Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

⁹RITTNER, Daniel. **O apagão de canetas dos agentes públicos**. ABAR, 2 de agosto de 2018. Disponível em: <https://abar.org.br/valor-o-apaga%CC%83o-de-canetas-dos-agentes-publicos/>. Acesso em: 08 dez. 2021

¹⁰GUIMARAES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Direito do Estado. 31.01.2016. 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: 08 dez. 2021.

Portanto, ao estudar este tema, deve-se pensar não em um “salvo-conduto geral para os gestores públicos”¹¹, mas sim em uma tentativa de previsibilidade para os gestores bem-intencionados, sem deixar de exercer o controle para os mal-intencionados e aqueles que não trataram a coisa pública com o devido respeito.

Segundo a professora Vera Monteiro, o fracasso faz parte do processo de inovação. Apenas o fracasso derivado de descuido, má gestão, desonestidade ou fraude deve gerar responsabilidade pessoal do gestor público¹².

Assim, a responsabilização pessoal do agente público, na ótica da legislação brasileira, tem como principal regra o art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), onde é disciplinada a necessidade de “dolo ou erro grosseiro”. A redação atual do referido artigo foi dada pela Lei nº 13.655/2018, que reformou diversos pontos da LINDB visando à segurança jurídica, e, desde sua promulgação, vem gerando sérias discussões na doutrina e na jurisprudência sobre qual seria a definição exata desse “erro grosseiro” presente no artigo 28.

O projeto de lei que deu origem à Lei nº 13.655 trazia alguns parágrafos ao art. 28 e, entre eles, o §1º, que afirmava não configurar 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.

Nota-se uma clara tentativa do legislador de fornecer alguma definição ao termo “erro grosseiro”, nem que seja delimitando o que não se encaixaria em seu significado. Toda essa lógica contribui com a ideia de que o “PL da Segurança Jurídica” visava oferecer uma proteção ao gestor honesto e bem-intencionado, que não merece ser responsabilizado se seus atos resultarem em algum cenário negativo. Essa posição é fortemente defendida pela doutrina abaixo representada pela professora Juliana de Palma:

O PL da Segurança Jurídica foi construído tendo em vista o gestor público honesto. Trata-se de um ponto de partida diametralmente oposto das leis de controle – em grande medida, o rigor dos textos se justifica pelo fato de terem sido escritos com o agente ímprobo em mente. A lei precisa recompensar os comportamentos de honestidade como medida de incentivo

¹¹DE PALMA, Juliana; ROSILHO, André. **Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB**. Revista da CGU, 27.05.2021. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/386. Acesso em: 08 dez. 2021.

¹²MONTEIRO, Vera. **Gestor Público pode errar**. JOTA, 23.07.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/gestor-publico-pode-errar-23072019>. Acesso em 10 nov 2021.

para que se mantenha o padrão ético na gestão pública. Este PL é um primeiro passo nesse sentido ao fazer a necessária dissociação entre gestores públicos honestos e desonestos; para estes, toda a sistemática de controle se verifica integralmente para que seja pessoalmente responsabilizado. Basicamente, a tutela do gestor público honesto está sedimentada em duas frentes: (i) depositar confiança na pessoa do gestor – por essa razão ele não será pessoalmente responsabilizado, mas sua ação poderá ser corrigida (recompensa) e (ii) conferir segurança para que ele efetivamente decida do melhor modo possível na sua avaliação técnica, podendo inovar na gestão pública e mesmo contrariar os entendimentos controladores, desde que fundamentadamente.¹³

No entanto, o então Presidente da República, Michel Temer vetou o referido parágrafo, expondo, nas razões enviadas ao Congresso, que "a busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica" e o dispositivo, tal qual escrito, abre margem para "discricionabilidade ao administrador em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica". O Congresso não derrubou o referido veto e os parágrafos do art. 28 seguiram excluídos do texto final da LINDB.

Somente após um ano, em 2019, foi editado o Decreto nº 9.830, já no governo federal sob o comando do atual presidente, Jair Bolsonaro. O referido decreto buscou regulamentar as novas disposições da LINDB, acrescentadas pela Lei nº 13.665/2018. No que diz respeito a este estudo, tem-se o art. 12 do decreto, que claramente trata do art. 28 da LINDB, e explora o conceito e as possibilidades de enquadramento dos agentes públicos no "erro grosseiro". Pode-se afirmar, desde logo, que foi uma decisão acertada do Poder Executivo, que realmente influenciou as decisões e entendimentos em relação ao conceito jurídico indeterminado em tela. O art. 12, §1º, do Decreto nº 9.830/2019, institucionaliza uma posição que já era dominante no TCU, a ser tratada no próximo capítulo, ao assemelhar o erro grosseiro à culpa grave¹⁴, demonstrando uma convergência entre o governo federal e a Corte de Contas, sendo interessante notar que o Executivo se mostrou atento às decisões do TCU.

A regulamentação do governo federal foi aplaudida por boa parte da doutrina, já que buscou, além de definir o que seria a culpa grave, conceituar, também, o que não se enquadra nesse conceito, fornecendo um cenário muito mais seguro e

¹³DE PALMA, Juliana. **A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas**. SBDP, 2019. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2021.

¹⁴"§1º Considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia."

previsível para os ordenadores de despesa. Segundo Rodrigo Vêras, no trecho do artigo abaixo:

Na regulamentação procedida pelo Decreto 9.830/2019, no art. 12 e parágrafos, o erro grosseiro, além de estar associado à culpa grave, é caracterizado por elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia (art. 12, § 1º), igualmente tanto o dolo como o erro grosseiro demandam a comprovação, nos autos do processo, de circunstâncias fáticas que os caracterizem (art. 12, § 2º). Não basta o mero nexos causal, exige-se dolo ou erro grosseiro (art. 12, § 3º). A complexidade da matéria e o plexo de atribuições devem ser considerados para fins de responsabilização (art. 12, § 4º). A vultosidade do dano não é suficiente para caracterização do erro grosseiro ou dolo (art. 12, § 5º), impossibilidade de automática responsabilização por opinião técnica, salvo erro grosseiro, dolo ou conluio (art. 12, § 6º). A culpa in vigilando também deve ser aferida com a concomitância de erro grosseiro ou dolo (art. 12, § 7º). O agente deve atuar de modo diligente e eficiente (art. 12, § 8º).¹⁵

Importante lembrar que, mesmo ajudando a afastar a insegurança jurídica que pairava sob as decisões acerca do erro grosseiro do art. 28 da LINDB, o Decreto nº 9.830/2019 ainda deixou algumas lacunas. Foram usados termos vagos e genéricos, descrevendo-se o erro grosseiro como aquele “manifesto, evidente e inescusável”, deixando uma grande margem de discricionariedade para os operadores da Lei. É possível identificar no referido Decreto uma continuidade da intenção que o legislador teve na edição da Lei nº 13.655/2018, isto é, criar uma proteção para o administrador que age com boa-fé e atenção, mas ainda há muito a ser percorrido para que a legislação realmente reflita este desejo.

1.2 Pandemia da COVID-19: Medida Provisória 966 e a atuação do STF

Mais tarde, já no contexto da pandemia do “novo” coronavírus, o governo do presidente Jair Bolsonaro tentou, mais uma vez, definir o termo presente no art. 28 da LINDB no que pareceu ser uma nova tentativa de fornecer maior segurança jurídica à atuação dos gestores públicos e ordenadores de despesa na gestão de uma pandemia sem precedentes no último século. Assim, foi editada a Medida Provisória nº 966/2020, que versava especificamente sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Apesar da MP ser expressa em afirmar que esta definição vale apenas

¹⁵SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo** [livro eletrônico]: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. Rodrigo Valgas dos Santos. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

para os fins dos dispostos no próprio texto da medida, a jurisprudência entendeu a norma como mais uma tentativa para pôr um fim à insegurança do tema da responsabilização dos agentes públicos, mesmo repetindo os exatos dizeres do art. 12, §1º, do Decreto nº 9.830/2019.

Antes da Medida Provisória nº 966/2020, o Supremo Tribunal Federal já havia se posicionado a favor do art. 28 da LINDB. Em algumas decisões, como a citada a seguir, a Corte entendeu que tentar limitar as hipóteses de responsabilização de agentes públicos confere segurança jurídica ao exercício das atividades da Administração Pública como um todo admitindo que a relevância dos graus de culpa ganhou destaque com a Lei 13.655/18, que introduziu o artigo 28 na LINDB. Para os ministros, ao restringir a responsabilização pessoal do agente público aos casos ‘de dolo ou erro grosseiro’, a LINDB visou conferir segurança jurídica para o agente público na tomada de decisão, evitando a presença de um temor excessivo em ser pessoalmente responsabilizado no exercício da função pública¹⁶.

Já havia decisões semelhantes do Superior Tribunal de Justiça desde 1999, no sentido de que a lei deveria alcançar o “administrador desonesto, mas não o inábil, despreparado, incompetente ou desastrado”¹⁷. Apesar de não tratar especificamente sobre o art. 28 da LINDB, claramente há uma convergência de entendimentos dos Tribunais Superiores sobre a responsabilização dos agentes públicos.

No entanto, no âmbito do STF, nenhuma decisão foi tão enfática quanto o julgamento coletivo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade envolvendo a MP 966/2020. No julgamento das ADI’s 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431, o STF decidiu pela constitucionalidade da referida MP e, de maneira sub-reptícia, do art. 28 da LINDB, inserido pela Lei 13.655/18. Isso porque, apesar de referido artigo não ser objeto das ações de controle em tela, não é necessário muito esforço para se notar que o texto da MP 966 não inovou o ordenamento jurídico, sendo claramente inspirada no art. 28 da LINDB, no art. 12, §1º, do Decreto nº 9.830/2019, no art. 37, §6º, da Constituição. Aliás, a Medida foi duramente criticada por boa parte da doutrina e agentes da jurisprudência, por entenderem que ela era desnecessária,

¹⁶STF - AgR MS: 35196 DF - DISTRITO FEDERAL 0010491-84.2017.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 12/11/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-022 05-02-2020

¹⁷STJ – Resp 213.994-0/MG, 1a Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU DE 27-09-1999.

com os dispositivos normativos supracitados sendo suficientes para sanar as questões referentes à gestão da crise provocada pela pandemia de COVID-19.

Até mesmo os próprios ministros do STF, ao longo da decisão, referenciavam o texto da LINDB quando travavam do erro grosseiro disposto nos artigos 1º e 2º da MP¹⁸. De uma maneira mais ampla, colocaram a referida lei em seu devido lugar: como uma lei geral de hermenêutica, devendo ser parâmetro para interpretar e aplicar outras leis em casos concretos. Isso fez com que a doutrina entendesse que também foi referendada a constitucionalidade e que os mesmos entendimentos poderiam ser usados para o art. 28 da LINDB em casos adequados¹⁹. Ademais, também entenderam que a LINDB se aplica em todas as relações envolvendo o Poder Público, inclusive no controle, que devem observar as regras da LINDB e não podem construir interpretações jurídicas criativas que mitiguem o alcance de seus preceitos²⁰. As teses a seguir foram fixadas pelo ministro Luis Roberto Barroso, sede do julgamento conjunto das ADI's referentes à MP 966/2020:

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 científico 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.”²¹

Como se vê, o ministro tentou, de forma ampla e genérica, definir o conteúdo do conceito de “erro grosseiro” presente no art. 1º da MP, mas também no art. 28 da LINDB. Desse modo, entende-se que a posição da corte é a de que a conduta que

¹⁸ “A MP no 966/2020 dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos, por ação e omissão pertinentes a atos relacionados com a pandemia da COVID-19. O art. 28 da LINDB, com a redação dada pela Lei 13.655/2018, trata, de forma mais ampla, da responsabilidade geral do agente público por decisões ou opiniões técnicas. Os art. 12 do Decreto 9.830/2019 regulamenta a LINDB, tratando da caracterização de erro grosseiro, e o art. 14 versa sobre a ação de regresso do Poder Executivo perante o agente público que tenha gerado dano ao erário.” STF - ADI: 6421 DF 0092667-18.2020.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 21/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/11/2020

¹⁹SUNDFELD, Carlos Ari. JORDÃO, Eduardo. *et al.* **Surpresa positiva no STF no julgamento da MP 966**. JOTA, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento--da-mp-966-21052020>. Acesso em: 08 dez. 2021.

²⁰*Ibidem*.

²¹STF - ADI: 6421 DF 0092667-18.2020.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 21/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/11/2020

ensejar violação dos direitos elencados por inobservância de critérios técnico-científicos ou dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção gera a configuração do erro grosseiro.

No entanto, o STF claramente tentou oferecer uma maior previsibilidade para os gestores públicos honestos durante a pandemia, em que todos os problemas eram sempre urgentes e sem base científica muito bem definida e sedimentada, gerando um medo muito grande de responsabilização mesmo com as melhores intenções em mente. Tal posicionamento não surpreende, sendo na linha dos julgados citados da corte e pelo STJ, como já mencionado anteriormente, com os dois órgãos concordando com a proteção ao gestor público honesto sem prejuízo a um sistema de controle amplo e rigoroso. Desse modo, foi conferida uma interpretação conforme a Constituição para os dois primeiros artigos da MP 966/2020 para validar os referidos posicionamentos, ou seja, atribuiu-se um dos possíveis sentidos extraídos da interpretação do texto da norma como o mais adequado à Constituição. Esse tipo de interpretação, de acordo com os professores Luis Roberto Barroso e Ana Paula Barcelos:

A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constituição dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação “corretiva” que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo.”²²

Em uma primeira análise, parece tratar-se de critérios brandos, pois é relativamente fácil ao administrador provar que, mesmo diante de resultados adversos, agiu-se com base em critérios técnico-científicos e observaram-se os princípios de precaução e prevenção. No entanto, essa decisão do STF também foi duramente criticada por parte da doutrina, que entende que os critérios adotados

²²BARROSO, Luís Roberto; e BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História:** a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf. Acesso em: 8 dez. 2021.

pela corte para tentar delimitar o conceito indeterminado da MP e da LINDB foram igualmente indeterminados, não ajudando na insegurança jurídica que pode nascer de seus termos. É o exemplo do professor José dos Santos Carvalho Filho, no trecho do artigo a seguir:

Com a devida vênia ao Ministro Relator, os elementos de configuração do erro grosseiro impostos pela decisão são tão fluidos e imprecisos quanto os aspectos invocados pelo legislador para o mesmo fim. Isso é fácil de comprovar. A pandemia do novo coronavírus ainda não deu mostras de certeza alguma quanto a standards, normas e critérios. Ao contrário, o cenário tem produzido total insegurança na sociedade e opiniões divergentes de especialistas. Os governantes, por sua vez, agem segundo os critérios em que acreditam, alguns deles mais científicos, outros mais empíricos, de modo que não é raro deparar com políticas diametralmente opostas e contraditórias. O problema social hoje vive somente diante do dilema sobre se deve prevalecer o isolamento social ou a flexibilização de atividades.²³

O posicionamento do doutrinador levanta interessantes críticas aos critérios traçados pelo STF, sobretudo em áreas eminentemente imprevisíveis, como a saúde pública, em um contexto tão delicado como uma pandemia. Nessa mesma esteira, Rodrigo Valgas entende que os princípios da prevenção e da precaução são muito amplos, tornando quase impossível ao gestor público decidir com segurança, já que, muitas vezes, o principal é uma decisão urgente e eficaz.²⁴

De qualquer sorte, o posicionamento do STF, consubstanciado no julgamento das ADI's envolvendo a MP 966, é o de proteger o administrador honesto e admitir sua falibilidade, considerando que são seres humanos ocupando os cargos. Vale lembrar, no entanto, que isso não prejudica o atual sistema de controle e responsabilização ao agente público, apenas limita sua incidência.

Assim, após as tentativas do Congresso e do Governo Federal para resolver a questão da indeterminação e vagueza do artigo, coube não somente ao STF, mas também ao TCU, apresentar suas conclusões sobre o conceito do erro grosseiro do art. 28 da LINDB na condição de operador do direito. Infelizmente, como será abordado no próximo capítulo deste estudo, essas conclusões foram bem divergentes. Isto apenas corrobora a impressão inicial – e que serviu de motivação

²³FILHO, José dos Santos Carvalho. **Afinal, o que é o erro grosseiro?** Gênero Jurídico, 22.06.2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/06/22/o-que-e-erro-grosseiro/#_ftnref7. Acesso em: 10 nov. 2021.

²⁴SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo** [livro eletrônico]: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos / Rodrigo Valgas dos Santos. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

para o presente trabalho – de que o tema ainda está longe de ser pacificado, principalmente quando os órgãos que são protagonistas na discussão, já que eles promovem a efetiva responsabilização dos agentes públicos no âmbito judicial e administrativo, traçam caminhos tão diferentes.

Desse modo, os limites do que realmente seria passível de responsabilidade do agente público ainda assim não ficaram claros. Antes de definir sobre qual espécie de responsabilidade (administrativa, civil ou penal), é necessário se delimitar, expressamente e sem conceitos indeterminados ou abstratos, até onde o agente público pode ir sem sofrer responsabilização pessoal por isso.

A análise supracitada é de suma importância para uma atuação eficiente da Administração Pública. O pior dessa indecisão é o fato de desfavorecer, principalmente, os agentes e gestores bem-intencionados e honestos, que atuam dentro da legalidade e visam a mesma, mas que, muitas vezes, acabam não tomando decisões ou propondo novas políticas públicas por temor de responsabilização. A falta de previsibilidade das consequências das decisões unidas a uma atuação implacável dos Tribunais de Contas sem dúvidas são um incentivo a uma atuação medíocre dos gestores e agentes públicos, que temem que as mínimas ações gerem efeitos rebotes catastróficos.

Por fim, vale lembrar que o “erro grosseiro” a ser analisado e discutido é um conceito jurídico indeterminado, ou seja, uma expressão que não confere, em si própria, a exatidão prévia de qual situação concreta se pretende abarcar. De acordo com Carvalho Filho, os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles contidos em normas jurídicas e que não têm exatidão em seu sentido, permitindo que o intérprete possa atribuir significado mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma²⁵.

Desse modo, não há o tribunal “certo” e o “errado”, apenas diferentes interpretações acerca dos limites da expressão “erro grosseiro” e quais situações fáticas ela abarca. Com tudo isso em mente, pode-se partir para a análise mais detalhada dos entendimentos do TCU.

²⁵FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. Gen/Atlas, 34ª ed., 2020, pág. 60.

2 POR QUE O TCU É PROTAGONISTA NAS ANÁLISES DO ART. 28 DA LINDB, RECORTES DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA E POSICIONAMENTOS MAJORITÁRIOS

Neste capítulo, serão analisadas as posições do Tribunal de Contas da União (TCU) acerca do art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (LINDB). Como se verá a seguir, as cortes possuem conclusões bem diferentes acerca da responsabilização pessoal dos agentes públicos pelo “erro grosseiro” constante no art. 28 da LINDB.

Enquanto o STF adota um posicionamento bem mais brando, exigindo a adequação da decisão aos princípios da precaução e prevenção, o TCU adota entendimentos mais restritivos ao gestor público, com o acórdão paradigma deste dispositivo, assemelhando o termo do art. 28 à culpa grave do direito civil ou ao que se espera do “administrador médio”, figura criada pela Corte, que será mais explorada a seguir.

Cabe lembrar que o TCU foi bem resistente ao projeto de alteração da LINDB, entendendo as novas redações, sobretudo dos artigos 22 e 28, como um entrave a sua atuação. Como foi apontado por Danielle de Oliveira Nunes:

Enquanto era debatida, a proposta que resultou na Lei 13.655/2018 recebeu pesadas críticas, especialmente de órgãos de controle. Um de seus maiores opositores foi o Tribunal de Contas da União. O TCU a classificou como “profundamente preocupante, de cunho fortemente desfavorável aos órgãos de controle”, defendendo que não poderia ser responsabilizado pela alegada insegurança jurídica. De fato, em parecer sobre o tema, a Consultoria Jurídica do Tribunal eximiu a Corte de qualquer responsabilidade pela insegurança jurídica que motivou a proposta, acusando-a de representar um “afrouxamento das regras de responsabilização de agentes públicos.”²⁶

Como se verá a seguir, pode-se dizer que o Tribunal adotou os novos artigos em suas decisões, com um crescimento significativo de citações aos novos artigos a cada ano, além dos quinze Enunciados de Jurisprudência produzidos pelo tribunal só com base no art. 28.

²⁶NUNES, Danielle de Oliveira. **TCU resiste em aplicar inovações feitas pela LINDB**. Consultor Jurídico, 05.01.2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-05/daniele-nunes-tcu-resiste-aplicar-inovacoes-feitas-lindb#sdendnote1sym>. Acesso em: 10 nov. 2021.

Desse modo, primeiro serão expostos algumas características e dados importantes sobre o TCU que ajudarão a entender por que esta Corte é protagonista na questão analisada por esse trabalho. Após, será explicada a metodologia da pesquisa de jurisprudência realizada, como se deu seu recorte e quais foram as dificuldades. Em seguida, serão apresentados os posicionamentos dominantes da Corte de Contas, com acórdãos paradigma e enunciados de jurisprudência. Por fim, serão traçadas algumas conclusões sobre os achados da pesquisa antes de se comparar os entendimentos do STF e TCU sob a luz da doutrina.

2.1 O que torna o TCU protagonista na aplicação do art. 28 da LINDB

O Tribunal de Contas da União, disciplinado pelo art. 71 da Constituição Federal e pela Lei nº 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU – LOTCU), tem como principal função da corte auxiliar o Congresso Nacional no controle externo da fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da União.

Em alguns casos, o TCU tem atuação bem restringida pela Constituição, como, por exemplo, nas contas da Presidência da República, em que a Corte apresenta apenas um parecer a ser apreciado e decidido pelo Congresso. No entanto, há muitas ocasiões, listadas na sua Lei Orgânica, que conferem ao TCU um poder singular no controle de contas públicas, se comparado aos seus equivalentes em outros países, sobretudo nos modelos europeus, dos quais o Brasil claramente se inspirou na modelagem de seu sistema de fiscalização²⁷.

Ao que interessa a este estudo, tem-se o disposto no art. 71, II, da CRFB (e no art. 1º, I, da LOTCU)²⁸ e do art. 5º, I da LOTCU²⁹, que confere ao TCU legitimidade para julgar e aplicar sanções a todos os administradores e demais responsáveis por qualquer verba pública federal. Isso inclui – e foi uma grande parte

²⁷CARVALHO, Fábio Lins de Lessa.; RODRIGUES, Ricardo Schneider. **O tribunal de contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo.** Revista de Direito Administrativo e Constitucional da CAPES, em 16.02.2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/844>. Acesso em: 09 dez. 2021.

²⁸“julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário”

²⁹“Art. 5º A jurisdição do Tribunal abrange: I - qualquer pessoa física, órgão ou entidade a que se refere o inciso I do art. 1º desta Lei, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária;”

dos julgados – ordenadores de despesa municipais cujo Município recebeu algum tipo de auxílio financeiro federal. Logo, o TCU tem competência e dever de julgar as contas de todos os 5.570 municípios do Brasil, caso recebam verbas federais para executar alguma política pública.

Assim, pode-se concluir que, para sofrer alguma sanção pela Corte de Contas, o ordenador de despesa ou responsável pela verba deve ter praticado um ato ilícito na gestão dos recursos, um nexo de causalidade entre o ato cometido pelo agente e o resultado negativo apresentado e presença de dolo ou culpa, tendo em vista o caráter subjetivo da responsabilidade dos agentes públicos, presente em dispositivos como o art. 37, §6º da Constituição, por exemplo. Esse entendimento é pacífico na referida Corte e bem explicado no trecho do acórdão a seguir, de relatoria do ministro André de Carvalho:

686. A jurisprudência desta Corte de Contas também entende que a responsabilização perante essa Corte de Contas deriva de competência conferida pela Constituição Federal de 1988, a qual prevê aplicar sanções aos responsáveis em casos de ilegalidade ou irregularidade em atos administrativos sujeitos a sua jurisdição. Portanto, a responsabilidade nos processos de controle externo é decorrente de conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, do agente, e que resulte em transgressão à legislação aplicável (cf. Acórdãos 1.512/2015, 479/2010, 3.051/2008).

687. Nesse sentido, a responsabilização perante o TCU se fundamenta em três requisitos:

- a) prática de ato ilícito na gestão de recursos federais por agente sob a jurisdição do TCU;
- b) presença de dolo ou culpa, uma vez que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva;
- c) existência de nexo de causalidade entre a conduta do agente e o resultado negativo observado.³⁰

Além disso, há uma grande variedade de sanções que o TCU pode aplicar aos ordenadores de despesa que são alvos de seus processos. Nos termos de sua Lei Orgânica, o tribunal pode fixar responsabilização do âmbito administrativo e civil. As sanções administrativas são multas (art. 58 da LOTCU), inabilitação do agente para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública (art. 60 da LOTCU) e inidoneidade da pessoa física ou jurídica licitante, impedindo de participar de novos procedimentos licitatórios da

³⁰BRASIL. **Acórdão nº 2.959/2019**. Plenário, Tribunal de Contas da União, Relator: Min. ANDRÉ DE CARVALHO, julgado em 04.12.2019. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2959%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520. Acesso em: 08 dez. 2021.

Administração Pública Federal (art. 46 da LOTCU). Já a responsabilidade civil se dá com o ressarcimento do dano causado ao erário público (art. 19 da LOTCU) e multa de 100% do valor deste dano (art. 57 da LOTCU).

A avaliação da responsabilidade se dá, como regra geral, em processos de Tomadas de Contas Especial, que, de acordo com o próprio TCU:

(...) é um processo administrativo devidamente formalizado, com rito próprio, para apurar responsabilidade por ocorrência de dano à administração pública federal, com apuração de fatos, quantificação do dano, identificação dos responsáveis e obter o respectivo ressarcimento³¹.

Esse tipo de processo é o maior meio de responsabilização da Corte, representando 36% do total de processos apreciados no ano de 2020³².

Assim, pode-se concluir que o TCU possui uma vasta competência, tanto de agentes que estão sujeitos a seu julgamento quanto de sanções a serem aplicadas em caso de responsabilização. Esse motivo explica o número avassalador de casos sobre a responsabilização pessoal de agentes nos termos do art. 28 da LINDB, merecendo especial atenção ao se debruçar sobre julgados do tema. Isso reflete no fato que, de acordo com o relatório anual de atividades do TCU de 2020, a corte imputou a agentes públicos e privados um total de R\$ 5,2 bilhões em responsabilização³³.

2.2 Pesquisa de jurisprudência do TCU: recortes e limites

A base principal desta pesquisa consiste na análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. A seguir, serão explicitados os recortes feitos ao estudo, o que se excluiu e quais foram as dificuldades encontradas.

O objetivo da pesquisa consistiu em encontrar os acórdãos do TCU que: (i) citavam explicitamente o art. 28 da LINDB; (ii) utilizavam-se dele na decisão do caso

³¹Para mais informações, ver: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-e-controle/prestacao-de-contas/tomada-de-contas-especial/>

³²BRASIL. **Relatório Anual de Atividades do TCU 2020**. p. 69. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/99/64/46/8E/7298871003178887E18818A8/relatorio_anual_atividades_TCU_2020.pdf. Acesso em: 08 dez. 2021.

*O dado leva em conta todos os tipos de processos apreciados ao TCU, não apenas aqueles que podem resultar em responsabilização.

³³ *Ibidem*.

em questão; e (iii) conceituavam, no próprio acórdão ou citando definições de outros julgados, o “erro grosseiro” presente no art. 28.

Assim, não foram aceitos no universo de casos analisados aqueles que não enfrentavam diretamente estes 3 pontos, como acórdãos que citavam apenas um “erro grosseiro”, mas não o conceituavam e/ou não traziam, expressamente, o âmbito do artigo 28 da LINDB.

O termo inicial da pesquisa foi a partir da data de publicação do art. 28, ou seja, o dia 25 de abril de 2018. Como já foi explorado no capítulo anterior deste ensaio, não havia, antes da redação dada pela Lei nº 13.655, um dispositivo legal específico que tratasse da responsabilização pessoal do agente público, e a jurisprudência utilizava-se dos art. 37, §6º da Constituição Federal e o art. 186 do Código Civil. Como termo final, foi fixado o dia 30 de setembro de 2021, de modo que se pudesse analisar julgados já relativamente sedimentados na data de publicação deste estudo.

Para filtrar os julgados, foi preciso fixar um termo para pesquisar no *site* de buscas do TCU. Foram feitas três tentativas até se achar um conjunto de palavras que pareceu captar o maior número de julgados desejáveis para o estudo. Primeiro, se buscou “art. 28 erro grosseiro LINDB”, mas os resultados foram muito restritos, como se verá nas imagens a seguir. Em seguida, tentou-se pesquisar por “art. 28 erro grosseiro”, mas aconteceu o oposto da primeira tentativa, retornando um número inviável de acórdãos para se analisar manualmente, além de diversos acórdãos indesejados, mesmo que a primeiro olhar. Por fim, pesquisando os termos “art. 28 Lei Introdução Normas Direito Brasileiro erro grosseiro”, pareceu aparecer um número plausível de acórdãos e muitos alinhados com a busca desejada. Assim, foi utilizado o último termo citado para realizar a pesquisa. Abaixo, segue um comparativo dos termos buscados, na ordem citada:

Figura 1: Quantidade de acórdãos do TCU por ano



34



35



36

Após a escolha do último conjunto para realizar a pesquisa, pode-se notar algumas características do TCU:

- (i) alguns ministros abreviarem o Decreto-Lei 4.657 como “LINB”, ao invés de “LINDB”, o que retirava seus acórdãos do primeiro termo pesquisado, por exemplo;
- (ii) o artigo 28 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU) é o que autoriza a cobrança judicial das dívidas vencidas dos julgamentos da Corte, sendo citado todas as decisões em que há condenações, com os ministros já

³⁴Retirado do *site* do Tribunal de Contas da União ao se pesquisar o termo “art. 28 erro grosseiro lindb”. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/art.%252028%2520erro%2520grosseiro%2520lindb/DTRELEVANCIA%253A%255B20180426%2520to%252020210930%255D/%2520>. Acesso em: 08 dez. 2021.

³⁵Retirado do *site* do Tribunal de Contas da União ao se pesquisar o termo “art. 28 erro grosseiro”. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/art.%252028%2520erro%2520grosseiro/DTRELEVANCIA%253A%255B20180426%2520to%252020210930%255D/%2520>. Acesso em: 08 dez. 2021.

³⁶Retirado do *site* do Tribunal de Contas da União ao se pesquisar o termo “art. 28 erro grosseiro lindb”. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/art.%252028%2520Lei%2520Introdu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normas%2520Dir%2520Brasileiro%2520erro%2520grosseiro/DTRELEVANCIA%253A%255B20180426%2520to%252020210930%255D/%2520>. Acesso em: 08 dez. 2021.

deixando essa possibilidade em aberto caso o condenado não pague o que lhe foi imposto. Ademais, o TCU parece se utilizar dos termos “erro” e “grosseiro” de maneira bastante alheia ao art. 28 da LINDB. Isso justifica o número elevado de julgados do segundo termo pesquisado;

- (iii) independentemente dos termos pesquisados, o novo art. 28 da LINDB, definitivamente, foi utilizado pelo TCU, mesmo com as duras críticas durante a tramitação do projeto de lei que o originou. Ainda que as posições sejam criticáveis, como se verá mais a frente, o tribunal se debruçou e traçou parâmetros únicos para a caracterização do erro grosseiro, com dois acórdãos paradigmas bastante robustos e quinze Enunciados de Jurisprudência. Além disso, como já se viu, em 2019, o Executivo, ao editar o Decreto 9.830, acolheu o entendimento de que erro grosseiro equivale à culpa grave, movimento que começou no Acórdão nº 2.391/2018 de relatoria do ministro Benjamin Zymler.

Também foram retirados do espaço amostral do estudo os julgados de Embargos de Declaração, já que, como regra geral, não possuem efeito modificativo e apenas reiteram entendimentos firmados anteriormente. Naqueles casos, não se está analisando o art. 28 diretamente no acórdão, mas sim repetindo ou reiterando o que os ministros já haviam decidido no julgado embargado³⁷.

Além disso, acórdãos que apenas citam o artigo 28 da LINDB, mas não o utilizam na decisão propriamente dita, também foram desconsiderados. Isso porque o que se buscou com o estudo foi justamente entender como a Corte aplica o conceito adotado, não cabendo casos em que a definição de erro grosseiro não fazia parte da decisão dos ministros³⁸. De forma semelhante, foram descartados os acórdãos que fazem menção ao art. 28 da LINDB, mas não conceituam o erro

³⁷Como exemplos, tem-se os acórdãos 5315/2018 (disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A5315%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/1/%2520) e 938/2019 (disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A938%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/1/%2520). Acesso em: 08 dez. 2021.

³⁸Como exemplo, tem-se o Acórdão nº 2973/2019 (disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A2973%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/1/%2520). Acesso em: 08 dez. 2021.

grosseiro, apenas aplicando as sanções de acordo com a conduta realizada no caso específico, sem explicar qual o parâmetro de erro grosseiro utilizado³⁹.

Por fim, também foram retirados da amostra os acórdãos que apenas versavam sobre a responsabilização financeira por débito⁴⁰. O posicionamento do TCU sobre este tema é alvo de diversas críticas da doutrina especializada. Os ministros, através do voto condutor do Acórdão nº 2.391/2018, entenderam que a nova redação do art. 28 da LINDB não modificou os requisitos necessários para se fixar responsabilização financeira por débito causado por prejuízo ao erário. Como se pode ver a seguir:

146. Isso ocorre porque as alterações promovidas na LINB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.

147. O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer graduação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição.

148. Como regra, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar. A única exceção se dá quando houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano. Nesta hipótese, o juiz poderá reduzir, equitativamente, a indenização, nos termos do art. 944, parágrafo único, do Código Civil.

149. No presente caso, compreendo que o responsável agiu com culpa na consumação da irregularidade, não havendo nenhuma desproporcionalidade entre o seu grau de negligência, verificado no cometimento do ato inquinado, e o dano que causou ao erário."⁴¹

³⁹Como exemplos, tem-se os acórdãos 4019/2021 (disponível em:

[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/art.%252028%2520Lei%2520Introdu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normas%2520Direito%2520Brasileiro%2520erro%2520grosseiro/DTRELEVANCIA%253A%255B20210301%2520to%252020210930%255D/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/37/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/art.%252028%2520Lei%2520Introdu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normas%2520Direito%2520Brasileiro%2520erro%2520grosseiro/DTRELEVANCIA%253A%255B20210301%2520to%252020210930%255D/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/23/%2520) e 562/2021 (<a href=)).

⁴⁰Como exemplo, tem-se os acórdãos 467/2019 (disponível em:

[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2292%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A467%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520) e 2292/2019 (disponível em: [<a href=)]) Acesso em: 08 dez. 2021.

⁴¹BRASIL. **Acórdão nº 2.391/2018**. Plenário, Tribunal de Contas da União, Relator: Min. BENJAMIN ZYMLER, julgado em 17.10.2018. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520. Acesso em: 08 dez. 2021.

Além do julgado acima, foram editados três Enunciados de Jurisprudência só sobre esse tema, com base nos acórdãos 2768/2019, 5547/2019 e 11289/2021. Isso demonstra que é um entendimento consolidado no tribunal, já que os enunciados são criados após reiteradas decisões sobre o mesmo tema, e apesar de não terem força vinculativa, representam um posicionamento majoritário.

A doutrina entende que esse entendimento diminui significativamente o alcance do art. 28 da LINDB nos processos do TCU. A fixação de responsabilidade financeira por débito causado por dano ao erário é uma atribuição muito importante da Corte de Contas em questão, e manter a mesma posição – de que não há diferença da gradação de culpa para se responsabilizar o agente – diante das mudanças na LINDB apenas reforça a ideia de que o TCU está sendo muito restrito e indo na contramão do movimento que viu na nova redação da LINDB uma possibilidade de criar um ambiente de controle que valoriza e fornece previsibilidade ao gestor inovador e criativo e, ao mesmo tempo, pune aqueles que não dão o devido cuidado com a coisa pública.

Como exemplo desta corrente, tem-se Yasser Gabriel, que afirma que este entendimento precisa ser repensado, soando estranha a conclusão de que a culpa para o art. 22, §1º da LINDB, que demanda a consideração das circunstâncias práticas do caso, permita a desconsideração de uma gradação da culpa, excluindo o art. 28 do mesmo diploma da equação⁴².

Ainda assim, com todos os acórdãos indesejados retirados, foram analisados 527 (quinhentos e vinte e sete) julgados. Com o recorte da pesquisa já desenhado e estabelecido e as dificuldades e inconsistências fora do caminho, pode-se passar para algumas análises dos acórdãos estudados.

2.3 Entendimentos majoritários e enunciados de jurisprudência do TCU

Antes de apresentar os resultados da parte quantitativa da pesquisa, deve-se analisar os “acórdãos paradigma”, ou seja, aqueles que norteiam a maioria das decisões do TCU, e os Enunciados de Jurisprudência produzidos pela corte. Os dois acórdãos principais e mais citados são o 2.391/2018 e o 1.628/2018.

⁴²GABRIEL, Yasser. **Responsabilização do gestor de boa-fé no TCU**. JOTA, 26.06.2019. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/10/Responsabilização-do-gestor-de-boa-fé-no-TCU-JOTA-Info.pdf>. Acesso em: 14 nov 2021.

O Tribunal de Contas da União tem como entendimento majoritário um conceito muito mais restritivo e rigoroso quanto ao “erro grosseiro” presente no art. 28 da LINDB. Um dos acórdãos mais importantes em que os ministros da corte se debruçaram sobre as espécies de erro que um agente público poderia cometer e suas respectivas consequências é o 2.391/2018, citado abaixo:

83. Tomando como base esse parâmetro, o erro leve é o que somente seria percebido e, portanto, evitado por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal, consideradas as circunstâncias do negócio. O erro grosseiro, por sua vez, é o que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, consideradas as circunstâncias do negócio. Dito de outra forma, o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave.⁴³

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

Assim, neste acórdão, o Tribunal entendeu que o “erro grosseiro”, para todos os efeitos jurídicos, se assemelha ao conceito de “culpa grave”, já amplamente discutida e utilizada no âmbito do direito civil. Para a doutrina, aqui representada pelos professores Cristiano Farias e Nelson Rosenvald,

(...) a culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam.⁴⁴

Nota-se, desde já, um conceito muito mais restrito que o atribuído pelo STF no julgamento das ADI’s referentes à MP 966/2020, que apenas exige a adequação da decisão aos princípios da precaução e prevenção. O conceito de culpa grave é mais previsível para o gestor público que aqueles adotados pelo STF. Ademais, vale lembrar que o entendimento do TCU foi acatado pelo governo federal na edição do Decreto nº 9.830/2019, como já mencionado anteriormente.

⁴³BRASIL. **Acórdão nº 2.391/2018**. Plenário, Tribunal de Contas da União, Relator: Min. BENJAMIN ZYMLER, julgado em 17.10.2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520. Acesso em: 08 dez. 2021.

⁴⁴FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, p. 169.

Além da posição que assemelha o erro grosseiro à culpa grave, também há uma corrente no TCU que entende que se enquadra no art. 28 da LINDB a conduta culposa fora do esperado do “administrador médio”, que tem como acórdão paradigma o nº 1.628/2018. O conceito de administrador médio é antigo na Corte de Contas e utilizado para outros temas além do erro grosseiro, mas ainda não se encontra suficientemente delimitado para servir de base para uma condenação nos moldes vistos neste estudo. Juliana de Palma captou bem a insegurança que permeia o conceito do administrador médio para o TCU no trecho abaixo:

Mas 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).⁴⁵

Além dos dois acórdãos e entendimentos supracitados, o TCU também produziu 14 Enunciados de Jurisprudência de acordo com o termo pesquisado, que serão detalhados a seguir. Os enunciados são entendimentos consolidados do tribunal que servem como orientação para julgados futuros. Vale lembrar que nenhum deles possui caráter vinculativo, apenas orientativo. O Tribunal parece ter usado os enunciados para listar condutas reprováveis na gestão pública que podem ser entendidas como erro grosseiro. Utilizam-se, inclusive, do verbo supracitado, ou seja, condutas que “podem” se enquadrar no art. 28 da LINDB, já que o próprio art. 22 do mesmo diploma e o art. 12, §2º, do Decreto nº 9.830/2019 exigem uma análise casuística, considerando outros fatores do contexto além do ato realizado pelo gestor, para que se fixe a responsabilidade por erro grosseiro.

⁴⁵DE PALMA, Juliana. **Quem é o administrador médio do TCU?** JOTA, em 22 ago 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 15 nov. 2021.

Por um lado, pode-se entender os enunciados como um esforço do tribunal em tornar mais previsível a responsabilização nos seus julgamentos, com os gestores públicos já podendo saber previamente quais condutas podem gerar a uma condenação. No entanto, esse raciocínio desconsidera completamente os dois últimos dispositivos supracitados, que priorizam a análise subjetiva do caso e da ação do gestor, em detrimento da tipificação, objetiva e fria, de um conjunto de condutas.

O legislador e o governo federal tomaram decisões acertadas. Por mais enunciados que o TCU edite, jamais será possível captar todas as condutas que possam ser enquadradas como erro grosseiro. A gestão pública deveria ser encarada como dinâmica e imprevisível, com novos tipos de problemas surgindo na medida que a sociedade evolui, exigindo novos tipos de soluções, fora de um padrão decisório conhecido. Novamente, os Enunciados são apenas orientativos, não exercendo força vinculativa em nenhum julgado, mas é possível concluir que o TCU errou ao tratá-los como “tipificadores” de erro grosseiro, posição compartilhada pelos professores da FGV Direito SP e da Sociedade Brasileira de Direito Público em uma pesquisa que revelou que o TCU, nos dois primeiros anos da LINDB, deu menos importância à verificação do elemento verdadeiramente subjetivo do jurisdicionado, isto é, as circunstâncias pessoais, atribuições funcionais, diligência e culpa, e mais importância à criação e ao uso de presunções do erro grosseiro. O uso dos Enunciados de Jurisprudência se deu para criar uma lista de infrações, com base na gravidade da conduta ou do dano, que presumidamente indicaria a ocorrência do erro grosseiro, indo na contramão da própria definição do Decreto 9.830/2019, que exige parâmetros subjetivos para a aferição da culpabilidade⁴⁶.

Analisando os 14 enunciados, o TCU entende que as seguintes condutas podem se enquadradas em erro grosseiro do art. 28 da LINDB: conduta culposa que foge ao referencial do “administrador médio”; descumprimento de normativo da entidade pelo gestor; pagamento antecipado sem justificativa do interesse público e sem as devidas garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto pactuado; autorização de pagamento sem a devida liquidação da despesa; direcionamento de licitação para marca específica sem a devida justificativa técnica; decisão que

⁴⁶FGV-SP. **Aplicação dos Novos Dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União.** Observatório do TCU, da FGV Direito SP e Sociedade Brasileira de Direito Público. 2021. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp-content/uploads/2021/09/Relatorio-LINDB-pelo-TCU.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2021.

desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige; prestação de contas dos recursos oriundos do Fundo Nacional de Assistência Social sem o parecer do Conselho Municipal de Assistência Social; descumprimento sem motivação de determinação expedida pelo TCU e não comprovação da boa e regular aplicação de recursos federal em face da omissão no dever de prestar contas⁴⁷.

Como se pode ver, há tanto condutas mais específicas e, de fato, mais próximas do que se esperaria de ato típico de erro grosseiro – como autorização de pagamento sem garantias e direcionamento de licitação – quanto previsões excessivamente genéricas e que precisam de muitos outros fatores subjetivos para comprovar a presença do art. 28 da LINDB – como conduta culposa fora do esperado pelo “administrador médio ou o descumprimento de ordem do TCU”. De qualquer forma, mesmo os enunciados com condutas mais específicas ainda divergem do entendimento dos art. 22 da LINDB e 12, §1º do Decreto nº 9.830/2019 pelos motivos citados anteriormente.

Por fim, cabe lembrar que Eduardo Jordão e Conrado Tristão se debruçaram sobre diversos acórdãos do TCU ao longo dos anos e traçaram algumas variações do conceito de erro grosseiro pelo referido Tribunal⁴⁸. Além de entenderem que todas as definições são insatisfatórias, nenhuma delas é próxima da que o STF definiu no julgamento da MP 966, como já mencionado. Isso se coaduna com a extrema resistência da corte aos textos da MP, com o seu Presidente afirmando que seria causada uma “pandemia de mal-intencionados”⁴⁹ e da própria da LINDB em 2018⁵⁰.

Os esforços do legislador, do STF e do TCU são claramente bem-intencionados, visando ao melhor controle da Administração Pública. No entanto, a

⁴⁷ Para mais informações, ver em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/jurisprudencia-selecionada/art.%252028%2520Lei%2520Introdu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normas%2520Direito%2520Brasileiro%2520erro%2520grosseiro/DATASESSAO%253A%255B20180425%2520to%252020210930%255D/sinonimos%253Dtrue> Acesso em 08 dez. 2021.

⁴⁸JORDÃO, Eduardo. TRISTÃO, Conrado. **O que é o erro grosseiro para o TCU?** Portal Jota, Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-que-e-erro-grosseiro-para-o-tcu-27052020>. Acesso em: 08 dez. 2021.

⁴⁹SÃO PAULO. **‘MP de Bolsonaro estimula ‘pandemia de mal-intencionados’, diz presidente do TCU**. O Estado de SP, 14 maio 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mp-de-bolsonaro-estimula-pandemia-de-mal-intencionados-diz-presidente-do-tcu,70003302838>. Acesso em: 08 dez. 2021.

⁵⁰CONJUR. **Presidente e ministros do TCU pedem a Temer que vete mudanças na LINDB**. Consultor Jurídico, 18 abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-18/presidente-ministros-tcu-pedem-temer-vete-lindb>. Acesso em: 08 dez. 2021.

divergência de posicionamentos é algo que se deve observar e analisar com a devida cautela, pois o principal objetivo deve ser o de dar tranquilidade ao administrador honesto, sem prejuízo para as punições aos desonestos. A divergência de posicionamentos tira completamente essa previsibilidade necessária ao bom trabalho dos gestores probos.

3 RESULTADOS DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA E ANÁLISE DOS RESULTADOS SOB A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA E DOS JULGADOS DO STF

Neste capítulo, serão apresentados os resultados do estudo jurisprudencial do Tribunal de Contas da União e analisar-se-ão estes dados de acordo com a doutrina especializada e confrontá-los com os julgados do Supremo Tribunal Federal no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade que questionaram a Medida Provisória nº 966/2020.

3.1 Análise dos dados

Como já se pôde notar ao longo desta pesquisa, o TCU apresentou uma quantidade crescente de julgados sobre o art. 28 da LINDB desde a sua edição. O fato de o número de decisões crescer a cada ano, ao invés de estagnar ou diminuir, certamente demonstra que o TCU, apesar das resistências iniciais, como já se discutiu, aceitou muito bem a LINDB em suas decisões e se debruçou sobre suas previsões, em especial, neste caso, para o art. 28.

Corroborando este raciocínio, os descartes de acórdãos, por motivos já expostos anteriormente, foram cada vez menores. Pesquisando-se o termo “art. 28 Lei Introdução Normas Direito Brasileiro erro grosseiro”, foram encontrados os seguintes resultados: dos 41 acórdãos encontrados na pesquisa em 2018, foram utilizados 12 (aproveitamento de 29%); dos 121 encontrados em 2019, foram utilizados 56 (aproveitamento de 46%); dos 277 encontrados em 2020, foram utilizados 181 (aproveitamento de 65%); e dos 368 encontrados em 2021, foram utilizados 278 (aproveitamento de 75%)⁵¹.

Também se notou uma maioria significativa de condenações. Dos 527 acórdãos analisados, apenas 37 não apresentavam condenação, cerca de 7.03%. É um índice similar ao encontrado pela FGV Direito SP na pesquisa realizada em parceria com a Sociedade Brasileira de Direito Público, em que 84% dos casos

⁵¹ Como se pode notar, houve um decréscimo dos descartes (acórdãos indesejados) ao longo dos anos analisados. Pode-se entender que os motivos principais são a padronização dos julgados, como se verá mais a frente neste estudo, e o uso crescente do Tribunal do art. 28 da LINDB para tratar da responsabilização dos agentes.

analisados apresentavam condenações de pelo menos um agente⁵². Este dado revela uma preocupante tendência à condenação pelo tribunal, que pode ter balizas razoáveis do art. 2.391/2018, mas os ministros não estão operacionalizando de acordo com o que os formuladores da Lei 13.655/2018 e a doutrina esperavam.

Por fim, notou-se um esforço do tribunal em criar modelos para os casos de erro grosseiro, sobretudo para julgados que envolvem Municípios e seus gestores. Veja-se, nesse sentido, o trecho a seguir, retirado do Acórdão nº 3.798/2020, da Primeira Câmara do TCU (primeiro acórdão que utilizou esse modelo):

Nesses casos, em que fica evidente a falta de transparência e lisura, não há como afastar as suspeitas sempre presentes de que a totalidade dos recursos públicos federais, transferida ao município, tenha sido integralmente desviada, em prol de gestor ímprobo, ou de pessoas por ele determinadas, a revelar grave inobservância de dever de cuidado no trato com a coisa pública, isto é, ato praticado com culpa grave, pois, na espécie, a conduta do responsável se distancia daquela que seria esperada de um administrador público minimamente diligente, num claro exemplo de 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 (Acórdão 1689/2019-TCU-Plenário, Relator: Ministro AUGUSTO NARDES; Acórdão 2924/2018-TCU-Plenário, Relator: Ministro JOSÉ MUCIO MONTEIRO; Acórdão 2391/2018-TCU-Plenário, Relator: Ministro BENJAMIN ZYMLER).⁵³

Analisando-se os resultados da pesquisa, existem algumas variações deste trecho para se adequar ao caso do julgado⁵⁴. No entanto, a parte principal do texto, ou seja, o desvio de verbas federais e a caracterização do erro grosseiro, se

⁵²FGV-SP. **Aplicação dos Novos Dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União**. Observatório do TCU, da FGV Direito SP e Sociedade Brasileira de Direito Público. 2021. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/09/Relatorio-LINDB-pelo-TCU.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2021.

⁵³TCU. **Acórdão nº 3.798/2020**. Primeira Câmara, Tribunal de Contas da União, Relator: Min. VITAL DO RÊGO, julgado em 31.03.2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A3798%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 08 dez. 2021.

⁵⁴Como é o caso do Acórdão 42/2021 em que se tem: “Nesses casos, em que fica evidente a falta de transparência e lisura, não há como afastar as suspeitas sempre presentes de que a totalidade dos recursos públicos federais, transferida ao município, tenha sido integralmente desviada, a revelar grave inobservância de dever de cuidado no trato com a coisa pública, isto é, ato praticado com culpa grave, pois, na espécie, a conduta da responsável se distancia daquela que seria esperada de um administrador público minimamente diligente, num claro exemplo de 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 (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).” Acórdão nº 42/2021, Segunda Câmara, Tribunal de Contas da União, Relator: Min. MARCOS BEMQUERER, julgado em 26.01.2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A42%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520. Acesso em: 08 dez. 2021.

mantém inalterada. No ano de 2020, foram encontrados 107 acórdãos com este trecho e em 2021 foram encontrados 185 acórdãos correspondentes. A padronização dos julgados tem um lado positivo, já que permite certa previsibilidade aos gestores municipais, mas também um lado negativo, já que isso pode significar uma menor atenção às peculiaridades dos casos.

No entanto, observando de um viés mais pragmático, o TCU julga uma quantidade considerável de casos todos os anos devido à sua extensa competência. Só em 2020 (último relatório divulgado), foram apreciados 5.455 processos de controle externo⁵⁵. Há uma necessidade de padronização para que se consiga julgar este número de casos com uma composição de apenas 9 ministros. O papel do TCU é muito importante para que as verbas federais sejam gastas da melhor maneira, e iniciativas como o Relatório Anual mostram uma preocupação da Corte em expor seus principais resultados, sobretudo quantitativos. Em um país com 5570 municípios, que dependem muito de repasses federais para executarem suas políticas públicas, é de se esperar um número considerável de julgados e, por consequência, um esforço de padronização por parte dos operadores do TCU.

É o mesmo caso da citação dos acórdãos paradigma, analisados anteriormente neste estudo. Antes do Acórdão nº 2.391/2018, foi no julgado 1.628/2018 que os ministros tentaram delimitar as previsões do art. 28 da LINDB. Apesar de não obter o mesmo número de citações que o Acórdão nº 2.391/2018, como apresentado a seguir, o Acórdão nº 1.628 merece seu reconhecimento, sendo a primeira vez que o plenário do TCU se debruçou sob o art. 2018 da LINDB apenas 3 meses após sua entrada em vigor. O acórdão em tela obteve 1 citação em 2018, 1 em 2019, 7 em 2020 e 3 em 2021.

No entanto, devido às controvérsias enfrentadas para se conceituar o “administrador médio”, como já exposto neste ensaio, a corte finalmente fixou, três meses após o julgamento do Acórdão nº 1.628/2018, o entendimento do erro grosseiro se assemelhar à culpa grave. O Acórdão nº 2.361/2018 obteve duas citações em 2018, 21 em 2019, 121 em 2020, e 216 em 2021. Isso significa que, só no ano de 2021, o referido julgado foi citado em 77% dos acórdãos analisados para este estudo.

⁵⁵TCU. **Relatório Anual de Atividades do TCU 2020**. 2020. p. 69. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/99/64/46/8E/7298871003178887E18818A8/relatorio_anual_atividades_TCU_2020.pdf. Acesso em: 08 dez. 2021.

3.2 O erro grosseiro do art. 28 da LINDB para o TCU

Por fim, tem-se a análise dos entendimentos do tribunal sobre o que constitui o erro grosseiro do art. 28 da LINDB. O entendimento majoritário do tribunal é o de que o erro grosseiro se assemelha à culpa grave, seguindo os padrões estabelecidos pelo Acórdão nº 2.391/2018.

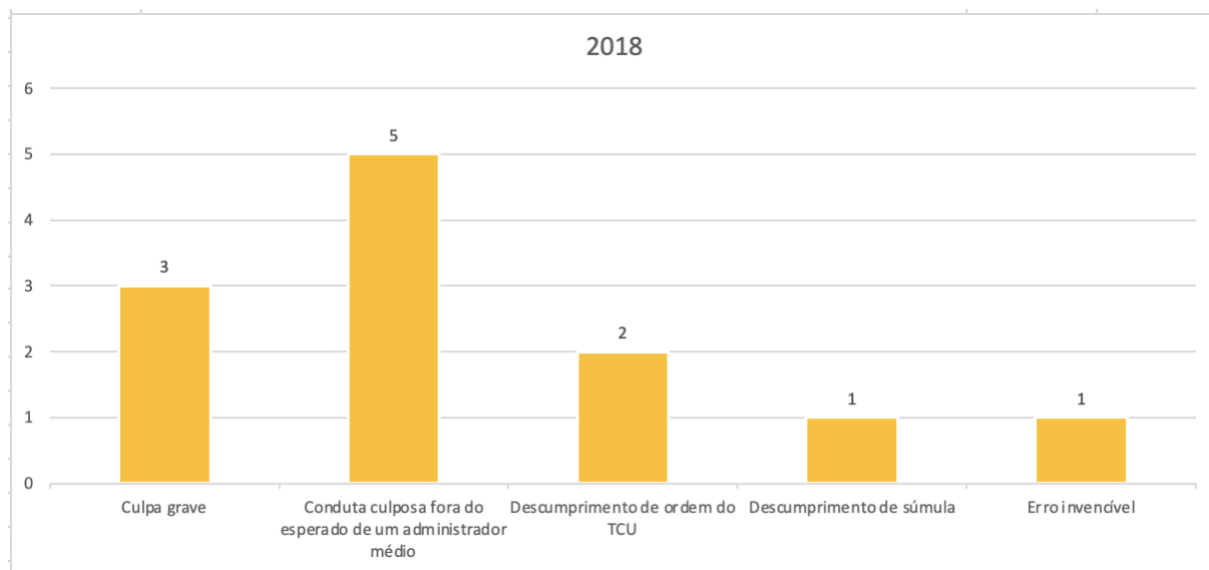
Nas imagens abaixo, pode ser observado, com exceção do ano de 2018, em que foi produzido do Acórdão nº 2.391/2018, em todos os demais anos pesquisados o entendimento que mais aparece nos julgados é da culpa grave, tendo um crescimento considerável nos anos de 2020 e 2021. No ano de 2021, a culpa grave representou 94.6% dos resultados utilizados para o estudo.

Como era esperado, nos anos de 2020 e 2021 houve a pacificação do entendimento – em ambos os anos representando mais de 90% dos casos –, provavelmente graças à edição do Decreto nº 9.830/2019, que institucionalizou o entendimento que já vinha sendo aplicado pelo TCU.

Ademais, poder-se-á notar algumas condutas mais específicas, ao invés de definições mais genéricas, refletindo o esforço da Corte de Contas em tipificar o erro grosseiro do art. 28 da LINDB, resultando na produção dos Enunciados, como já explanado no capítulo anterior deste ensaio.

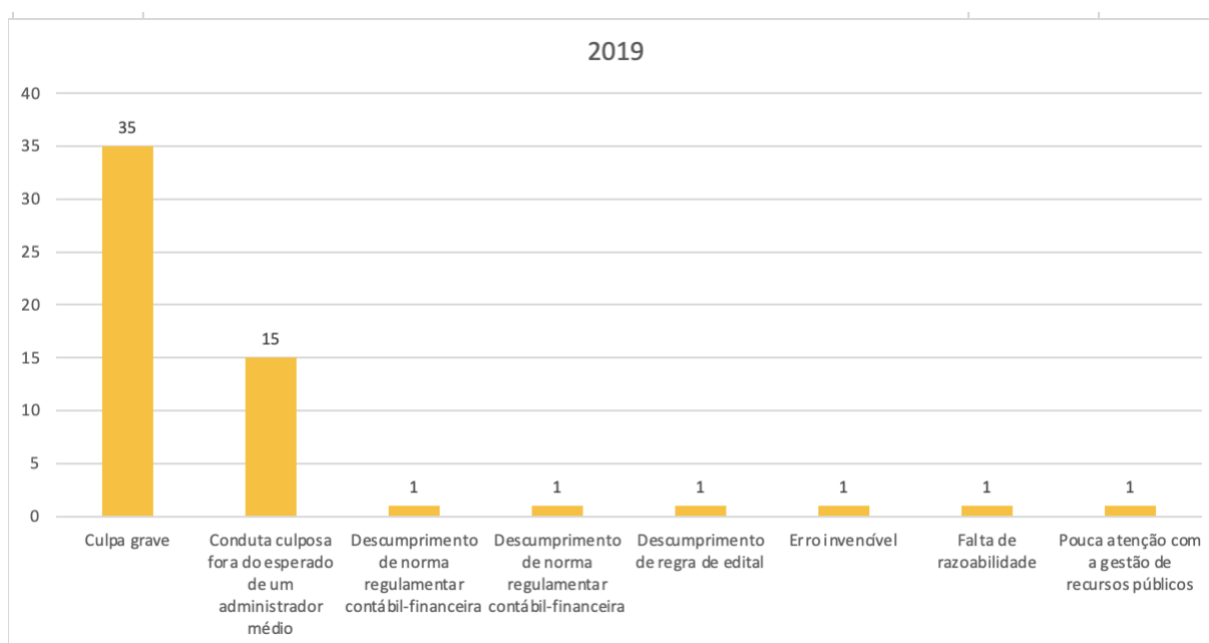
Finalmente, seguem os resultados:

Figura 2: Definição de erro grosseiro no TCU em 2018



56

Figura 3: Definição de erro grosseiro no TCU em 2019

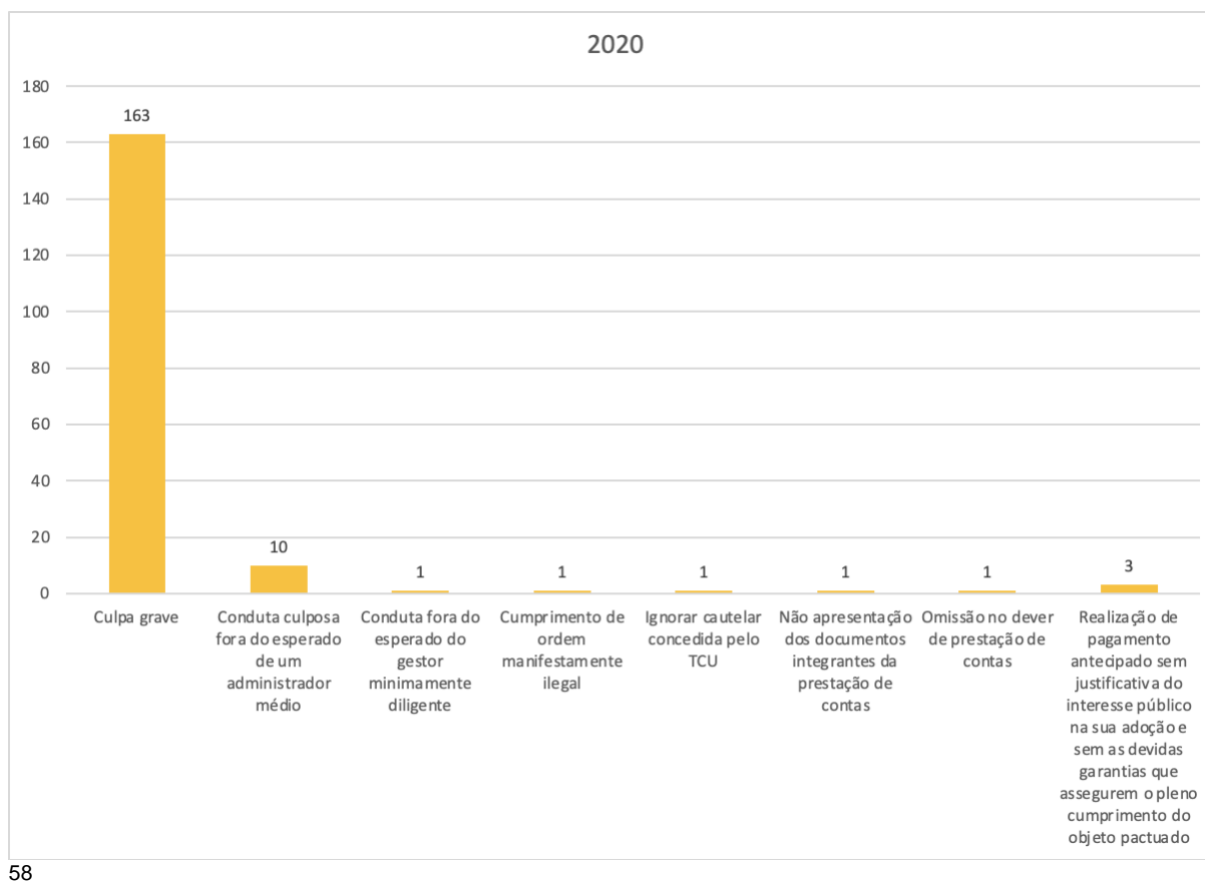


57

Figura 4: Definição de erro grosseiro no TCU em 2020

⁵⁶Fonte: Produção do autor a partir de dados coletados.

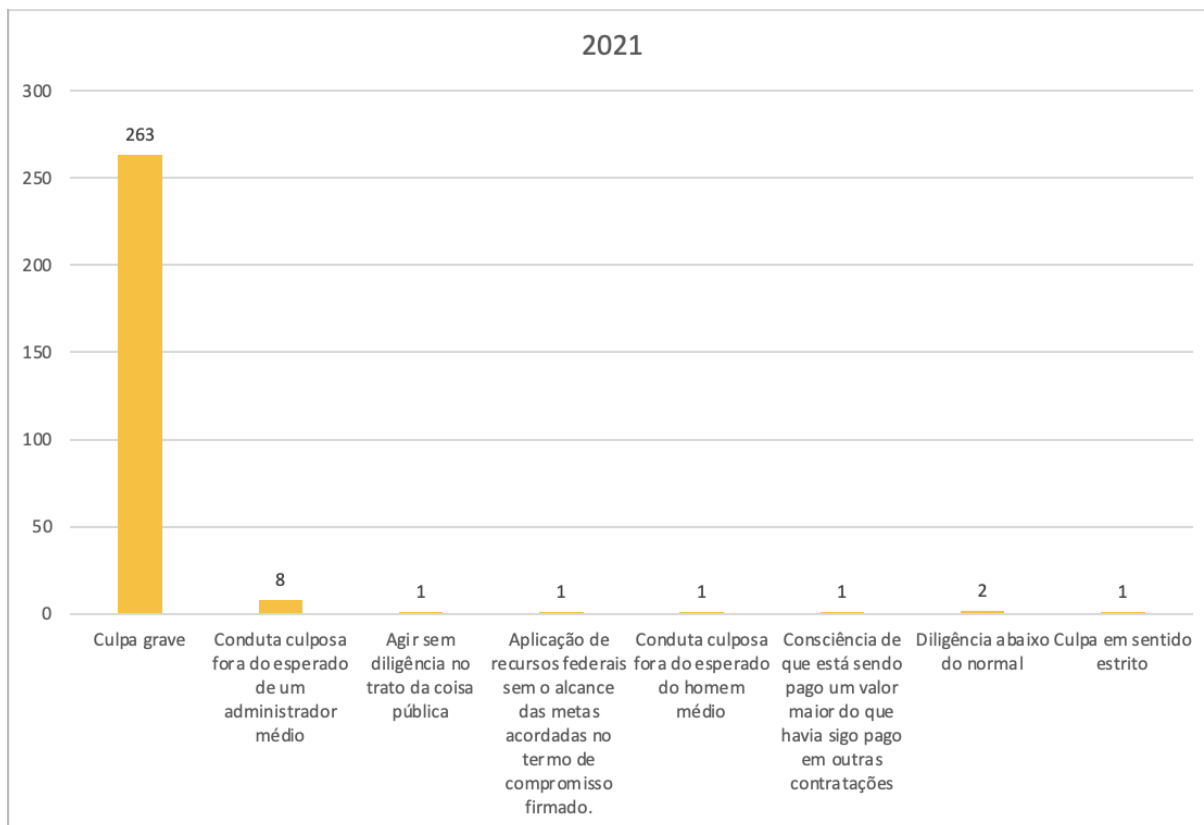
⁵⁷*Ibidem*.



58

Figura 5: Definição de erro grosseiro no TCU em 2021

⁵⁸ *Ibidem.*



59

Com os resultados já expostos, pode-se seguir para a análise sob a luz da doutrina especializada e comparações com a posição do STF no julgamento das ADI's da MP 966/2018.

3.3 Análise das posições do TCU sob a luz da doutrina especializada e do julgamento das ADI's da MP 966

Para qualificar o debate, entender o que a doutrina entende por culpa grave é crucial. Para o Washington de Barros Monteiro, essa modalidade de culpa “é a falta imprópria ao comum dos homens, é a modalidade que mais se avizinha do dolo”⁶⁰. Já para Tartuce, ocorre a culpa grave quando:

(...) há uma imprudência ou negligência crassa. O agente até que não queria o resultado, mas agiu com tamanha culpa de tal forma que parecia que o quisesse. Em casos tais, o efeito é o mesmo do dolo, ou seja, o

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ MONTEIRO, Washington De Barros. **Curso de Direito Civil**. 28. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 393.

ofensor deverá pagar indenização integral (*culpa lata dolo aequiparatur* – a culpa grave equipara-se ao dolo).⁶¹

Assim, nota-se que a doutrina exige, inicialmente, que não haja dúvidas quanto à evidência da falta de cuidado e da semelhança que essa modalidade de culpa tem com o dolo. No entanto, como se sabe, o Decreto nº 9.830/2019 exigiu mais algumas condições para a configuração do erro grosseiro, já que no art. 12, §1º, há a necessidade de “elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.

Para entender melhor esses três conceitos, volta-se para Edgard Magalhães Noronha – em um livro sobre direito penal, mas com boas definições sobre os institutos a serem analisados. Para este autor:

(...) a imprudência tem forma ativa. Trata-se de um agir sem a cautela necessária. É forma militante e positiva de culpa, consistente no atuar o agente com precipitação, insensatez ou inconsideração, já por não atentar para a lição dos fatos ordinários, já por não perseverar no que a razão indica.⁶²

Já a negligência:

(...) é inação, inércia e passividade. Decorre de inatividade material (corpórea) ou subjetiva (psíquica). Reduz-se a um comportamento negativo. Negligente é quem, podendo e devendo agir de determinado modo, por indolência ou preguiça mental, não age ou se comporta de modo diverso.⁶³

Por fim, a imperícia é cometida por quem “não possui o cabedal normalmente indispensável ao exercício de uma profissão”⁶⁴.

Portanto, para que se configure um “elevado grau” de qualquer um destes conceitos, não podem restar dúvidas quanto à falta de cuidado e do quanto a ação ou omissão do agente público deve se assemelhar ao dolo para se configurar esta modalidade de culpa.

Outro ponto que a doutrina enfrentou para confirmar a constitucionalidade do erro grosseiro – e, conseqüentemente, da culpa grave, como mostrado a seguir - para responsabilização do agente público é a possibilidade de gradação do erro ou culpa, já que, a primeiro olhar, a Constituição, em seu art. 37, §6º, prevê apenas a

⁶¹TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único / Flávio Tartuce. – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

⁶²NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 152.

⁶³*Ibidem*.

⁶⁴NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 153.

culpa, sem qualificá-la. Alguns doutrinadores, como José dos Santos Carvalho Filho, entenderam que, por essa aparente contradição, o art. 28 da LINDB seria inconstitucional⁶⁵. A nosso ver, este entendimento não merece prosperar.

Isso se dá pelo fato de o art. 37, §6º da Constituição e o art. 28 da LINDB tratam de espécies e momentos diferentes de responsabilização e, portanto, não são excludentes. Conforme ensina Rodrigo Valgas, enquanto o artigo da Carta Magna rege a responsabilidade da própria Administração Pública – e seus agentes, enquanto seus representantes – por suas ações e omissões que gerem dano, já o dispositivo da LINDB apenas restringe a responsabilização pessoal dos agentes, indo além de casos que gerem dano e não interferindo no inarredável direito fundamental dos cidadãos previsto na Constituição⁶⁶.

Ademais, conforme ensinado por Binenbojm e Cyrino, “o erro passível de responsabilização na tradição jurídica brasileira pressupõe a ocorrência da culpa”⁶⁷. O erro puro, no qual o agente não tem consciência sobre, deve ser escusado. Além disso, entendem os referidos professores que a Constituição adotou a culpa em seu sentido amplo, não em um sentido de estrito. A Carta Maior deve ser, primordialmente, um norte interpretativo para a legislação e não é salutar para o ordenamento jurídico que se restrinja todas as hipóteses de responsabilização a culpa sem nenhuma gradação. Nas palavras dos doutrinadores supracitados:

Isso é uma decorrência da abertura semântica do termo e também de um imperativo de construção democrática no sentido das normas constitucionais ao longo do tempo. Não há como pretender congelar um conceito específico de culpa, apenas por desejo da doutrina, impedindo a sua regulamentação legal dentro de certas balizas semânticas.⁶⁸

⁶⁵Outro ponto polêmico é o que cerca a expressão “dolo ou erro grosseiro” inserida no dispositivo, diversa da que consta no art. 37, § 6º, da CF – “dolo ou culpa”. O mandamento constitucional 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. Portanto, inegável a inconstitucionalidade do dispositivo nessa parte, além de também violar a proteção ao erário, permitindo que agentes sejam isentos de responsabilidade pela atuação culposa, com ofensa aos arts. 37, § 5º, e 71, II e VIII, da CF, dentro do controle efetuado pelos Tribunais de Contas”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual direito administrativo**. José dos Santos Carvalho Filho. – 35. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2021.

⁶⁶SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo** [livro eletrônico]: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. Rodrigo Valgas dos Santos. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁶⁷BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB** – A cláusula geral do erro administrativo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 03 dez 2021.

⁶⁸*Ibidem*.

Nessa mesma esteira, Rodrigo Valgas⁶⁹ fez um apanhado da legislação que estabelece diferentes restrições para responsabilização a diferentes agentes públicos, citando diplomas como o art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional⁷⁰, art. 73 Lei Orgânica do TCU⁷¹ e uma série de exemplos no próprio Código Civil⁷². Ademais, a jurisprudência do STF, através do Mandado de Segurança 24.631/DF⁷³, em 2008, já admitia a dualidade do dolo ou erro grosseiro para a responsabilização pessoal de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa.

Assim, seguindo-se a linha dos doutrinadores e os exemplos da legislação, pode-se concluir que a gradação da culpa para a responsabilização pessoal do agente é possível e desejável para o ordenamento jurídico e não contradiz a Constituição.

Com tudo isso em mente, somado ao fato que o TCU considera que erro grosseiro poderia ser percebido “por uma pessoa com diligência abaixo do normal” – nos termos do voto condutor do Acórdão nº 2.391/2018 – pode-se dizer assemelhar o erro grosseiro à culpa grave é uma decisão acertada. Diferentemente da tese adotada pelo STF no âmbito do julgamento das ADI’s da MP 966, em que foram adotados critérios bastante polêmicos e tão vagos quanto o erro grosseiro em si, o TCU, no Acórdão nº 2.391/2018, parece convergir com o desejo da doutrina de gerar maior previsibilidade e segurança para o gestor honesto e que age em boa-fé, fornecendo critérios mais objetivos e restritos para a configuração do erro grosseiro do art. 28 da LINDB.

No entanto, o TCU ainda está falhando em alguns aspectos. O uso dos Enunciados de Jurisprudência para tipificar as condutas passíveis de enquadramento em erro grosseiro vai à contramão da lógica do microsistema de

⁶⁹SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo** [livro eletrônico]: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. Rodrigo Valgas dos Santos. 1ª ed. P. 143. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁷⁰“Art. 49 – Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; (...)”.

⁷¹“Art. 73. Os ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos ministros do Superior Tribunal de Justiça e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos. (...)”.

⁷²“Art. 181. O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.”; “Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.”; “Art. 187. O membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.”

⁷³STF. (MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 1º.2.2008). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>. Acesso em: 08 dez. 2021.

responsabilização pessoal composto pelos art. 22 e 28 da LINDB e 12 do Decreto nº 9.830/2019, que exigem uma análise casuística da conduta, considerando-se as circunstâncias práticas e dificuldades enfrentadas pelo gestor na tomada de decisão.

Além disso, o uso do art. 28 da LINDB para majoritariamente condenar, inocentando os gestores em apenas 9,03% dos acórdãos analisados, também pode ser um sintoma de que os ministros, apesar de estarem com uma definição desejada do erro grosseiro, ainda estão sendo muito ampliativos quanto à sua incidência. Não se analisou caso a caso cada uma das condenações, para se extrair a exata conduta do gestor que foi responsabilizado, devido à inviabilidade de fazer esta análise com os 527 casos estudados, mas isso pode voltar a ser objeto de um estudo futuro.

Desse modo, conclui-se que o entendimento do erro grosseiro se assemelhar à culpa grave é adequado, convergindo mais com a legislação e doutrina que as decisões do STF, mas o TCU ainda demonstra inconsistências na sua operacionalização.

CONCLUSÃO

A reforma da LINDB, em 2018, através da Lei nº 13.655 (Lei da Segurança Jurídica) representou um movimento inicial do legislador em garantir melhores condições para o panorama decisório dos agentes públicos no Brasil. No entanto, foi adotado um conceito jurídico indeterminado, o erro grosseiro, como uma das hipóteses da responsabilização pessoal, no seu art. 28. Desse modo, coube aos operadores do direito e à doutrina suprir a lacuna deixada pelo legislador.

Duas cortes protagonistas, o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Contas da União, apresentaram conclusões diferentes sobre o que é o erro grosseiro do art. 28. Respondendo aos objetivos deste trabalho, foi identificado que o STF entende que é a conduta que não observou os princípios da precaução e prevenção e o TCU conclui que se assemelha à culpa grave. As divergências entre as duas cortes sobre a definição de erro grosseiro são preocupantes, já que corroboram com o cenário de imprevisibilidade e insegurança jurídica vivida pelos gestores públicos.

Mesmo com as tentativas do governo federal em estreitar a definição de erro grosseiro através do Decreto nº 9.830/2019, que seguia na mesma linha do entendimento do TCU, ou seja, que o erro grosseiro se assemelha à culpa grave. No entanto, STF ainda assim apresentou uma conclusão diferente no ano seguinte, com o julgamento das ADI's da MP 966/2020. As balizas adotadas pela Suprema Corte foram muito genéricas e amplas, podendo dificultar ainda mais o trabalho dos gestores, especialmente em um cenário delicado como a pandemia.

Comparando e analisando as duas posições e respondendo ao segundo objetivo deste trabalho, pode-se concluir que a linha adotada pelo TCU parece ser mais convergente com as intenções do legislador e com o entendimento da doutrina. Além do voto condutor do Acórdão nº 2.391/2018, que traça balizas muito razoáveis relacionando a gradação do erro ao parâmetro do art. 138 do Código Civil, majoritariamente, como se viu através dos resultados da pesquisa realizada, o tribunal entende pela culpa grave.

No entanto, tenta tipificar o erro grosseiro através dos Enunciados de Jurisprudência, determinando condutas para serem enquadradas no art. 28 da LINDB. Essa conduta diverge diametralmente do microsistema de responsabilização pessoal dos agentes públicos, composto pelos art. 22 e 28 da

LINDB e art. 12 do Decreto nº 9.830/2019, que exige a análise casuística da conduta realizada pelo gestor público.

Ademais, a Corte de Contas utiliza o art. 28 da LINDB majoritariamente para condenar, representando 92,97% dos casos. Isso pode demonstrar uma tendência errônea dos ministros em operacionalizar os ditames da LINDB, do Decreto nº 9.830/2019 e do Acórdão nº 2.391/2018 da própria corte. No entanto, não foram analisados casuisticamente cada conduta para se fazer uma análise de compatibilidade com o conceito doutrinário e jurisprudencial de culpa grave.

Há previsões na doutrina e na jurisprudência sobre a gradação de culpa para responsabilização de agentes públicos, descartando a possibilidade de o art. 28 da LINDB e o art. 12 do Decreto nº 9.830/2019 serem incompatíveis com o art. 37, §6º da Constituição. É, inclusive, salutar para o ordenamento jurídico que haja diferentes limites para diferentes responsabilizações e que a CFRB é apenas uma baliza semântica para guiar a legislação infraconstitucional.

Assim, conclui-se que o entendimento do TCU parece ser o mais adequado, mas sua operacionalização não parece ir de acordo com o esperado pelo legislador e pela doutrina. A responsabilização pessoal do agente público deve ser algo pautado em critérios muito evidentes de descuido com a coisa pública para se refletir nos parâmetros traçados no art. 12 do Decreto nº 9.830/2019 e a Administração Pública deve finalmente ser vista como uma experiência de tentativa e erro. Os gestores guiados pela boa-fé e pela vontade de melhorar a vida dos administrados não devem ser responsabilizados por eventuais resultados negativos, pois a imprevisibilidade do resultado das políticas é inerente ao exercício da função pública como um todo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. **O Começo da História: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro.**

Disponível em:

https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista23/revista23_25.pdf.

Acesso em: 08 dez. 2021.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB – A cláusula geral do erro administrativo.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, p. 203-224, nov. 2018. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 03 dez 2021.

BRASIL. **Acórdão nº 2.391/2018.** Plenário, Tribunal de Contas da União, Relator: Min. BENJAMIN ZYMLER, julgado em 17.10.2018. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520.

Acesso em: 08 dez. 2021.

_____. **Acórdão nº 2.959/2019,** Plenário, Tribunal de Contas da União, Relator: Min. ANDRÉ DE CARVALHO, julgado em 04.12.2019. Disponível em:

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2959%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520.

Acesso em: 08 dez. 2021.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF. 2002.

_____. **Relatório Anual de Atividades do TCU 2020.** p. 69. Disponível em:

https://portal.tcu.gov.br/data/files/99/64/46/8E/7298871003178887E18818A8/relatorio_anual_atividades_TCU_2020.pdf. Acesso em: 08 dez. 2021.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa.; RODRIGUES, Ricardo Schneider. **O tribunal de contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo.** Revista de Direito Administrativo e Constitucional da CAPES, em 16.02.2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/844>. Acesso em: 08 dez. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Afinal, o que é o erro grosseiro?** Gênero Jurídico, 22.06.2020. Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/06/22/o-que-e-erro-grosseiro/#_ftnref7. Acesso em: 10 nov. 2021.

_____. **Manual direito administrativo.** José dos Santos Carvalho Filho. – 35. ed. – Barueri [SP]: Atlas, 2021.

CONJUR. **Presidente e ministros do TCU pedem a Temer que vete mudanças na LINDB**. Consultor Jurídico, 18 abril de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-18/presiden-te-ministros-tcu-pedem-temer-vete-lindb>. Acesso em: 08 dez. 2021.

DE PALMA, Juliana. **A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas**. SBDP, 2019. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2021.

DE PALMA, Juliana; ROSILHO, André. **Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB**. Revista da CGU, 27.05.2021. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/386. Acesso em: 14 nov 2021.

DE PALMA, Juliana. **Quem é o administrador médio do TCU?** JOTA, em 22 ago 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 15 nov. 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2020.

FGV-SP. **Aplicação dos Novos Dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União**. Observatório do TCU, da FGV Direito SP e Sociedade Brasileira de Direito Público. 2021. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/09/Relatorio-LINDB-pelo-TCU.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2021.

GABRIEL, Yasser. **Responsabilização do gestor de boa-fé no TCU**. JOTA, 26.06.2019. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/10/Responsabilização-do-gestor-de-boa-fé-no-TCU-JOTA-Info.pdf>. Acesso em: 14 nov 2021.

GUIMARAES, Fernando Vernalha. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. Direito do Estado. 31.01.2016. Disponível em <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 08 dez. 2021.

JORDÃO, Eduardo. TRISTÃO, Conrado. **O que é o erro grosseiro para o TCU?** Portal Jota, Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/o-que-e-erro-grosseiro-para-o-tcu-27052020>. Acesso em: 08 dez. 2021.

MONTEIRO, Vera. **Gestor Público pode errar**. JOTA, 23.07.2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/gestor-publico-pode-errar-23072019>. Acesso em 10 nov 2021.

MONTEIRO, Washington De Barros. **Curso de Direito Civil**. 28. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 393.

(MS 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 1º.2.2008). Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506595>. Acesso em: 08 dez. 2021.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 152.

_____. **Direito Penal**. Vol 1. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 153.

NUNES, Danielle de Oliveira. **TCU resiste em aplicar inovações feitas pela LINDB**. Consultor Jurídico, 05.01.2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-05/daniele-nunes-tcu-resiste-aplicar-inovacoes-feitas-lindb#sdendnote1sym>. Acesso em: 10 nov. 2021.

RITTNER, Daniel. **O apagão de canetas dos agentes públicos**. ABAR, 2 de agosto de 2018. Disponível em: <https://abar.org.br/valor-o-apaga%CC%83o-de-canetas-dos-agentes-publicos/>. Acesso em: 08 dez. 2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo** [livro eletrônico]: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos. Rodrigo Valgas dos Santos. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SÃO PAULO. **‘MP de Bolsonaro estimula ‘pandemia de mal-intencionados’, diz presidente do TCU**. O Estado de SP, 14 maio 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,mp-de-bolsonaro-estimula-pandemia-de-mal-intencionados-diz-presidente-do-tcu,70003302838>. Acesso em: 08 dez. 2021.

STF - ADI: 6421 DF 0092667-18.2020.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 21/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/11/2020.

STF - AgR MS: 35196 DF - DISTRITO FEDERAL 0010491-84.2017.1.00.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 12/11/2019, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-022 05-02-2020.

STJ – Resp 213.994-0/MG, 1a Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU DE 27-09-1999.

SUNDFELD, Carlos Ari. JORDÃO, Eduardo. *et al.* **Surpresa positiva no STF no julgamento da MP 966**. JOTA, 21 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>. Acesso em: 08 dez. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. Flávio Tartuce. – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

TCU. **Acórdão nº 42/2021**. Segunda Câmara, Tribunal de Contas da União, Relator: Min. MARCOS BEMQUERER, julgado em 26.01.2021. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A42%2520ANOACORDAO%253A2021/DTRELEV

ANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/2/%2520. Acesso em: 08 dez. 2021.

_____. **Acórdão nº 3.798/2020**. Primeira Câmara, Tribunal de Contas da União, Relator: Min. VITAL DO RÉGO, julgado em 31.03.2020. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A3798%2520ANOACORDAO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520asc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520asc/0/%2520. Acesso em: 08 dez. 2021.

_____. **Relatório Anual de Atividades do TCU 2020**. 2020. p. 69. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/99/64/46/8E/7298871003178887E18818A8/relatorio_anual_atividades_TCU_2020.pdf. Acesso em: 08 dez. 2021.