

# REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE POR DANO AO ERÁRIO APURADO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS À LUZ DAS NOVAS DISPOSIÇÕES DA LINDB<sup>1</sup>

THE LEGAL REGIME OF LIABILITY FOR DAMAGE TO THE TREASURY EXAMINED  
BY THE COURTS OF ACCOUNTS ACCORDING TO LINDB'S NEW PROVISIONS



**Pedro Henrique dos Reis Melo**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).  
Ex-estagiário do MPC-MG no gabinete da procuradora Cristina Andrade Melo. Advogado

**Sumário:** 1 Introdução; 2 A espécie de responsabilidade apurada pelos tribunais de contas; 2.1 Jurisdição e tribunais de contas; 2.2 A teoria da responsabilidade financeira; 2.3 A teoria da responsabilidade financeira; 2.3 Os pressupostos de responsabilidade civil aplicados aos tribunais de contas; 3 Responsabilidade por ressarcimento e as novas disposições da LINDB; 3.1 O erro grosseiro e a culpa grave; 3.2 Admissibilidade do art. 28 da LINDB à pretensão de ressarcimento dos tribunais de contas; 4 Conclusão; Referências.

**Resumo:** A Lei n. 13.655/2018 inseriu o art. 28 na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/1942) cuja redação é no sentido de que a responsabilidade do agente público por decisões ou opiniões técnicas somente se configura em caso de dolo ou erro grosseiro. Surgiu-se assim divergência entre a doutrina e o Tribunal de Contas da União -TCU sobre a aplicabilidade do referido dispositivo à esfera de responsabilidade sobre dano ao erário apurada pelos tribunais de contas. Nesse sentido, o presente trabalho busca estudar e fomentar o debate sobre a natureza e regime jurídico de responsabilidade apurada pelas cortes de contas, denominada responsabilidade financeira. Sob a perspectiva de entender tal singular instituto foram abordados estudos doutrinários que sustentam sua independência doutrinária, a fim de analisar, criticamente, se o art. 28 da LINDB influenciou esse tipo de responsabilidade. Conclui-se que o dispositivo deve influenciar a apuração de responsabilidade financeira e a efetividade do controle externo, sem representar qualquer favorecimento ao gestor público de má-fé, mas tão somente a valorização do administrador bem-intencionado ao mesmo tempo que reafirma o regime de responsabilidade próprio dos tribunais de contas.

**Abstract:** Law n.º. 13.655/2018 inserted art. 28 in the Law of Introduction to the rules of Brazilian Law - LINDB (Decree-Law n. 4.657/1942) whose wording is in the sense that the responsibility of the public agent for decisions or technical opinions is only configured in case of intent or gross error. Thus, a divergence arose between the doctrine and the Federal Court of Accounts (TCU) on the applicability of the referred provision to the sphere of responsibility for damage to the treasury determined by the Courts of Accounts. In this sense, the present work seeks to study and foster the debate on the nature and legal regime of responsibility determined by the Courts of Auditors, the so-called financial responsibility. From the perspective of understanding such a singular institute, doctrinal studies that support its doctrinal independence were approached, in order to critically analyze if art. 28 of LINDB influenced this type of responsibility. It is concluded that the provision should influence the determination of financial responsibility and the effectiveness of external control, without representing any favoring of the public manager in bad faith, but only the appreciation of the well-intentioned administrator while reaffirming the regime of responsibility of the Courts of Accounts.

**Palavras-chave:** responsabilidade do agente público; responsabilidade financeira, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; Lei nº 13.655/2018; ressarcimento ao erário; dolo ou erro grosseiro; tribunais de contas.

**Key-words:** responsibility of the public agent; financial responsibility, Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law; Law No. 13.655/2018; reimbursement to the treasury; willful misconduct or gross error; Courts of Accounts.

<sup>1</sup> Artigo produzido sobre recorte do trabalho de conclusão do curso de graduação em Direito da UFMG apresentado em março de 2021.



## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho almeja fomentar o debate acerca da natureza e regime jurídico da responsabilidade apurada pelos tribunais de contas, em especial aquela relacionada à apuração de dano ao erário. Considera-se que o debate deve ser reacendido justamente pela especificidade do tema diante das singulares funções exercidas pelas cortes de contas e também pela evolução legislativa ligada à edição da Lei n. 13.655/2018 que alterou Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/1942).

Foi a Lei n. 13.655/2018 o primeiro ato normativo brasileiro a fazer referência à expressão “esfera controladora”, bem como foi aquela que traçou novos limites para a responsabilidade do agente público em seu artigo 28 cuja redação é um dos motivos que inspirou o presente trabalho, principalmente pelas divergências em sua interpretação pela comunidade jurídica. Referido artigo dispõe que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou *erro grosseiro*”. Em verdade, as discussões se concentram notadamente sobre o escopo de aplicabilidade aos tipos de responsabilidade e sobre o conceito de erro grosseiro.

Há doutrina que defenda que o elemento erro grosseiro é sinônimo de culpa grave e limitou a culpa necessária para apuração de responsabilidade do agente público em várias esferas, como a administrativa disciplinar, civil, por atos de improbidade administrativa e perante os tribunais de contas. No tocante às cortes de contas afirmam que o erro grosseiro passou a ser exigido como elemento mínimo tanto na responsabilidade para apuração da pretensão de sanção, isto é, quando o agente viola norma jurídica a qual se submete e é punido, na mesma medida em que influenciou a pretensão de ressarcimento, quando o agente dá causa ao dano ao erário.

Por outro lado, sustenta o TCU na esteira do entendimento exarado pelo Acórdão n. 2.391/2018 – Plenário, que o artigo 28 da LINDB somente influencia na apuração de sanções por aquele Tribunal, uma vez que o ressarcimento do dano ao erário se submeteria ao disposto do artigo 37, §6º da Constituição Federal, que trata da responsabilidade regressiva do agente público, o qual não faz gradação de culpa para fins dessa responsabilidade.

Em que pese a variedade de discussões que referido artigo traz consigo, buscar-se-á sua interpretação tão somente no que concerne às atribuições do controle externo a cargo dos tribunais de contas, em especial, ao julgamento das contas dos responsáveis que ensejaram dano ao erário, consoante art. 71, II da Carta Constitucional. Nesses termos, concebe-se a tese de que o regime jurídico de responsabilidade dos agentes submetidos aos tribunais de contas já é visível no arcabouço normativo brasileiro sobretudo após a edição da Lei n. 13.655/2018.

Surge assim, necessidade de independência doutrinária da responsabilidade apurada pelos tribunais de contas, a qual será denominada responsabilidade financeira, adotando-se como referencial teórico instituto importado do direito português sobre tribunais de contas, que merece mais atenção da doutrina brasileira. A expressão “responsabilidade financeira”, malgrado não seja muito reconhecida no Brasil, revela a particularidade que é devida ao regime de responsabilidade dos agentes perante os tribunais de contas.

Argumentar-se-á que a referida espécie de responsabilidade não deriva expressa e diretamente do art. 37, §6º da CFRB, sendo que, na verdade, diante de lacunas legislativas, foi o dispositivo utilizado pelas cortes de contas de forma analógica para a apuração de responsabilidade do agente público durante vários anos. Esse seria um dos motivos não explícitos que levaram ao legislador a edição da Lei n. 13.655/2018 com o claro objetivo de consagrar e disciplinar a responsabilidade apurada pelos tribunais de contas, supondo-se, para tanto, que a norma foi editada especialmente direcionada aos órgãos de Controle Externo.

Dessa forma, será explicado que a responsabilidade financeira é una, mas denota duas pretensões, isto é, a de sanção e a de reintegração, sendo essa última abordada com mais profundidade dada a divergência entre o posicionamento do TCU e de parte considerável da doutrina sobre a aplicação do artigo 28 da LINDB ao dano ao erário.

Em breves linhas, o presente trabalho explorará as bases da teoria geral de responsabilidade civil subjetiva extracontratual, adotada como paradigma axiológico para a responsabilidade financeira por reintegração ou reintegratória, principalmente no referente aos pressupostos de responsabilidade, quais sejam i) conduta do agente, ii) dano, iii) nexos de causalidade e iv) culpa genérica ou *latu sensu*. Será objeto de estudo a posição do TCU que sustenta ser a pretensão de ressarcimento de dano ao erário incompatível com o artigo 28 da LINDB. Após, serão expostos os entendimentos contrários da doutrina, que sustentam total aplicação da norma ao escopo da responsabilidade por dano ao erário.

Ao final, o argumento será pela possibilidade de aplicação do artigo 28 da LINDB à responsabilidade financeira na pretensão de ressarcimento dos tribunais de contas, à luz da constitucionalidade do artigo, e da novel doutrina que ainda se digladia pela amplitude de aplicação da norma.

Ademais, ressaltando novamente a expressão responsabilidade financeira, propor-se-á que a LINDB consagrou essa espécie de responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, não no nome, mas na essência de um instituto singular do direito brasileiro. A isso, denota-se fundamental importância para futuros estudos acerca de como os tribunais de contas responsabilizam, argumentando-se que certas atribuições das cortes por seu caráter análogo ao jurisdicional, implicam na referida espécie de responsabilidade que é subjetiva e, portanto, totalmente influenciada pelo artigo 28 da LINDB.

## **2 A ESPÉCIE DE RESPONSABILIDADE APURADA PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

### **2.1 Jurisdição e Tribunais de Contas**

A disciplina dos tribunais de contas é a disciplina do controle externo. Nas lições clássicas de Hely Lopes Meirelles, “controle, em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro”<sup>2</sup>. O controle externo, nada mais é do que uma modalidade de controle, a ser exercida por um órgão constitucional independente, tal como o tribunal de contas, sobre a atividade administrativa de outro, responsável pelo ato controlado, tal como o Poder Executivo.

Na ótica da Carta de 1988 o controle externo possui como titular o Poder Legislativo, com atividade bem delineada, qual seja a “Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária” (Título IV, Capítulo I, Seção IX, Artigos 70 a 75 da CF/88). A fim de operacionalizar a função de controle externo, criou-se um órgão auxiliar, porém independente do Poder Legislativo, chamado Tribunal de Contas da União (TCU) a que foi atribuído diversas competências e jurisdição em todo território nacional.

Diz-se jurisdição que, nesse sentido, deve ser entendida como o poder-dever de dizer o Direito, atribuído ao Estado, quando do exercício de sua função jurisdicional para resolver interesses em conflito, enquanto sujeito imparcial segundo Theodoro Jr.<sup>3</sup> No tocante aos tribunais de contas a maioria da doutrina não compreende que sua atividade se amolda na categoria fundamental da jurisdição, uma vez que seu monopólio pertenceria ao Poder Judiciário, sendo a atividade preponderante fruto da disposição constitucional de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Art. 5º, XXXV da CF/88), também conhecida como cláusula da inafastabilidade da jurisdição.

2 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 697.

3 THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. vol. 1. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 106.

O estudo e compreensão do que vem a ser jurisdição para os tribunais de contas é importante pois, percebe-se que a doutrina do Direito Administrativo, bem como a do Direito Financeiro, não costuma se alongar em temas tipicamente fora dos seus núcleos de estudo, mesmo na disciplina do controle externo da administração pública, pois, geralmente tal tema está ao recanto de suas teses gerais.

É de se ressaltar que nomes clássicos do Direito Administrativo e Constitucional como Di Pietro<sup>4</sup>, Cretella Júnior<sup>5</sup> e Afonso da Silva<sup>6</sup> expõem posições no sentido da inexistência de poder jurisdicional nas decisões das cortes de contas o que resultaria, segundo os autores, na incapacidade de apreciação da responsabilidade do agente público, mas somente da regularidade intrínseca da conta e nada mais.

Nesse sentido, percebe-se que uma falta de interesse sobre o tema da jurisdição dos tribunais de contas talvez tenha resultado em argumentos tangenciais, especialmente sob a ótica dos doutrinadores clássicos, e isso influenciou em outros temas relevantes do controle externo. Esse seria, precisamente, o caso da responsabilidade apurada pelos tribunais de contas.

À vista disso, em que pese as contribuições dos doutrinadores clássicos, parece-se caracterizar certo despreço para com a atuação do órgão de controle, uma vez, como se sabe, é rotina do TCU e dos demais tribunais a apreciação da responsabilidade dos agentes por seus atos na gestão pública, o que motivou a confecção do presente trabalho.

É que tais posições não subsistem sob o enfoque do dever de prestar contas e do arquétipo constitucional utilizado na formatação do controle externo a ser exercido pelos tribunais de contas. A simples leitura comparativa entre o art. 73, caput, em confronto com o §2º do art. 92, ambos da Constituição Federal, permitem afirmar que os tribunais de contas possuem funções, no mínimo, análogas às jurisdicionais, pois idêntica redação utilizada pelo constituinte para a jurisdição do Poder Judiciário, em especial do STF e dos demais tribunais superiores.

O exercício do poder jurisdicional é de tal forma que, justamente por isso, as decisões dos tribunais de contas não são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário, salvo em relação a raros vícios de forma e legalidade admitidos pela jurisprudência. É decorrência lógica, jurídica e inarredável da jurisdição tal insubmissão à revisão de mérito do julgamento das contas pelo Poder Judiciário, o que se traduz na vinculação constitucional das competências específicas do tribunal de contas.

Jorge Ulysses Jacoby Fernandes<sup>7</sup> ao comentar especialmente a posição da doutrina na possibilidade de revisão dos atos dos tribunais de contas pelo Poder Judiciário oferece uma posição que mais se coaduna com a missão institucional delegada às cortes de contas. Segundo o autor:

*Julgar é apreciar o mérito e, portanto, mesmo que a Constituição não utilizasse expressamente o termo “julgar”, ainda assim, uma decisão dessa Corte seria impenetrável para o Poder Judiciário. Se a maculasse manifesta ilegalidade, como qualquer sentença, poderia até ser cassada por meio de mandado de segurança, mas nunca, jamais, poderia se permitir ao magistrado substituir-se nesse julgamento de mérito. O juiz também deve conter sua atuação nos limites da lei e, foi a Lei Maior que deu a competência para julgar contas a uma Corte, devidamente instrumentalizada e tecnicamente especializada. Portanto, mesmo que o julgamento das Cortes de Contas não fosse um ato jurisdicional típico, mas apenas um ato administrativo, seu mérito jamais poderia ser revisto pelo Poder Judiciário.*

4 PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. Direito administrativo. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1010

5 Nas palavras de José Cretella Júnior: “as decisões do Tribunal de Contas não são decisões judiciais, porque ele não julga. Não profere julgamento nem de natureza cível, nem de natureza penal. As decisões proferidas dizem respeito à regularidade intrínseca da conta, e não sobre a responsabilidade do exator ou pagador ou sobre a imputação dessa responsabilidade” CRETELLA JUNIOR, José. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 49.

6 SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 167

7 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de contas do Brasil, , 4 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 127.

O mesmo autor, em seguida, rememora que o constituinte não conferiu jurisdição somente ao Poder Judiciário, tal qual é o art. 5º, XXXV, da CF/88, pois não foi obstáculo para que se atribuísse, em alguma medida, a outros poderes e órgãos a prerrogativa do exercício do poder jurisdicional, como é por exemplo o i) julgamento dos crimes políticos no processo de impeachment de autoridades pelo Senado Federal; ii) a concessão de indulto pelo Poder Executivo aos condenados criminalmente – Art. 84, IV da CF/88; iii) da aprovação das contas do exercício financeiro pelo Congresso Nacional, e sobretudo o objeto do presente texto, qual seja o iv) julgamento das contas dos administradores e outros responsáveis pelos valores públicos que ensejem dano ao erário, a ser realizado pelo tribunal de contas.

Mas o que é análise do julgamento do mérito das contas se não a apuração da responsabilidade do agente responsável por prestá-las? É que *julgar é dizer o direito, é exercer*, em alguma medida, jurisdição, o que leva a crer ser indispensável reconhecer aos tribunais de contas, no mínimo, funções de equivalentes jurisdicionais.

Veja-se que posição doutrinária que sustenta o exercício do poder jurisdicional pelas cortes de contas, todavia, não exclui dividir as competências da corte, as quais podem ser de exercício da função jurisdicional, ou quando não forem, de exercício de sua função administrativa<sup>8</sup>. Nessa esteira, propõe-se o estudo específico da competência cujo caráter jurisdicional poderia refletir na necessidade de apuração de responsabilidade subjetiva específica do agente, qual seja julgamento das contas dos responsáveis que ensejaram dano ao erário – art. 71, II da CF/88, que resulta na obrigação de reintegrar aos cofres públicos tais valores.

Aqui, ressalta-se, os tribunais de contas não estão a julgar somente “as contas”. Em verdade, julga-se os próprios agentes que são obrigados a prestá-las. Critica-se a doutrina clássica na medida em que “as contas” provêm “dos agentes”, e são eles e não aquelas, que praticam o ato culposo, que dão causa ao dano ao qual o nexo de causalidade se liga. Em outras palavras, a conduta do agente é fundamental para que se apure a regularidade da conta, sem aquela fica inviabilizada a análise da última.

O professor José dos Santos Carvalho Filho é enfático ao dizer que “é encargo dos administradores públicos a gestão de bens e interesses da coletividade, decorre daí o natural dever, a eles cometido, de prestar contas de sua atividade.”<sup>9</sup> Teoriza-se que essa peculiaridade do mandamento constitucional de prestar contas, corolário da indisponibilidade do interesse público, quando violado, sujeita o agente a um tipo de responsabilidade muito específica, relacionada ao cumprimento das normas de Direito Financeiro e Administrativo intrínsecas à contratação e dispêndio de recursos públicos, a qual se convencionou aqui denominar responsabilidade financeira, cuja dimensão será explicada a seguir a fim de reafirmar independência doutrinária do conceito aqui estudado.

## 2.2 A teoria da responsabilidade financeira

O termo responsabilidade financeira não é uma expressão comumente utilizado pela doutrina brasileira majoritária, dada a escassez de interesse pelo tema do controle externo à cargo dos tribunais de contas como já anteriormente apontado. Apesar de não estar amplamente consagrado na doutrina, percebeu-se que a utilização da expressão tem galgado recorrência na jurisprudência do próprio TCU, justamente quando abordou a aplicação do artigo 28 da LINDB na esfera de controle, como se percebeu no paradigmático Acórdão n. 2.391/2018<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Tal divisão de competências jurisdicionais e administrativas se encontram nos incisos e parágrafos do artigo 71 da Magna Carta conforme ressalta Alexandre Aroeira Salles. SALLES, Alexandre Aroeira. A necessária reformulação da Organização e do Processo nos Tribunais de Contas para efetivo alcance dos Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

<sup>9</sup> CARVALHO FILHO, Jose dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.p. 75.

<sup>10</sup> O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins do direito de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). As alterações promovidas

Tese de mestrado oriunda da Universidade de São Paulo (USP) posteriormente publicada em obra, de autoria de Emerson César da Silva Gomes, é que consagrou, em terras brasileiras, a utilização da expressão, buscando lhe dar independência teórica quanto às demais esferas de responsabilidade, tais como a penal, civil, administrativa e a por atos de improbidade administrativa.

Na obra intitulada “Responsabilidade Financeira – uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos tribunais de contas”, o autor define a responsabilidade financeira como:<sup>11</sup>

Obrigação de repor recursos públicos (imputação de débito) ou de suportar as sanções previstas em lei, no âmbito do controle financeiro exercido pelos Tribunais de Contas, em razão da violação de normas pertinentes à gestão de bens, dinheiros e valores públicos ou de recursos privados sujeitos à guarda e administração estatal

O autor paulista divide as formas de manifestação dessa responsabilidade em duas, seja na imputação de débito (responsabilidade ressarcitória ou reintegratória) ou na aplicação de multa consubstanciada em sanção, em regra, pecuniária (responsabilidade sancionatória)<sup>12</sup>. Ainda elenca como fundamentos da responsabilidade financeira três fontes, quais sejam i) a separação da gestão e a titularidade dos recursos públicos, ii) o Estado Democrático de Direito e a iii) existência de tribunais ou cortes de contas com função jurisdicional<sup>13</sup>, esse último aspecto apontado no tópico anterior como fundamental para a independência do conceito aqui explorado.

A expressão é importada do direito português sobre os tribunais de contas, sendo amplamente aceito em terras lusitanas, onde tais cortes, apesar de integrarem o Poder Judiciário<sup>14</sup>, desenvolveram sua própria esfera de responsabilidade, a qual, em direito comparado aqui se aproveitou, para sustentar posteriormente a aplicação do art. 28 da LINDB com o referido tipo de responsabilidade.

A título de ilustração, veja-se como a Constituição portuguesa, por meio do art. 214<sup>15</sup>, estabelece a competência jurisdicional ao seu tribunal de contas, nos termos em que especifica a responsabilidade financeira:

O Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas que a lei mandar submeter-lhe, competindo-lhe, nomeadamente: a) Dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social; b) Dar parecer sobre as contas das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira; c) Efectivar a *responsabilidade por infracções financeiras*, nos termos da lei; d) Exercer as demais competências que lhe forem atribuídas por lei.

Tal independência doutrinária, como se observa no direito português, nada mais é do que um reflexo da necessidade de se estabelecer balizas para apuração de responsabilidade pessoal do agente público

---

na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pela Lei n. 13.655/2018, em especial a inclusão do art. 28, não provocaram modificação nos requisitos necessários para a *responsabilidade financeira por débito BRASIL*. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº 2391/2018. Tomada de contas especial. Relator: Min. Benjamin Zymler, 10 out. 2018. Brasília: TCU, 2018.

11 GOMES, Emerson Cesar da Silva. Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos tribunais de contas. 2009. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2009.

12 *Ibidem*, p. 13

13 *Ibidem*, p. 48

14 "A Constituição Portuguesa sugere a existência de reservas especiais de jurisdição no sentido de reservar a certos tribunais o julgamento de certos litígios. Assim, por exemplo, estabelece o art. 212º/3 a competência dos tribunais administrativos e fiscais para o julgamento de questões de natureza administrativa e fiscal. No art. 214º, referente ao Tribunal de Contas, consagra-se a reserva deste Tribunal para a 'fiscalização da legalidade de despesas públicas' e do julgamento das contas que a lei mande submeter-lhe". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003., p. 676.

15 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (1976).

que pratica ato ilícito contra a administração financeira. Ocorre que, como qualquer teoria, necessita de sustentação teórica, o que, no caso da responsabilidade financeira reintegratória, partiu dos pressupostos tradicionais de responsabilidade civil subjetiva extracontratual.

Bem verdade que, tratando-se de responsabilidade, seja civil, por atos de improbidade que deem causa a dano ao erário ou na financeira reintegratória, em regra, incidirá na mesma definição comum dada pelo Código Civil, ao menos, axiologicamente ao disposto no artigo 927, cuja redação é “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Portanto, essa noção jurídica de responsabilidade reflete a noção de que o sujeito pratica ato ilícito que gera um dano, violando uma norma jurídica, cuja consequência é a obrigação de reparar.

A responsabilidade por sanção, por outro lado, parte do pressuposto de violação jurídica de uma norma, sem contudo, estar umbilicalmente ligada a um dano material, há, então, dano à ordem jurídica. Nesse sentido, aproxima-se muito do Direito Penal, cuja razão de ser é justamente essa. Emerson Gomes concluiu que esses dois aspectos de responsabilidade (pretensões de ressarcimento e sanção) malgrado possam ser tratados juntos no que compete aos tribunais de contas, exigem, por suas características, um tratamento individualizado, na forma que se opta por destrinchar a teoria de pressupostos que embasa a responsabilidade financeira ressarcitória.

### 2.3. Os pressupostos de responsabilidade civil aplicados aos Tribunais de Contas

Segundo a doutrina do Direito Civil, reconhece-se que a responsabilidade possui ao menos três pressupostos de caráter objetivo, também chamados elementos de responsabilidade. Maria Helena Diniz<sup>16</sup> por exemplo elenca três pressupostos, a saber: i) existência de uma ação, comissiva ou omissiva, qualificada juridicamente, isto é, que se apresenta como ato ilícito ou lícito; ii) ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado à vítima; iii) nexó de causalidade entre o dano e a ação, o que constitui o fato gerador da responsabilidade.

Outros doutrinadores, como Flávio Tartuce, adicionam um quarto elemento, qual seja o pressuposto subjetivo, a culpa genérica, aqui compreendido também o dolo, já que “de qualquer forma, ainda prevalece o entendimento pelo qual a culpa em sentido amplo ou genérico é sim elemento essencial da responsabilidade civil, tese à qual este autor se filia”.<sup>17</sup> O estudo dos pressupostos de responsabilidade, amplamente abordados pela doutrina civilista, possuem o condão de embasar a responsabilidade por débito apurada pelos tribunais de contas especialmente sobre o enfoque das competências desses órgãos.

Acerca da conduta há de se destacar que é necessariamente voluntária, podendo se tratar de um ato comissivo (um agir, positivo) ou um ato omissivo (um não agir, negativo). Por outro lado, veja-se que, no tocante à responsabilidade apurada pelas cortes de contas, a conduta deve ter sido praticada, necessariamente, por um agente público ou por agente privado que se “equipare” ao público em razão da “gestão de bens, dinheiros e valores públicos” consoante o art. 70, *caput* da CF/88.

Aqui, é possível discorrer acerca de uma conduta qualificada pela pessoalidade do agente, se público na gestão de valores públicos, se privado, necessariamente acompanhado de agente público corresponsável. Tal lógica é a mesma aplicada em ações de improbidade administrativa<sup>18</sup> e no âmbito

16 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 21 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2007., p. 42.

17 TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p.431

18 “Para que o terceiro seja responsabilizado pelas sanções da Lei n.º 8.429/92 é indispensável que seja identificado algum agente público como autor da prática do ato de improbidade. Assim, não é possível a propositura de ação de improbidade exclusivamente contra o particular, sem a concomitante presença de agente público no polo passivo da demanda”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Recurso Especial 1.171.017/PA, Relator. Min. Sérgio Kukina, 25 de fevereiro de 2014. Brasília, STJ, 2014.

da responsabilidade financeira pode ser extraída da Súmula 187 do TCU<sup>19</sup>.

Ressalta-se ainda que a conduta pode ou não estar acompanhada de violação à norma de caráter administrativo-financeiro, porém o que determina a responsabilidade pelo débito é o efetivo dano ao erário. Mas o que vem a ser dano ao erário? Para Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze<sup>20</sup> o elemento genérico “dano”, que, é definido como “a lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não –, causado por ação ou omissão do sujeito infrator que poderá decorrer da agressão a direitos ou interesses personalíssimos (extrapatrimoniais)”

Veja-se que enquanto a doutrina civilista adota apenas o elemento “dano”, este é demasiado amplo para a responsabilidade financeira, pois pode englobar danos fora da esfera patrimonial, como o dano moral. Reforça-se assim a necessidade de independência das modalidades, isto é, novamente se trata de um pressuposto qualificado e específico da responsabilidade financeira.

Primeiramente, os recursos precisam possuir caráter público, por óbvio. Outro ponto é que devem se compor por pecúnia, pois não se trata de patrimônio público de forma ampla, mas do erário, dos valores monetários que o Estado arrecadou por meio da administração tributária.

Como lembra Emerson Gomes, o dano será limitado às quantias dispendidas e, em regra, será efetivo, pois se tratará da irregular saída de recursos públicos. Há, contudo, hipóteses de dano presumido na legislação, consoante art. 8º, *caput* da Lei Orgânica do TCU – Lei n. 8.443/1992, que ocorre quando da “omissão no dever de prestar contas”, ensejando a instauração de Tomada de Contas Especial.<sup>21</sup>

Já quanto ao nexo de causalidade, há de encontrar uma relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano ao erário. Nesse ponto, incide a discussão de qual teoria de nexo de causalidade é adotada pelo ordenamento civil brasileiro, se a teoria da equivalência das condições ou da causalidade adequada.

A primeira, que inclusive é a adotada para a responsabilidade penal<sup>22</sup>, advoga a tese de que o elemento causal se consubstancia em todo antecedente que haja concorrido para o evento dano, isto é, gerando o inconveniente da regressão infinita das causas, o que é resolvido pelos penalistas pela análise do elemento subjetivo.

Já a segunda, diz respeito a uma relação de causa adequada. Diz-se adequada, pois é a causa apta a causar o dano, nas lições de Sérgio Cavalieri, é “o antecedente, não só necessário, mas, também adequado à produção do resultado. Logo, nem todas as condições serão causa, mas apenas aquela que for mais apropriada para produzir o evento”<sup>23</sup>. Malgrado haja discordância, prevalece tese que o Código Civil no artigo 403<sup>24</sup> adotou a segunda teoria consoante defendem Rodolfo Pamplona e Pablo Stolze<sup>25</sup>. O Superior Tribunal de Justiça por outro lado, tem variado a interpretação, ora aplicando a causalidade adequada, ora aplicando teoria de nome “dano direto e imediato”, já que “somente se considera causa o

19 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 187. Sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, nas instâncias, próprias e distintas, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, dispensa-se, a juízo do Tribunal de Contas, a tomada de contas especial, quando houver dano ou prejuízo financeiro ou patrimonial, causado por pessoa estranha ao serviço público e sem conluio com servidor da Administração Direta ou Indireta e de Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, de qualquer outra entidade que gerencie recursos públicos, independentemente de sua natureza jurídica ou do nível quantitativo de participação no capital social. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 1982.

20 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil. 4 ed. São José dos Campos: Saraiva Jur, 2020.

21 *Ibidem*, p.182

22 É o que se extrai do Código Penal em seu art. 13: “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se a causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”.

23 CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 2. ed. Barueri: Atlas, 2020. p. 53. E-book.

24 “Art. 403: Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”.

25 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil. 4 ed. São José dos Campos: Saraiva Jur, 2020. p. 96.

evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso"<sup>26</sup>.

No que concerne aos tribunais de contas não há um consenso, o que leva a crer que esse aspecto merece maior aprofundamento, já que o TCU já demonstrou aventar a teoria da causalidade adequada para responsabilizar pareceristas pelo grau de persuasão que o parecer técnico/jurídico influenciou na decisão do gestor, como ocorreu no caso julgado pelo STF no MS nº 24.073-DF (Informativo STF nº 290)<sup>27</sup>. Nesse emblemático caso, o STF suspendeu decisão do TCU que havia responsabilizado solidariamente pareceristas jurídicos da Petrobras S.A. que opinaram sobre a legalidade de contratação direta realizada pela companhia.

Em tal procedimento de inspeção, o TCU apontou que os advogados pareceristas teriam influenciado de forma determinante na decisão da diretoria da estatal, de contratação irregular de firma de consultoria empresarial internacional. Provocado o STF, adotou-se entendimento de que o parecer não era ato administrativo propriamente dito, sendo possível apenas a responsabilidade solidária do parecerista se constatado "erro grave, inescusável ou por ato de omissão praticado com culpa em sentido largo"<sup>28</sup>.

Por conseguinte, considerando esse entendimento, aparenta ser a ideia do dano direto e imediato a mais acertada para apurar o nexo de causalidade na responsabilidade financeira do agente, pois somente ele decide, e a ele é imputado o ônus de prestar contas, sendo possível a adoção de outras teorias somente se considerado também elementos de subjetividades do agente como o erro grave e inescusável, o que por coincidência, é o mesmo sentido atribuído ao erro grosseiro.

Por isso, resta por fim, pontuar acerca do pressuposto subjetivo, este que é pilar fundamental da responsabilidade financeira e constitui o elemento crítico deste trabalho, já que o artigo 28 da LINDB possui o condão de influenciá-lo. Pois bem, constitui-se na culpa genérica ou *latu sensu*, que por sua vez tradicionalmente se divide em dolo e culpa *strictu sensu*.

Dolo, na melhor compreensão da doutrina criminal, segundo Greco citando Welzel, constitui-se na:<sup>29</sup>

Vontade e consciência dirigidas a realizar a conduta prevista no tipo penal incriminador. Conforme preleciona Welzel, toda ação consciente é conduzida pela decisão da ação, quer dizer, *pela consciência do que se quer* – o momento intelectual – e pela decisão a respeito de querer realizá-lo – o momento volitivo.

Enquanto o dolo é a violação volitiva do dever jurídico, a culpa em sentido estrito perfaz no descuido do dever jurídico, há falta de diligência por parte do agente que culmina na negligência, imprudência ou imperícia. Ocorre que a doutrina civilista tradicionalmente divide o elemento culpa em graus de violação, ou seja, culpa grave, leve e levíssima<sup>30</sup>, o que não ocorria na apuração da responsabilidade por culpa pelos tribunais de contas.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Recurso Especial nº 858.511/DF. Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Danos materiais e morais. Morte decorrente de "bala perdida" disparada por menor evadido há uma semana de estabelecimento destinado ao cumprimento de medida socioeducativa de semiliberdade. Ausência de nexo de causalidade. Relator: Ministro Luiz Fux e Ministro Teori Albino Zavascki, 19 de agosto de 2008. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2008.

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança nº 24073/DF. EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. [...] Relator: Ministro Carlos Veloso, 06 de novembro de 2002. Brasília, DF: STF, 2002.

28 *Ibidem*.

29 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 185.

30 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 13. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 326-329.

No que toca a esse assunto, para Gomes, a responsabilidade financeira “possui como requisito subjetivo a culpa no sentido amplo, o que engloba o dolo e a culpa em sentido estrito, com todas as suas modalidades: negligência, imprudência e imperícia”. Ainda pontua o autor que “isto se deve, em primeiro lugar, à aplicação analógica do art. 37, § 6º, da CF/88, ante as lacunas na legislação pertinente”<sup>31</sup>

Portanto, nota-se que para o autor essa acepção da culpabilidade em termos de responsabilidade financeira não derivaria expressa e diretamente do art. 37, §6º da CFRB. O citado dispositivo constitucional teria sido assim muito utilizado para justificar genericamente a culpa do gestor público, sem gradação do elemento, em uma analogia diante da ausência de normas disciplinadoras da culpa apurada nos procedimentos de controle externo. Teoriza-se que esse fato gerou a preocupação do legislador responsável por editar a Lei n. 13.655/2018, ao consagrar o uso da expressão “esfera controladora” e a gradação dos elementos de responsabilidade no artigo 28.

Chama-se atenção para esse ponto porque a obra de Emerson Gomes foi publicada em 2009 e, portanto, antes da edição da Lei n. 13.655/2018, quando havia lacunas de critérios subjetivos de responsabilidade, restando no âmbito dos tribunais de contas aplicação analógica baseada no art. 37, §6º da CFRB, por restar silente o legislador até aquele momento. Tal analogia, hoje, deve ser encarada com parcimônia e à luz do novel artigo 28 da LINDB, a fim de estabelecer critérios para aferição da culpa do agente decisor ou emissor de opiniões técnicas.

A adoção, por este trabalho, da teoria de Emerson Gomes não foi utilizada para respaldar o uso da expressão “responsabilidade financeira”, pois se admite que para ela não há reconhecimento expresso pela lei ou sequer pela doutrina majoritária brasileira.

O que se busca demonstrar é que existe uma espécie de responsabilidade com singular essência e que esta, sofreu significantes alterações pelo legislador diante do advento da Lei n. 13.655/2018. Nesse sentido, veja-se que a referida lei é a única, em todo o ordenamento jurídico brasileiro, que utiliza a expressão “esfera controladora”, em 5 (cinco) oportunidades, como se observa nos artigos 20, 21, 23, 24 e 27.

Tratar-se-ia de uma verdadeira consagração da responsabilidade apurada pelos tribunais de contas, diferenciando-a da simples responsabilidade administrativa ou da responsabilidade civil. Perceba-se que os pressupostos/elementos da responsabilidade apurada pelas cortes de contas são também essencialmente singulares, não se verificando em outras esferas de apuração.

Os próprios procedimentos dos tribunais de contas, como a tomada de contas especial, a representação e a prestação de contas revelam que existe especial distinção de como se responsabiliza por meio do controle externo, demonstrando a particularidade desse tipo de responsabilidade.

Chamá-la de financeira, num sentido didático, possui o condão de tornar independente um instituto que, por vezes, não possuiu a devida atenção da doutrina, mas como se viu é consagrado em outros ordenamentos jurídicos. Sustenta-se, portanto, que a LINDB, em certa medida, delineou a espécie de responsabilidade apurada pelos tribunais de contas, denominada nesse trabalho como responsabilidade financeira. Extrai-se essa ideia do próprio artigo 28, pois disciplinou a culpa do agente público que adivinha de aplicação analógica da Constituição, não subsistindo essa compreensão nos dias de hoje diante do novo normativo.

---

31 *Ibidem*, p.205.

## 3 RESPONSABILIDADE POR RESSARCIMENTO E AS NOVAS DISPOSIÇÕES DA LINDB

### 3.1. O erro grosseiro e a culpa grave

O projeto de lei que deu origem à nova redação incluída na LINDB foi o PLS n. 349/2015 do Senado Federal, de iniciativa do Senador Antônio Anastasia<sup>32</sup>, que acolheu anteprojeto elaborado pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, publicado na obra “Contratações Públicas e Seu Controle”, pela Editora Malheiros em 2013. De acordo com a justificativa do Senador, o projeto possuía como objetivo “incluir na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942) disposições para elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do direito público”.<sup>33</sup>

Parcela da doutrina alegava que a sistemática anterior do controle externo havia gerado um fenômeno por vezes chamado de “direito administrativo do medo”<sup>34</sup>, “apagão das canetas” e “hipertrofia do controle”<sup>35</sup>. Nesse sentido, para combater tal fenômeno, uma das novas disposições foi a que exigia para responsabilização de agentes públicos o elemento dolo ou erro grosseiro (art. 28), em caso de controle de suas decisões e opiniões técnicas. Portanto, havia uma ideia consubstanciada na proteção da boa-fé do agente público, com incremento nas balizas de apuração de responsabilidade.

Seria essa nova disposição a que reafirmaria a existência no ordenamento jurídico pátrio de ideia capitaneada pela própria essência trazida pela lei, qual seja a de se evitar o crime de opinião ou de hermenêutica. Isso afloraria a necessidade do controlador/julgador de se inserir no contexto do gestor na ótica do consequencialismo e realismo, como se percebe em outros trechos da recém alterada LINDB, tais como os artigos 20 e 22, que se referem aos critérios interpretativos de decisão.

Na mesma esteira, e considerando o espectro de responsabilidade apurada pelos tribunais de contas, Jacoby Fernandes elenca o princípio da aderência a diretrizes e normas como consectário dessa ideia, já que “quando busca o fiel cumprimento das normas e diretrizes, o órgão de controle também tolera, por dever de lógica, um conjunto de interpretações consideradas juridicamente razoáveis e ações que não tiveram o rendimento ótimo”<sup>36</sup>.

Portanto, resta claro que a limitação da culpabilidade do agente público apenas em caso de erro grosseiro ou dolo faz parte da essência ideológica trazida pela Lei n. 13.655/2018, todavia, a dúvida que restava era acerca da análise jurídica e alcance do elemento erro grosseiro. Pontue-se, inicialmente, que o parecer do Senado na CCJ, quando da análise do mérito do artigo 28 considerou que o elemento erro grosseiro era sinônimo de culpa grave.<sup>37</sup>

Noutro giro, após dois anos de vigência da LINDB, eis que surge o contexto da pandemia da COVID-19, situação de calamidade pública que demanda uma atuação proativa dos gestores públicos. Nessa toada

32 ANASTASIA, Antônio. Projeto de Lei n.º 349 de 2015, Inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Brasília: Senado Federal, 2015.

33 *Ibidem*, p. 4

34 CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. Revista de Direito, Universidade Federal de Viçosa, v. 09, n. 01, p. 19-39, 2017.

35 DANTAS, Bruno. O risco de ‘infantilizar’ a gestão pública: Agências reguladoras e gestores públicos em geral têm evitado tomar decisões inovadoras por receio de terem atos questionados. Ou pior: deixam de decidir à espera de aval prévio do TCU. Rio de Janeiro: Jornal O Globo, 6 jan. 2018.

36 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 47-48

37 “Prevê-se, por meio da norma que se pretende criar, a responsabilização do agente apenas em casos de dolo ou culpa grave (erro grosseiro). De mais disso, exclui-se a responsabilização em caso de adoção de entendimento dominante à época da prática do ato (disposição que dialoga com os arts. 22 e 26). Resolve um problema de incerteza do direito” ANASTASIA, Antônio. Projeto de lei nº 7.448 de 2017. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito. Brasília: Senado Federal, 2017.

é editada a Medida Provisória n. 966 em 14/05/2020 cujos dispositivos possuíam redação quase idêntica ao artigo 28 da LINDB e do Decreto n. 9.830/2019 que a regulamentara.

A repercussão foi tanta que durante a vigência da MP o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade dos dispositivos. Em sete ações diretas de inconstitucionalidade de números 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 e 6431 foram questionadas as disposições da MP 966, bem como do próprio artigo 28 da LINDB e das disposições do Decreto 9.830/2019 à luz do art. 37, §6º da CF/88 e de vários princípios e garantias constitucionais.

Apesar do debate da constitucionalidade do artigo 28 fosse relevante, em uma análise sumária o STF se manifestou apenas quanto a própria MP, mas firmando duas teses que colaboram para definição de erro grosseiro, veja-se:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção.

2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos.

Depreende-se desse julgamento que o STF, tão somente em juízo sumário, já se preocupou em definir o erro grosseiro, interpretando-o conforme a Constituição, principalmente pela preocupação com a pandemia do Coronavírus com a tomada de decisões administrativas sem respaldo técnico, diante da ausência de estudos sobre a nova doença. Esse ideal reflete em trecho do voto do ministro Luís Roberto Barroso, então relator das ADIs, que externou preocupação no sentido de que o problema não seria a delimitação da culpa do agente por erro grosseiro, mas tão somente a definição da expressão.

A noção de “erro grosseiro” adotada pelo Supremo confirmou o apreço pelas decisões técnicas, respaldando a constitucionalidade ao menos cautelar da expressão. A adoção dos princípios da prevenção e precaução, muito estudados pelo Direito Ambiental também favoreceram a interpretação conforme a Constituição, já que valorizam ideal de que administrador ao decidir deve velar pela consequência de seus atos, considerando os riscos conhecidos e desconhecidos do problema.

Assim, agir com erro grosseiro, na visão do STF e diante da pandemia, é agir com a culpa grave que o legislador concebeu na edição do artigo 28, e prezando por embasamentos técnicos. Muito embora o dispositivo não tenha sido objeto de análise naquela oportunidade, é bem verdade que a tendência da Corte Suprema é de confirmar a constitucionalidade do artigo bem como da expressão “erro grosseiro”, já que outros ministros já se manifestaram nesse sentido, em que pese os votos divergentes.

As lições do STF são fundamentais, pois se analisadas sob a ótica da doutrina do direito civil e penal assumem relevante significado jurídico sobre a disciplina da culpa. Assim, retomando-se conceitos abordados do capítulo anterior acerca dos pressupostos subjetivos da responsabilidade, passe-se, pois à análise da culpa *strictu sensu*. Remonta ao Direito Romano a divisão da culpa com base no grau de sua incidência, na tradicional culpa grave, leve ou levíssima. Nessa linha, transcreve-se a explicação dada pelo civilista Flávio Tartuce no que concerne à culpa grave<sup>38</sup>:

38 TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 442.

Na culpa lata ou culpa grave, 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 dolo, ou seja, o ofensor deverá pagar indenização integral (a culpa grave equipara-se ao dolo – culpa lata dolus aequiparatur). Não havendo culpa concorrente, da vítima ou de terceiro, não merecerá aplicação a redução proporcional da indenização (arts. 944, parágrafo único, e 945 do CC).

Veja-se que a doutrina civilista aborda questão crucial do elemento culpa grave. É que desde o Direito Romano esse grau de culpa é equiparado ao dolo. Tal ideia corrobora a ideia de que erro grosseiro é mais específico que a simples culpa, aproximando-se da culpa grave, ou até mesmo do dolo. A doutrina do Direito Penal também é nesse sentido, é o que se vê na comparação entre culpa consciente e dolo eventual, consoante Cezar Bittencourt<sup>39</sup>:

Os limites fronteiriços entre dolo eventual e culpa consciente constituem um dos problemas mais tormentosos da Teoria do Delito. Há entre ambos um traço comum: a previsão do resultado proibido. Mas, enquanto no dolo eventual o agente anui ao advento desse resultado, assumindo o risco de produzi-lo, em vez de renunciar à ação, na culpa consciente, ao contrário, repele a hipótese de superveniência do resultado, e, na esperança convicta de que este não ocorrerá, avalia mal e age

Diante dessas constatações, resta claro que a “má-avaliação” e a “imprudência e negligência crassa” são caracterizadoras desse “sub” elemento de culpa à qual o artigo 28 da LINDB se referiu. Sugere-se, portanto, a definição de que erro grosseiro constitui ato comissivo ou omissivo praticado com culpa grave, isto é diante de atuação imperita, negligente ou imprudente em grau elevado, equiparável ao dolo, diante de uma má-avaliação das condições da situação que gerou a decisão ou opinião técnica.

A sugestão leva em conta que o conceito ainda permanece indeterminado na legislação, porém é possível afirmar que já não se encontra tão vaga assim a ideia, considerando a manifestação da doutrina, do decreto regulamentador e principalmente do STF. Acredita-se, dessa forma, que a partir desse conceito há substrato jurídico suficiente para se prosseguir para as noções adotadas pelos tribunais de contas quanto à aplicação no âmbito da responsabilidade financeira por ressarcimento, para então fazer uma análise crítica das posições doutrinárias que entendem por sua inaplicabilidade ou não, como será descrito a seguir.

### **3.2. Admissibilidade do art. 28 da LINDB à pretensão de ressarcimento dos Tribunais de Contas**

A primeira vez que o TCU se manifestou acerca do artigo 28 da LINDB em processos de controle foi no Acórdão n.º 1.628/2018 - Plenário<sup>40</sup>, o qual firmou entendimento de que o erro grosseiro do agente seria aquele que fugiria do padrão do “administrador médio”. Sem embargo das críticas doutrinárias ao conceito de “administrador médio”<sup>41</sup>, certo é que após esse julgado o TCU se preocupou por enfrentar os questionamentos dos jurisdicionados quanto à aplicabilidade da LINDB nos processos de responsabilidade apurados pelos tribunais de contas. Sobreveio, assim, o Acórdão n.º 2.391/2018 - Plenário<sup>42</sup>, que expressaria o entendimento do TCU sobre o tema a ser seguido nos anos posteriores

39 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral., 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 826.

40 BRASIL. Tribunal de Contas da União (2ª Câmara). Acórdão n. 1.628/2018. Relator: Augusto Nardes, 27 de março de 2018. Brasília, DF: TCU, 2018.

41 PALMA, Juliana Bonacorsi de. Quem é o administrador médio do TCU? LINDB exige que condutas sejam avaliadas a partir da realidade. JOTA, São Paulo, 22 de agosto de 2018.

42 BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão n. 2.391/2018. Tomada de contas especial. Supostas irregularidades na liquidação e pagamento de despesas de contrato de prestação de serviços de transporte executivo. Citação. Argumentos apresentados insuficientes para elidir a irregularidade. Culpa grave nas condutas dos responsáveis. Contas irregulares, débito e multa. Ausência de culpa grave de um dos responsáveis. Afastamento da multa. Relator: Benjamin Zymler, 17 de outubro de 2018. Brasília, DF: TCU, 2018.

Neste *decisum*, o relator ministro Benjamin Zymler definiu o erro grosseiro na linha da culpa grave, adotando-se posição do sentido do termo erro contido Código Civil, já que “segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio”.

Prosseguiu o relator expondo que “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 decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave”<sup>43</sup>.

Assim, a partir dessas balizas, entendeu o TCU por responsabilizar o agente público por erro grosseiro ao evidenciar que o gestor, naquele caso, havia agido com culpa grave na supervisão de execução de contrato administrativo firmado por fundação pública. Extraiu-se esse entendimento do conjunto probatório do processo, cujo teor denotaria diligência abaixo do normal do sujeito, uma vez que havia instruído seus subalternos de maneira irregular, em descompasso com as disposições contratuais, resultando-lhe em multa aplicada pelo Tribunal.

Veja-se que esse entendimento foi positivo para a evolução da jurisprudência do TCU, que passou a discutir a juridicidade dos dispositivos trazidos pela Lei n. 13.655/2018 e como isso afetaria o exercício do controle externo. Salieta-se que esse posicionamento contribuiu para que sedimentasse o erro grosseiro como sinônimo de culpa grave. Contudo, qual seria a amplitude da delimitação da culpa pela LINDB e como isso influencia na apuração de responsabilidade financeira pelo TCU?

Isto é, percebe-se que mesmo quando aplicou e interpretou o artigo 28 da LINDB como culpa grave o TCU somente o fez para a pretensão de sanção, excluindo a de ressarcimento. Retomando-se os entendimentos firmados no Acórdão paradigma n. 2.391/2018 a Corte de Contas firmou a tese que permanece até hoje sobre como o artigo 28 da LINDB deve ser aplicado, *in litteris*<sup>44</sup>:

[...]as alterações promovidas na LINDB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito. O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição[...]. 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.

O que o Acórdão n. 2.391/2018 fez, portanto, foi afastar a incidência do artigo 28 na responsabilidade financeira por débito, adotando-se entendimento de que não é possível aplicar o erro grosseiro (já entendido como culpa grave), pois o artigo 37, §6º da CF/88 adota a culpa, em todos os sentidos, levíssima, leve e grave, o que inviabilizaria a incidência da LINDB.

Percebe-se que o entendimento em voga é o que tem concebido pela inaplicabilidade da LINDB à responsabilidade financeira reintegratória. Sustenta essa corrente que a culpa não pode ser disciplinada pelo legislador infraconstitucional. É possível dizer até que o TCU realizou certo controle de constitucionalidade do art. 28, nos moldes de uma interpretação conforme a Constituição, julgando incompatível com o art. 37, §6º da CF/88.

43 *Ibidem*.

44 *Ibidem*.

Por outro lado, os autores que advogam pela posição contrária do TCU sustentam a aplicabilidade integral do artigo 28 da LINDB na pretensão de ressarcimento dos tribunais de contas. Antes de elucidá-la, comenta-se o art. 37, §6º parte final da CF/88, *in verbis*:

§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.

Veja-se que o dispositivo trata de dois temas, em primeiro acerca da responsabilidade civil do Estado e das concessionárias de serviço público. Em segundo, e mais relevante para os fins desse trabalho, trata da responsabilidade civil subjetiva do agente causador do dano.

O que entende o TCU é que a responsabilidade financeira reintegratória se baseia na parte final desse dispositivo, o que, invariavelmente, demonstra que a simples culpa é suficiente para infirmar responsabilidade do agente. Ocorre que, segundo grande parte da doutrina, tal posição não subsiste.

Como primeiro argumento, Luciano Ferraz ensina que o art. 37, §6º “dedica-se aos danos causados pelos agentes públicos a terceiros (externos), e não aos danos causados pelos agentes públicos à própria administração pública (internos)”<sup>45</sup>. Veja-se que esse argumento é no sentido de o dispositivo constitucional nada quis disciplinar a responsabilidade direta do agente público com a administração, mas somente aquela em que o agente público causou à terceiros.

Em outras palavras, os danos apurados como danos ao erário não são danos causados à terceiros, isto é, quando o tribunal de contas apura dano em processo de contas, não há um terceiro envolvido que sofreu diretamente o dano, pois, em verdade, quem sofreu o dano direto foi o próprio Estado.

Prossegue essa corrente ao dizer que mesmo que o art. 37, §6º da CFRB fosse parâmetro para a culpa do agente público em qualquer situação (dano direto ou indireto), ainda assim, não haveria prejuízo para que o legislador graduasse o nível de culpa exigido para responsabilidade. O argumento, que é creditado ao Professor Clóvis Beznos e também utilizado por Luciano Ferraz dispõe que<sup>46</sup>:

Não existe proibição constitucional a que o legislador possa fazê-lo, sendo absolutamente frequente essa hipótese na legislação infraconstitucional. A respeito, confira-se o inciso I do artigo 143 e o artigo 181, ambos do Código de Processo Civil, que prescrevem que magistrados e membros do Ministério Público somente podem ser responsabilizados por perdas e danos se procedem com dolo ou fraude, aplicando-se a mesma regra para ministros do Tribunal de Contas da União.

Veja-se que nesse sentido a Lei n. 13.655/2018 não inovou ao exigir o erro grosseiro como parâmetro de responsabilização de agentes públicos pois já existiam disposições semelhantes no CPC/15, não só para juízes e membros do MP, como também para defensores e advogados públicos, que se limitam ao dolo ou fraude<sup>47</sup>. Juliana Bonacorsi e André Rosilho<sup>48</sup> também lembram que o mesmo se aplica aos agentes públicos envolvidos na composição por mediação da Lei de Mediação<sup>49</sup>, bem como os conselheiros do CARF em suas decisões<sup>50</sup> e os agentes públicos que participarem de transação tributária<sup>51</sup>.

45 FERRAZ, Luciano. Alteração na Lindb e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos. Conjur, São Paulo, 29 nov. 2018.

46 *Ibidem*.

47 Cf. arts. 187 e 184, respectivamente do CPC/15.

48 PALMA, Juliana Bonacorsi de. ROSILHO, André. Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público do art. 28 da Nova LINDB. Revista da CGU, Volume 13, Nº 23, Brasília, Jan-Jun 2021.

49 Cf. art. 40, Lei n.º 13.140/2015.

50 Cf. art. 48, parágrafo único, inc. I, da Lei n.º 11.941/2009

51 Cf. art. 29, Lei n.º 13.988/2020.

Para Paulo Modesto, o TCU fez uma distinção não contemplada no artigo 28 da LINDB, não havendo o que se falar em inconstitucionalidade na limitação da culpa<sup>52</sup>. Prossegue dizendo o autor que o dispositivo cobra das ações de controle uma “avaliação contextual e individualizada, pois deverá ser considerado no juízo de caracterização do erro grosseiro ou falta grave os obstáculos e dificuldades reais do agente público”.

Trata-se de proteger o decisor de boa-fé e o consultor técnico, o que na visão de Juliano Heinen e Rafael Maffini<sup>53</sup> é apenas uma posituação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre atos de improbidade que ensejam dano ao erário, isto é, exigindo ao menos a culpa grave mesmo antes do advento da novel lei, já que “impende ressaltar que a improbidade administrativa busca atingir o administrador desonesto e que age com má-fé e não o inapto”<sup>54</sup>.

Tanto persevera essa ideia pelo ato de improbidade do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992 – ato que enseja dano ao erário, quanto para a pretensão de ressarcimento dos tribunais de contas que são muito semelhantes. Os autores nesse sentido, ressaltam que a norma foi propositalmente endereçada para os tribunais de contas, veja-se<sup>55</sup>:

*Tal alteração é especialmente relevante no que diz com a responsabilização de agentes públicos por Tribunais de Contas, uma vez que, embora não se costume afirmar que se trata de uma responsabilidade de natureza objetiva, é usual endereçar-se responsabilização a gestores, simplesmente pela ocorrência de certos comportamentos, sem que se faça a devida perquirição acerca de sua culpabilidade.*

*Agora, com o advento do art. 28 do Decreto-Lei no 4.657/1942, com a redação dada pela Lei no 13.655/2018, mesmo em relação à responsabilização imposta pelos Tribunais de Contas, os agentes públicos somente poderão ser pessoalmente responsabilizados se demonstrada, de modo cabal, a ocorrência de culpa ou de erro grosseiro, não mais bastando a simples indicação de condutas supostamente infracionais ou a simples indicação de culpa (imprudência, imperícia ou negligência) não caracterizadora da noção de erro grosseiro*

No mesmo sentido, José Maurício Conti, doutrinador de Direito Financeiro, também advoga tese de que “no âmbito dos tribunais de contas, a conduta dolosa ou culposa do gestor de recursos públicos que implique dano ao erário acarretava a responsabilidade financeira reintegratória”. E prossegue “a Lei n. 13.655/2018 alterou um pouco essa sistemática, e o gestor público passou a responder somente em caso de dolo ou erro grosseiro”<sup>56</sup>.

Portanto, apesar da discordância do TCU, percebeu-se certa tendência na doutrina pela aplicação do artigo 28 da LINDB às duas pretensões da responsabilidade financeira. A própria Suprema Corte, ao analisar a MP 966/2019, manifestou tendência no sentido de aceitar a redação do artigo 28 da LINDB como legítima, o que se confirmado, possui o condão de influenciar na mudança de jurisprudência do TCU já que, o argumento paradigma do Acórdão n. 2.931/2018 não prevaleceria.

52 MODESTO, Paulo. MP 966 e a responsabilidade dos agentes públicos. *Conjur*, São Paulo, 21 de maio de 2020.

53 MAFFINI, Rafael; HEINEIN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei nº 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set./dez. 2018.

54 STJ, AREsp. no 285.402, rel. min. Benedito Gonçalves, j. 3/2/2015.

55 *Ibidem*.

56 CONTI, José Maurício. *Levando o direito financeiro a sério: a luta continua* 3. ed. São Paulo: Blucher, 2019. p. 374-375.

Assim, de tudo que foi exposto, é possível abstrair certa legitimidade da norma por seus objetivos hermenêuticos, sem, contudo, dizer que isso significa flertar com a má-fé ou com a corrupção. Da maneira que está posta, somente se exige dos órgãos de controle uma análise casuística de cada decisão ou opinião do agente público, até mesmo para a pretensão de ressarcimento ao erário.

Por óbvio não se pode entender a norma como convite para a malversação do erário, e por isso a decisão cautelar do STF foi fundamental. Acredita-se que o preceito não privilegia o agente público decisor ou emissor de opiniões técnicas, em verdade, valoriza-se o bom gestor e se exige que o tribunal de contas apure a responsabilidade com conjunto probatório suficiente que demonstre no mínimo a culpa grave.

Apesar disso, veja-se que a incidência do artigo é limitada a decisões e opiniões técnicas de agentes públicos. Quis o legislador que fosse dessa forma, tanto que a norma somente pode ser aplicada aos gestores/ agentes do Estado que se submetem ao controle externo, quando emanam atos decisórios ou, sendo pareceristas, ao emanar opiniões técnicas fundamentadas.

Quanto às opiniões técnicas, percebe-se que a legislação expressamente autoriza a responsabilidade do parecerista, muito embora não sejam estes os responsáveis pelo efetivo agir administrativo (nesse aspecto pertinente a discussão do nexa causal), na forma que somente se admite a sua responsabilidade quando verificado, ao menos, o erro grosseiro.

Para as decisões, pontue-se que é importante definir quais atos as constituem e quem as pratica. Aproveitando-se dos conceitos da Lei do Processo Administrativo Federal – Lei n. 9.784/1999, somente possui poder de decisão o servidor ou agente público que é Autoridade<sup>57</sup>, isto é, se o agente não é Autoridade ou não está no exercício desta, a princípio, inaplicável o artigo 28 da LINDB. Uma vez que esteja o agente atuando como Autoridade, quais atos são passíveis de serem considerados decisões? Seriam os atos omissivos de fato considerados decisões? Atendendo as ideias do legislador que embasaram a edição do artigo, embora possa ser questionado, é possível extrair também sua aplicabilidade, já que o ato omissivo é uma decisão por não decidir e isso foi consagrado no art. 12, §5º do decreto regulamentador da LINDB.

Noutro giro, para os agentes privados que eventualmente possam estar submetidos ao controle externo, pode se entender que, *a priori*, a norma a eles não pode ser estendida por ausência de previsão legal nesse sentido. É que a singela redação do artigo, bem como a própria interpretação da maior parte da doutrina ao considerá-lo constitucional usa como argumento a limitação de responsabilidade a certos agentes públicos em outros normativos, o que, *data venia*, dificulta ainda mais a aplicabilidade do artigo 28 aos agentes privados submetidos ao controle externo.

Ocorre que, para estes, a conduta deve ser analisada juntamente com a do agente público responsável, a qual somente se responsabilizaria por dolo ou erro grosseiro. Uma vez constatada ausência de responsabilidade do agente público, poderia se concluir também pela irresponsabilidade do agente privado, na ótica da isonomia do tratamento, pois como responsabilizar por dano ao erário somente o agente privado se ao agente público não fosse reconhecido o elemento mínimo de erro grosseiro? Essa é, portanto, outra discussão que o reconhecimento da constitucionalidade do artigo pode causar.

Todavia, tais discussões merecem tratamento aprofundado, tanto pelos tribunais de contas como também pela doutrina especializada, na forma que resta evidenciado que nem todos os problemas atinentes ao artigo 28 da LINDB e os tribunais de contas estão ou estarão facilmente solucionados. É possível afirmar que sua interpretação pelo TCU dependeu e dependerá muito da casuística, pois o referido artigo possui o condão de dinamizar várias teses de responsabilidade perante o controle externo.

<sup>57</sup> Conceitua Autoridade o artigo 1º, §2º, III da Lei n. 9.784/1999: "Autoridade - o servidor ou agente público dotado de poder de decisão"

Espera-se que ao menos alguns desses temas sejam construídos ao longo da interpretação do artigo pelo STF, na medida que se pacifique a jurisprudência e se dê sentido positivo à norma também no âmbito do TCU e das demais cortes de contas.

## 4 CONCLUSÃO

Pontue-se, primeiramente, que o debate entre a aplicação ou não do artigo 28 da LINDB à pretensão de ressarcimento dos tribunais de contas é complexo e não se findará de imediato. O que se propôs no presente trabalho foi uma visão estrutural de como os tribunais de contas responsabilizam os agentes a eles submetidos, principalmente os gestores públicos, defendendo a existência de um regime próprio de responsabilidade que não é judicial nem administrativo, mas específico desses órgãos.

As cortes de contas exercem função indispensável à conjuntura republicana do Estado Democrático de Direito. Segundo a clássica doutrina, as atribuições a eles conferidas não caracterizam propriamente funções jurisdicionais. Apesar disso, verifica-se que, ao menos, representam equivalentes jurisdicionais capazes de infirmar responsabilidade dos agentes, isto é, não julgam somente contas, mas também a responsabilidade subjetiva dos agentes responsáveis por prestá-las.

Nesse sentido, através da jurisdição como fundamento, apontou-se que a responsabilidade apurada pelos tribunais de contas por suas peculiaridades e pelo mandamento constitucional, merece tratamento singular ao lado das demais espécies de responsabilidade, como a penal, civil e administrativa.

Utilizando-se da compreensão da expressão “responsabilidade financeira” extraída do direito português, defendeu-se a existência de um regime de responsabilidade subjetiva próprio e singular dos tribunais de contas que ficou mais delineado diante do advento da Lei n. 13.655/2018, especialmente pela limitação da culpa do agente público e da consagração da “esfera de controle”. Assim, verificou-se a necessidade de preenchimento de pressupostos ou elementos de responsabilidade (conduta, dano, nexos de causalidade e culpabilidade) para que o agente público possa sofrer as consequências da atuação do controle externo.

Tal constatação é apenas uma garantia de previsão e segurança jurídica acerca dos atos que o administrador toma no exercício do poder-dever de gerir a máquina pública. Trata-se de prestígio ao bom gestor e a consideração da realidade particular de cada um. É justamente nisso que se insere o erro grosseiro como sinônimo de culpa grave, excluindo-se a responsabilidade por mera irregularidade ou descuido escusável, vedando-se assim o crime de hermenêutica.

A análise da jurisprudência do TCU revela contudo, certa resistência para aplicação do dispositivo e uma tendência natural pelo punitivismo das cortes de contas, o que é não estranho, visto que a formação dos tribunais de contas muitas vezes não permite avaliação satisfatória dos elementos subjetivos da conduta do agente. Aqui, com razão a doutrina majoritária, é preciso diferenciar o gestor de boa-fé do desonesto, sob pena de desmotivar a atuação do mesmo, no citado “apagão das canetas”.

Pondera-se, todavia, não significar que ao administrador é permitido tudo, como se o artigo 28 da LINDB fosse uma carta branca para a atuação de má-fé, pois isso evidentemente não se coaduna com os fundamentos republicanos. O mau gestor pode e deve ser punido mediante contraditório e garantido o devido processo legal. Não se pode extrair teratologias do referido dispositivo, o que se objetivou é tão somente a vedação da prática de responsabilização por culpa presumida, vedando-se a responsabilidade objetiva.

Assim, é possível afirmar que não há o que se falar em inconstitucionalidade do artigo 28 da LINDB perante o artigo 37, §6º da Constituição seja pelos argumentos da doutrina, seja porque a responsabilidade dita

financeira não derivaria diretamente do citado dispositivo, funcionando este mais como um elemento normativo de interpretação analógica do que como fundamento originário.

Bem elucidada a doutrina que a Constituição não disciplinou o dano direto do agente público ao erário, mas tão somente o dano indireto a qual a regra da responsabilidade regressiva faz alusão. Portanto, possui o legislador o poder de limitar a aceção do que significa agir com culpa, ou até mesmo excluir esse elemento para determinados agentes, como se verifica da responsabilidade dos juizes, promotores, defensores e advogados públicos derivada de outras leis.

O STF já foi instado a se manifestar e tem revelado tendência para considerar o erro grosseiro como constitucional, ao mesmo tempo em que fixa parâmetros de hermenêutica do sentido da expressão, para que não seja erroneamente usada na prática forense e do controle.

Se confirmado esse posicionamento, acredita-se que os tribunais de contas devem se sujeitar ao artigo em ambas pretensões de responsabilidade financeira, qual seja a de sanção e ressarcimento. Uma vez sedimentada essa ideia, todavia, uma análise mais profunda é necessária, já que a partir disso surgem dúvidas acerca da aplicabilidade do artigo aos agentes privados submetidos ao controle, bem como do que se entende por “decisão”. Espera-se que esses temas sejam construídos ao longo da interpretação do artigo pelo STF na medida que se pacifique a jurisprudência e se dê sentido positivo a norma também no âmbito do TCU e das demais cortes de contas.

Apesar disso, conclui-se que o artigo 28 da LINDB possui o caráter de melhorar a atuação do controle externo, tornando-a mais eficiente e mais alinhada com um regime de responsabilidade próprio que seja justo e efetivo na punição dos agentes responsáveis pela malversação dos valores públicos em cumprimento ao dever institucional dos tribunais de contas.

## REFERÊNCIAS

ANASTASIA, Antônio. Projeto de Lei 349 de 2015. Inclui na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657, de 1942), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Brasília: Senado Federal, 2017. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra?codteor=15\\_98338&filename=Tramitacao-PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7448/2017](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra?codteor=15_98338&filename=Tramitacao-PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+7448/2017)> . Acesso em: 21 fev. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral., 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Código Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF: Presidência da República, 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Código de Processo Civil Civil. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: . Acesso em: 21 fev. 2021

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 7 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, 1942. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.. Brasília, DF: Presidência da República, 199. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm)>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Recurso Especial 1.171.017/PA, Relator. Min. Sérgio Kukina, 25 de fevereiro de 2014. Brasília, STJ. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24973962/recurso-especial-resp-1171017-pa-2009-0242733-1-stj/inteiro-teor-24973963>>. Acesso em: 09 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1ª Turma). Recurso Especial 858.511/DF. Administrativo. Responsabilidade Civil do Estado. Danos materiais e morais. Morte decorrente de “bala perdida” disparada por menor evadido há uma semana de estabelecimento destinado ao cumprimento de medida sócio-educativa de semi-liberdade. Ausência de nexo de causalidade. Relator: Ministro Luiz Fux e Ministro Teori Albino Zavascki, 19 de agosto de 2008. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 2008. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/785763/recurso-especial-resp-858511-df-2006-0121245-9/inteiro-teor-12782868>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na ADI 6.421/DF. Direito administrativo. Ações diretas de inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de agentes públicos. Atos relacionados à pandemia de covid-19. Medida provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2020. Brasília, DF: STF, 2020. Disponível em: Acesso em 20 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Mandado de Segurança nº 24073/DF. EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. [...] Relator: Ministro Carlos Veloso, 06 de novembro de 2002. Brasília, DF: STF, 2002. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur95952/false>>. Acesso em 21 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (2ª Câmara). Acórdão 1628/2018. Relator: Augusto Nardes, 27 de março de 2018. Brasília, DF: TCU, 2018. Disponível em: Acesso em: 20 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). Acórdão nº 2391/2018. Tomada de contas especial. Supostas irregularidades na liquidação e pagamento de despesas de contrato de prestação de serviços de transporte executivo. Citação. Argumentos apresentados insuficientes para elidir a irregularidade. Culpa grave nas condutas dos responsáveis. Contas irregulares, débito e multa. Ausência de culpa grave de um dos responsáveis. Afastamento da multa. Relator: Min. Benjamin Zymler, 10 out. 2018. Brasília: TCU, 2018. Disponível em: <[https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaoCompleto/\\*/%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordaoCompleto/*/%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520)>. Acesso em: 21 fev. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 187., 1982. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/sumula/187/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMEROINT%2520desc/0/sinonimos%253>>. Acesso em 21 fev. 2021.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. Revista de Direito, Universidade Federal de Viçosa, v. 09, n. 01, p. 19-39, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra:

Almedina, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 2. ed. Barueri: Atlas, 2020.

CONTI, José Maurício. Levando o direito financeiro a sério: a luta continua. 3. ed. São Paulo: Blucher, 2019.

DANTAS, Bruno. O risco de 'infantilizar' a gestão pública: Agências reguladoras e gestores públicos em geral têm evitado tomar decisões inovadoras por receio de terem atos questionados. Ou pior: deixam de decidir à espera de aval prévio do TCU. Rio de Janeiro: Jornal O Globo, 6 jan. 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>>. Acesso em: 22 dez. 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 21 ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERRAZ, Luciano. Alteração na Lindb e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos. Conjur, São Paulo, 29 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu>>. Acesso em: 18 fev. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de Direito Civil. 4 ed. São José dos Campos: Saraiva Jur, 2020.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. Responsabilidade financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos tribunais de contas. 2009. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-093734/pt-br.php>>. Acesso em: 20 fev. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 13. ed. v. 4. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2013.

THEODORO JR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. vol. 1. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

CRETELLA JUNIOR, José. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro, Forense, 1989.

MAFFINI, Rafael. HEINEN, Juliano. Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei nº 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 277, n. 3, p. 247-278, set./dez. 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MODESTO, Paulo. MP 966 e a responsabilidade dos agentes públicos. Conjur, São Paulo, 21 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-21/interesse-publico-mp-966-responsabilidade-agentes-publicos#sdfnote2sym>>. Acesso em: 21 fev. 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Quem é o administrador médio do TCU? LINDB exige que condutas sejam avaliadas a partir da realidade. JOTA, São Paulo, 22 de agosto de 2018. Disponível em: <[http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/10/Quem-%C3%A9-o-admin\\_istrador-m%C3%A9dio-do-TCU-JOTA-Info.pdf](http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/10/Quem-%C3%A9-o-admin_istrador-m%C3%A9dio-do-TCU-JOTA-Info.pdf)>. Acesso em 12 de mar. de 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. ROSILHO, André. Constitucionalidade do Direito ao Erro do Gestor Público

do art. 28 da Nova LINDB. Revista da CGU, Volume 13, Nº 23, Brasília, Jan-Jun 2021. Disponível em: <[https://revista.cgu.gov.br/Revista\\_da\\_CGU/article/view/386/266](https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/386/266)> Acesso em 20 de jul. de 2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 31. ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa (1976). Disponível em:. Acesso em: 09 fev. 2021.

SALLES, Alexandre Aroeira. A necessária reformulação da Organização e do Processo nos Tribunais de Contas para efetivo alcance dos Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Disponível em <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20021>>. Acesso em 18/02/2020.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das obrigações e responsabilidade civil. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

