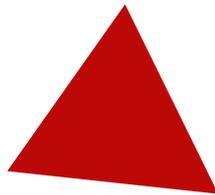


# A APLICABILIDADE DO ART. 28 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO (LINDB) AO DEVER DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO\*

THE APPLICABILITY OF THE ARTICLE 28 OF THE INTRODUCTION LAW TO THE BRAZILIAN JUSTICE RULES (LINDB) TO THE REPAYMENT DUTY TO THE PUBLIC FUNDS



## Lucas Marcelo Costa Aguiar

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Servidor comissionado no Gabinete do Dr. Daniel de Carvalho Guimarães – Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais.

**Sumário:** 1 Introdução; 2 Divergências doutrinárias na interpretação do art. 28; 3 A interpretação conferida pela incipiente jurisprudência; 4 A Medida Provisória nº 966/2020 e a decisão cautelar do supremo tribunal federal; 5 Análise da aplicabilidade do art. 28 ao dever de ressarcimento ao erário; 5.1 regime jurídico das sanções administrativas e do ressarcimento ao erário; 5.2 ressarcimento ao erário no art. 37, §6º, da constituição da república; 5.3 a interpretação do termo “culpa” do art. 37, §6º, da constituição da república; 5.3.1 o art. 37, §6º, da constituição da república, como norma de eficácia plena; 5.3.2 análise do termo “culpa” como cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado; 6 considerações finais.

**Resumo:** Em 25 de abril de 2018 foi promulgada a Lei nº 13.655/2018, que incluiu na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), dentre outros, o art. 28, tratando da responsabilidade dos agentes públicos por suas decisões ou opiniões técnicas quando praticadas com dolo ou erro grosseiro. Considerando a existência de várias esferas de responsabilidade nas quais o agente público pode ser chamado a responder por seus atos, como, por exemplo, as esferas penal, civil, administrativa e por atos de improbidade administrativa, doutrina e jurisprudência logo divergiram na interpretação que deveria ser conferida à norma. Enquanto uns defendiam uma interpretação extensiva do dispositivo, aplicando-o às várias esferas, outros pregavam interpretação restritiva, limitada a uma das esferas. Em razão da relevância que possui o regime de responsabilização dos agentes públicos, e especificamente a relevância, para os Tribunais de Contas, da responsabilização destes agentes por danos ao erário, bem como pela escassez de estudos aprofundados sobre o tema até o presente momento, buscou-se realizar uma análise detalhada e crítica dos principais argumentos levantados por cada uma das correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se formaram acerca da interpretação do dispositivo legal. Após a análise realizada, foi possível confirmar a hipótese inicial, concluindo-se pela inaplicabilidade da norma legal ao dever de ressarcimento ao erário.

**Abstract:** On April 25 2018, the Act nº 13.655/2018 was proclaimed, including in the LINDB (Decree-law nº 4.657, of September 4, 1942), the article 28, which deals with the responsibility of public agents for their decisions or technical opinions when practiced with deceit or essential mistake. Considering the existence of different responsibility spheres to which the public agent can be called to answer, for example, the criminal, civil and administrative spheres, doctrine and jurisprudence soon came to divergence when interpreting the regulation. While some advocate an extensive interpretation of the law device, applying it to many different fields, others advocate a restrictive approach, limited to only one. Due to the relevance given to public agents accountability, and specifically the relevance, to the Government Accountability Offices, of the responsibility of these agents for public money loss, and likewise the shortage of in-depth studies on the matter up to this point, this study constructs a detailed and critical analysis of the main topics defended by doctrinaire and jurisprudential currents, which were developed around the interpretation of the law device. After analyzing the applicability of the legal device, it was possible to confirm the initial hypothesis, concluding that the law device does not apply to the repayment duty to the public funds.

**Palavras-chave:** Responsabilidade do agente público; Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; Lei nº 13.655/2018; Ressarcimento ao erário; Dolo ou erro grosseiro.

**Keywords:** Public agents responsibility; Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; Law nº 13.655, of April 25, 2018; Repayment to the public funds; Essential mistake.

\* Recorte de trabalho de conclusão de curso, apresentado como requisito para a conclusão do curso de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais em outubro de 2020.



## 1 INTRODUÇÃO

Em 25 de abril de 2018, foi publicada no Brasil a Lei nº 13.655, que acrescentou ao Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB) os artigos 20 a 30. As normas inseridas na LINDB são, nos termos da Lei nº 13.655/2018, “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”<sup>1</sup>

Os dispositivos inseridos no ordenamento jurídico são inovadores e de grande relevância para a administração pública. As normas tratam desde critérios para decisão, vedando o embasamento exclusivamente em valores jurídicos abstratos e impondo a demonstração da necessidade e adequação da medida (art. 20), critérios para interpretação das normas sobre gestão pública, determinando ao julgador que se atente aos obstáculos e dificuldades reais enfrentadas pelo gestor público (art. 22), regime de transição para nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado (art. 23), realização de consulta pública e celebração de compromisso para eliminar irregularidade ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público (art. 26), até parâmetros de responsabilização dos agentes públicos (art. 28), sendo este último dispositivo o foco do presente artigo.

O art. 28 da LINDB dispõe que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”<sup>2</sup>. O enunciado da norma gera ao menos dois questionamentos de suma importância: o primeiro se refere ao conceito de erro grosseiro, termo não utilizado nas demais leis que tratam da responsabilidade do agente público e que, a princípio, parece se assemelhar à culpa grave. Esse primeiro questionamento, apesar de extremamente importante, não será objeto do presente estudo, que não pretende conceituar o termo “erro grosseiro”. No entanto, ao longo do trabalho, para melhor análise dos temas que serão tratados, adotar-se-á o termo “erro grosseiro” como equivalente à culpa grave. Essa equiparação entre culpa grave e erro grosseiro vem sendo utilizada tanto pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)<sup>3</sup> quanto pela doutrina, podendo-se citar, como exemplos, os juristas Luciano Ferraz<sup>4</sup> e Landolfo Andrade.<sup>5</sup>

O segundo problema gerado pelo enunciado da norma decorre da existência de diversas esferas de responsabilização dos agentes públicos. Nesse sentido, tais agentes podem ser responsabilizados penal, civil e administrativamente, bem como por atos de improbidade administrativa. Diante disso, o segundo questionamento que surge do art. 28 da LINDB diz respeito às esferas de responsabilidade do agente público que seriam abrangidas pela norma. Esse segundo problema, ou questionamento, é o que será o foco do presente artigo.

Conforme já dito, os agentes públicos estão sujeitos à responsabilização em diversas esferas, cada uma decorrente de ilícitos de diferentes tipos e gravidades, com pressupostos diversos para sua caracterização e com finalidades dessemelhantes. Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

1 BRASIL. Lei nº 13.655/2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.655%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%202018.&text=Inclui%20no%20Decreto%20Lei%20n%C2%BA,na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20p%C3%ABlico](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.655%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%202018.&text=Inclui%20no%20Decreto%20Lei%20n%C2%BA,na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20p%C3%ABlico). Acesso em: 15/10/2020.

2 BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657/1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 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: 15/10/2020.

3 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência* 275/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/erro%2520grosseiro%2520culpa%2520grave/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25Ancia%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/4/%2520?uuiid=ee5b4240-0f5f-11eb-9a11-3bbc049f5579>. Acesso em: 15/10/2020.

4 FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Consultor Jurídico*, 10 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>. Acesso em: 15 out. 2020.

5 ANDRADE, Landolfo. A repercussão do artigo 28 da LINDB na interpretação e aplicação do artigo 10 da Lei 8.429/92. *GEN Jurídico*. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/687668430/a-repercussao-do-artigo-28-da-lindb-na-interpretacao-e-aplicacao-do-artigo-10-da-lei-8429-92>. Acesso em: 15/10/2020.



O servidor público sujeita-se à responsabilidade civil, penal e administrativa decorrente do exercício do cargo, emprego ou função. Por outras palavras, ele pode praticar atos ilícitos no âmbito civil, penal e administrativo. Hoje existe também a responsabilidade por atos de improbidade administrativa que, embora processada e julgada na área cível, produz efeitos mais amplos do que estritamente patrimoniais, porque pode levar à suspensão dos direitos políticos e à perda do cargo, com fundamento no artigo 37, §4º, da Constituição (1/4).<sup>6</sup>

Apesar de os agentes públicos poderem ser chamados a responder nessas quatro esferas, importante tecer algumas considerações quanto ao escopo do presente artigo. Em primeiro lugar, destaca-se que não se analisará a esfera penal, por dois motivos. O primeiro motivo é que parece ser evidente a não aplicação do art. 28 da LINDB a essa esfera, em razão de todas as suas peculiaridades – condutas com o maior grau de reprovabilidade social no ordenamento jurídico, leis específicas disciplinando os tipos penais, garantias constitucionais aplicáveis aos processos de natureza penal, entre outras. O segundo motivo, que decorre do primeiro, é o fato de os estudos doutrinários realizados até o momento sequer mencionarem a esfera penal na discussão da aplicação do art. 28, demonstrando a inexistência de controvérsia nesse ponto.

Em segundo lugar, destaca-se que a esfera de responsabilidade civil dos agentes públicos não será tratada em tópico específico a ela. Isso porque, como se demonstrará no tópico referente à aplicabilidade do art. 28 ao dever de ressarcimento ao erário, apesar de a ação civil de regresso e a ação de ressarcimento ao erário possuírem várias diferenças entre si – processamento, órgão julgador, pressupostos, provas que podem ser produzidas, entre outras –, o efeito final de ambas, que consiste na imposição ao agente público de restituição ao erário do prejuízo causado, é muito semelhante. Em razão dessa semelhança, as conclusões relativas à aplicabilidade do art. 28 ao dever de ressarcimento ao erário serão estendidas à esfera de responsabilidade civil.

Em terceiro lugar, não será analisada a esfera de responsabilidade por atos de improbidade administrativa. Apesar de existir divergência doutrinária quanto à aplicação ou não do art. 28 da LINDB aos atos de improbidade administrativa – com parte dos autores defendendo a revogação parcial do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa pelo critério cronológico de solução de antinomias jurídicas e outra parte defendendo a não aplicação do art. 28 da LINDB a esses atos, com base no critério da especialidade –, tal divergência não será objeto do presente artigo, tendo em vista a brevidade do trabalho e o fato de o julgamento dos atos de improbidade administrativa não ser de competência dos Tribunais de Contas, mas apenas do Poder Judiciário.

Ademais, importante destacar em que medida o Decreto nº 9.830/2019, que regulou os dispositivos introduzidos na LINDB, pode ser utilizado para o desenvolvimento do presente estudo. Afinal, o art. 14 do decreto dispõe que o direito de regresso somente poderá ser exercido caso o agente público tenha agido com dolo ou erro grosseiro, o que, a princípio, poderia ser importante para a interpretação do próprio art. 28 da LINDB. No entanto, conforme demonstrado no decorrer do trabalho, a aplicabilidade do art. 28 ao direito de regresso e ao ressarcimento ao erário depende da interpretação que se confira à norma constitucional do art. 37, §6º. Dessa forma, os dispositivos do Decreto nº 9.830 não serão considerados parâmetros interpretativos, visto que sua própria validade está condicionada à interpretação da norma constitucional. Neste sentido, se o art. 28 – ou ao menos alguma de suas interpretações – for conflitante com a norma constitucional, também serão os dispositivos do decreto.

O art. 28 da LINDB, ao não delimitar as esferas sobre as quais seria aplicável, gerou forte dissenso na doutrina e jurisprudência pátrias quanto à interpretação do dispositivo. Tal divergência recai, principalmente, sobre sua aplicação, ou não, ao dever de ressarcimento ao erário. Quando algum agente público dá causa a prejuízos ao erário, surge o dever de ressarcimento do dano causado. Sobre o tema,

6 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 772.

parte da doutrina – representada por Pedro Cota Passos, Luciano Ferraz, Gustavo Binenbojm e André Cyrino – entendeu que o art. 28 da LINDB seria plenamente aplicável ao dever de ressarcimento. Nesse sentido, o agente público que causasse danos ao erário somente teria o dever de ressarcir-lo caso tivesse agido com dolo ou erro grosseiro. A corrente doutrinária oposta – representada por Alcir Moreno da Cruz, Mauro Borges e Landolfo Andrade – entendeu, ao contrário, que o dever de ressarcimento não seria abrangido pelo art. 28, visto que possui fundamento em norma constitucional (art. 37, §6º, da CR/88) que impõe o ressarcimento em caso de dolo ou culpa *stricto sensu*. Ou seja, para essa segunda corrente, o dispositivo legal seria aplicável tão somente às sanções administrativas.

A jurisprudência sobre o tema, por sua vez, ainda é demasiadamente escassa. E é natural que assim seja, visto que se trata de norma ainda recente e de grande impacto para os agentes públicos e para o Direito Administrativo como um todo. Apesar da escassez jurisprudencial, o TCU vem decidindo no sentido de não aplicar o art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário.

A propósito da coleta de jurisprudência para o presente artigo, destaca-se que as análises recaíram especialmente sobre decisões do TCU pelo fato de este ter sido o órgão julgador que mais intensamente aplicou as novas disposições incluídas na LINDB, sendo boa parte dessa aplicação voltada ao art. 28. Apesar de diversos Tribunais de Contas estaduais já terem proferido decisões aplicando o art. 28 da LINDB, poucos foram os que entraram na discussão da aplicabilidade do dispositivo ao dever de ressarcimento ao erário. Nesse sentido, a maioria das decisões desses Tribunais se limitaram a enquadrar determinada conduta como sendo ou não “erro grosseiro”, o que não contribui para o tema do estudo. Nessa medida, somente as decisões dos Tribunais de Contas estaduais que efetivamente discutiram a aplicabilidade do dispositivo ao dever de ressarcimento foram consideradas fonte jurisprudencial para o trabalho. Na coleta desses julgados, tanto do TCU quanto dos TCs estaduais, considerou-se o período desde a promulgação da Lei nº 13.655/2018 até a presente data.

Ademais, como complemento aos julgados dos Tribunais de Contas sobre o tema, analisou-se a decisão liminar proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) propostas contra o art. 1º da Medida Provisória nº 966/2020, o art. 28 da LINDB e os arts. 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019. A análise dessa decisão tem pertinência pelo fato de os dispositivos questionados perante o STF possuírem redação muito semelhante entre si e de tal questionamento incidir justamente sobre as esferas a que seriam aplicáveis, coincidindo, portanto, com o tema do presente artigo.

O objetivo do presente estudo é contribuir para a interpretação do art. 28 da LINDB, especificamente acerca de sua aplicação, ou não, ao dever de ressarcimento ao erário, tema de evidente importância na atuação dos Tribunais de Contas.

Ademais, servindo-se da compreensão de Marçal Justen Filho acerca da esfera de responsabilidade administrativa, considera-se que esta é dividida em duas partes: uma é referente às sanções administrativas e outra diz respeito ao dever de ressarcimento ao erário. Para o autor, a origem da responsabilidade administrativa é o dever de comprometimento individual dos agentes públicos para com o aparato estatal, incluindo a impossibilidade de eximirem-se dos efeitos de suas condutas reprováveis ou equivocadas e do dever de prestar contas. Nesse sentido, expõe o autor que:

A responsabilidade administrativa consiste nessa situação de submissão perante o Estado e a sociedade, o que importa o dever de responder pelos efeitos dos atos praticados. Isso compreende a submissão ao sancionamento administrativo – mas não se restringe a tanto.

A responsabilidade administrativa traduz-se em inúmeros deveres, tais como o de prestar contas e esclarecimentos a propósito dos próprios atos. Mas a manifestação mais grave da responsabilidade administrativa consiste no sancionamento administrativo.<sup>7</sup>

7 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 1052.

Conforme se depreende do trecho transcrito, o conceito de responsabilidade administrativa adotado pelo autor não abarca somente o direito administrativo sancionador, mas coloca este como apenas uma de suas consequências. Outra consequência seria o dever de prestar contas e, por conseguinte, o dever de ressarcimento ao erário em caso de irregularidade das contas. Em sentido semelhante, Marco Aurélio Souza da Silva<sup>8</sup>, ao tratar da responsabilidade administrativa no âmbito dos Tribunais de Contas, coloca-a não só em seu aspecto sancionador, mas em todos os aspectos previstos nos artigos 70 e 71 da CR/88, incluído aí o julgamento das contas dos administradores e, conseqüentemente, a imputação em débito dos agentes causadores de dano.

Com base nessas concepções, a hipótese formulada é de que o art. 28 da LINDB somente é aplicável à esfera de responsabilidade administrativa dos agentes públicos e, dentro desta, somente em relação às sanções administrativas, ou seja, somente para o direito administrativo sancionador. Fica excluído da abrangência do dispositivo legal, portanto, o dever de ressarcimento ao erário.

## 2 DIVERGÊNCIAS DOUTRINÁRIAS NA INTERPRETAÇÃO DO ART. 28

Conforme analisado na introdução do trabalho, os agentes públicos podem ser responsabilizados por seus atos em diferentes esferas: penal, civil, administrativa e por atos de improbidade administrativa. O art. 28 da LINDB, ao não especificar qual dessas esferas estaria a regular, deu espaço à formação de correntes doutrinárias e jurisprudenciais contrapostas.

No campo doutrinário, o ponto de divergência principal se refere à aplicação, ou não, do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário pelos agentes públicos que a ele causarem prejuízo.

Nesse ponto, a primeira corrente doutrinária entende que o dispositivo não seria aplicável às ações de ressarcimento ao erário, argumentando que o art. 37, §6º, da CR/88,<sup>9</sup> determina o ressarcimento por dolo ou culpa. Nesse sentido, o legislador infraconstitucional não poderia ter limitado o grau de culpa estabelecido em norma constitucional. Alcir Moreno da Cruz e Mauro Borges, filiados a essa corrente, afirmam que “o alvo ou campo de incidência do artigo 28 da LINDB consiste no Direito sancionador, não devendo ser confundido com os requisitos para a imputação de débitos a pessoas jurídicas ou naturais em face do dever de ressarcimento ao erário, sob pena de fusão indevida de sistemas jurídicos diversos”.<sup>10</sup> Landolfo Andrade, por sua vez, entende que:

A Constituição Federal, ao estatuir a regra geral da responsabilidade civil objetiva do Estado, preservou, quanto a seus agentes causadores do dano, a responsabilidade subjetiva, subordinada a casos de dolo ou culpa. Esse regime de responsabilidade está previsto na parte final do § 6º do art. 37 da Constituição (¼).

Nessa ordem de ideias, entendemos que o artigo 28 da LINDB não pode ser aplicado na dimensão ressarcitória de responsabilização dos agentes públicos, sob pena de ofensa direta ao comando do artigo 37, § 6º, da CF. Assim, sempre que um agente público causar dano ao patrimônio público ou de terceiros, poderá ser compelido a repará-lo com base na prova do dolo ou da culpa (simples), não incidindo, na espécie, o artigo 28 da LINDB, que exige a prova de dolo ou erro grosseiro (culpa grave), aplicável apenas na dimensão punitiva de responsabilização dos agentes públicos.

8 SILVA, Marco Aurélio Souza da. *Tribunais de Contas: teoria e prática da responsabilização de agentes públicos e privados por infração administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 30-31.

9 Art. 37. (...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

10 CRUZ, Alcir Moreno da; BORGES, Mauro. O artigo 28 da LINDB e a questão do erro grosseiro. *Revista Consultor Jurídico*, 14 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/opiniao-artigo-28-lindb-questao-erro-grosseiro>. Acesso em: 10 set. 2020.

Dito de outro modo, o artigo 37, § 6º, da CF está tratando de ressarcimento aos cofres públicos no exercício do seu direito de regresso (dimensão ressarcitória), ao passo que o artigo 28 da LINDB está tratando única e exclusivamente da pretensão punitiva estatal (dimensão punitiva).<sup>11</sup> (Sem grifos no original.)

Em sentido contrário, a segunda corrente doutrinária entende que o art. 37, §6º, da CR/88, poderia ser disciplinado pelo legislador infraconstitucional, que teria legitimidade para delimitar o grau de culpa necessário para a ação de regresso prevista no dispositivo constitucional. Nesse sentido, destaca-se a lição de Joel de Menezes Niebuhr:

O § 6º do artigo 37 da Constituição Federal refere-se à indenização nos casos de dolo ou culpa, realmente, sem qualquer gradação. Entretanto, aqui está o primeiro argumento, nada impede que o legislador infraconstitucional discipline o assunto e estabeleça balizas e condicionantes, definindo graus de culpa para efeito da obrigação de indenização por parte de agentes públicos, como bem observou o Professor Clovis Beznos, em Conferência proferida no XV Congresso Goiano de Direito Administrativo. O constituinte não proibiu o legislador infraconstitucional de fazê-lo. E, de mais a mais, o condicionamento de normas constitucionais pelo legislador infraconstitucional é algo absolutamente frequente e não representa afronta ao texto constitucional.<sup>12</sup> (Sem grifos no original.)

Filiando-se a essa corrente e incrementando a argumentação, Luciano Ferraz faz uma diferenciação entre os danos causados a terceiros e os danos causados à própria administração:

O terceiro argumento, atribuído a este que vos escreve agora, é o de que o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição dedica-se aos danos causados pelos agentes públicos a terceiros (externos), e não aos danos causados pelos agentes públicos à própria administração pública (internos). O texto constitucional, com efeito, é categórico, ao dizer que “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...” — e como consequência o legislador democrático pode definir a responsabilidade interna de maneira diversa, sob pena de inconstitucionalidade da responsabilidade funcional dos magistrados, membros do Ministério Público e dos tribunais de contas.<sup>13</sup> (Sem grifos no original.)

O Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA) realizou, no dia 14 de junho de 2019, seminário docente intitulado “Impactos de Lei nº 13.655/18 no Direito Administrativo”, que culminou na aprovação de 21 enunciados, dos quais se destacam os seguintes:

19. A modalidade culposa de improbidade administrativa não se harmoniza com a Constituição, porque improbidade é ilegalidade qualificada pela intenção desonesta e desleal do agente. Não obstante, analisando-se a legislação infraconstitucional, o art.10 da Lei de Improbidade Administrativa deve ser interpretado de acordo com o art. 28 da LINDB, afastando-se a possibilidade de configuração da improbidade sem a presença de erro grosseiro do agente (culpa grave).

20. O art. 28 da LINDB, para os casos por ele especificados (decisões e opiniões técnicas) disciplinou o §6º do artigo 37 da Constituição, passando a exigir dolo ou erro grosseiro (culpa grave) também para fins da responsabilidade regressiva do agente público.<sup>14</sup>

Como se observa, o IBDA aderiu à corrente doutrinária que entende pela aplicação ampla do art. 28 da LINDB, abarcando, em sua interpretação, o dever de ressarcimento ao erário.

11 ANDRADE, A repercussão do artigo 28 da LINDB na interpretação e aplicação do artigo 10 da Lei 8.429/92

12 NIEBUHR, Joel de Menezes. O erro grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. *Blog Zênite*, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>. Acesso em: 10 set. 2020.

13 FERRAZ, Luciano. Alteração na Lindb e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos. *Revista Consultor Jurídico*, 29 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu>. Acesso em: 10 set. 2020.

14 INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. *Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo*. Tiradentes, 2019.

### 3 A INTERPRETAÇÃO CONFERIDA PELA INCIPIENTE JURISPRUDÊNCIA

Se na doutrina já se vê robusto desenvolvimento teórico acerca da abrangência do art. 28 da LINDB, inclusive com clara definição de duas correntes opostas, o mesmo não se pode dizer sobre o campo jurisprudencial. É normal que assim seja, visto que os processos de responsabilização, na esfera administrativa, controladora ou judicial, tendem a tramitar por longos períodos, retardando sua conclusão. A escassez de julgados sobre o tema também pode ser decorrente justamente da dificuldade interpretativa acerca do dispositivo, em especial ao se considerarem os efeitos de grande relevância que a norma pode trazer.

Até o presente momento não há, no âmbito do Poder Judiciário, decisão relevante sobre os limites interpretativos das esferas de aplicação do art. 28 da LINDB. Assim, nesse primeiro momento, em que a norma ainda é considerada recente, coube aos Tribunais de Contas a tarefa de interpretá-la. O TCU assumiu posição de destaque, já tendo julgado uma quantidade razoável de casos desde a promulgação da Lei nº 13.655/2018 até a presente data, e até mesmo elaborando enunciados jurisprudenciais em seus Boletins de Jurisprudência. Nesse sentido, o TCU filiou-se à corrente que entende pela inaplicabilidade do art. 28 ao dever de ressarcimento ao erário. Nesses termos, destaca-se trecho de decisão proferida pelo Plenário da Corte de Contas:

109. Recentes alterações legislativas têm procurado delinear melhor as condutas dos agentes públicos que ensejam a aplicação de sanções. Nesse sentido, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com redação dada pela Lei 13.655/2018) trouxe a seguinte disposição:

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

110. Como se observa, tal dispositivo não se aplica ao particular contratado pela Administração Pública para elaborar projeto de obra rodoviária.

111. Friso também que *tal dispositivo se refere exclusivamente à aplicação de sanções, visto que o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição:*

“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.”

112. Como é cediço, a legislação civil não faz nenhuma distinção entre dolo e culpa, nem entre os graus de culpa para fins de reparação do dano.

113. *Tenha o particular atuado com dolo ou culpa levíssima, existirá sempre a obrigação de indenizar. Persiste, pois, a ideia extraída do brocardo do Direito Romano de que a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar.*<sup>15</sup> (Sem grifos no original.)

Em sentido semelhante a essa decisão são os Acórdãos nº 2.391/2018 (Plenário) e 5.547/2019 (Primeira Câmara). O entendimento do TCU sobre o tema aparenta já estar pacificado, inclusive com a edição de dois enunciados de jurisprudência:

*Boletim de Jurisprudência nº 273/2019*

A regra prevista no art. 28 da Lindb (Decreto-lei 4.657/1942), que estabelece que o agente

15 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2768/2019 – Plenário*. Processo 002.048/2014-0. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 20/11/2019. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/?NUMACORDAO%253A2768%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/?NUMACORDAO%253A2768%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68). Acesso em: 11 set. 2020.

público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica à responsabilidade financeira por dano ao erário. O dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).<sup>16</sup>

*Boletim de Jurisprudência nº 291/2019*

O art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), que trata da responsabilização pessoal do agente em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica ao particular contratado pela Administração Pública e se refere exclusivamente à aplicação de sanções, visto que o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).<sup>17</sup>

Alguns poucos Tribunais de Contas estaduais também se manifestaram acerca da interpretação do art. 28 da LINDB, todos em sentido semelhante ao adotado pelo TCU, ou seja, de aplicação do dispositivo apenas para o Direito Administrativo sancionador, e não para o ressarcitório. Recorda-se aqui, conforme exposto na introdução do trabalho, que a coleta de jurisprudência dos Tribunais de Contas estaduais levou em consideração somente as decisões que tratavam da aplicabilidade do art. 28 ao dever de ressarcimento, razão pela qual poucos foram os Tribunais selecionados. Nesse sentido, apesar de outros Tribunais de Contas<sup>18</sup> – como o TCE/RS e TCE/PR – terem se manifestado sobre o tema, destaca-se, exemplificativamente, trecho de decisão proferida pelo Plenário do TCE/ES:

Contudo, é imperioso destacar que a identificação da culpa grave é condição relevante apenas para o exercício da pretensão punitiva dos Tribunais de Contas, já que a exigência do mais alto grau da culpa não pode ser obstáculo, no âmbito desta Casa, à reparação de dano causado por todo aquele que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público e isso se deve a questões tanto de especificidade e quanto de distinção entre as searas da improbidade administrativa e do controle externo, já que este tem espectros mais amplos que aquele.

Assim, especificamente para efeito de reparação de dano ao erário apurado pelas Cortes de Contas, basta que se identifique que a atuação do agente público se deu em sua modalidade dolosa ou culposa, sendo irrelevante para imposição do ressarcimento a aferição do grau com que se praticou o ato culposo.

(...)

Portanto, a avaliação em torno do erro grosseiro terá importância somente para fins de imposição e dosimetria das penalidades cabíveis (multa, inabilitação, inidoneidade e proibição de contratar), não sendo autorizada a não condenação de eventuais responsáveis ao ressarcimento devido por terem atuado com baixo grau de reprovabilidade, sob pena de se contrariar a teoria geral da responsabilidade e as particularidades de cada instância.<sup>19</sup> (Sem grifos no original.)

16 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência* 273/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/erro%2520grosseiro/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25AAncia%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/9/%2520?uuid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68>. Acesso em: 11 set. 2020.

17 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência* 291/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/erro%2520grosseiro/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25AAncia%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/5/%2520?uuid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68>. Acesso em: 11 set. 2020.

18 Nesse sentido, confira-se: TCE-ES, Acórdão 00396/2019-1 – Plenário, processo 02153/2014-5, Relator Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, sessão de 09/04/2019; TCE-ES, Acórdão 01195/2019-2 – Plenário, processos 04386/2019-1 e outros, Relator Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, sessão de 10/09/2019; TCE-RS, processo 9306-0200/12-0 – Primeira Câmara, sessão de 11/02/2020, Relator Conselheiro-Substituto Roberto Debacco Loureiro; TCE-PR, processo 357281/19, acórdão 543/20 – Tribunal Pleno, Relator Conselheiro José Durval Mattos do Amaral, sessão de 04/03/2020.

19 ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Acórdão 00237/2020-4 – Plenário. Processo 08867/2014-7. Relator Sérgio Aboudib Ferreira Pinto. Sessão de 10/03/2020. Disponível em: <https://servicos.tce.es.gov.br/Publica/VisualizadorDocumento/LerPdf?idDocumento=2669720&key=af4908c7b802467c5a5851ab0860840c0a4670fc210d4c93d22dc6584a96087208dddc2d550c56d06d3d-116343138c73b5c04d1467a493578082b8090c6ebdb0>. Acesso em: 11 set. 2020.

Conforme se observa, a jurisprudência dos Tribunais de Contas tem adotado a interpretação mais restrita do art. 28 da LINDB, no sentido de sua inaplicabilidade ao dever de ressarcimento ao erário pelo agente que causa prejuízos. Evidentemente, o entendimento jurisprudencial está sujeito a alterações, especialmente no Poder Judiciário, que ainda não se aprofundou na interpretação do dispositivo.

## 4 A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 966/2020 E A DECISÃO CAUTELAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 13 de maio de 2020, foi publicada a Medida Provisória nº 966, que dispôs “sobre a responsabilização dos agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19”. O art. 1º a MP<sup>20</sup> é quase idêntico ao art. 28 da LINDB, diferenciando-se deste apenas por ser restrito às medidas de enfrentamento à Covid-19 e por especificar as esferas de responsabilidade em que seria aplicável: civil e administrativa.

No entanto, foram ajuizadas as ADIs nº 6.421 (Rede Sustentabilidade), 6.422 (Cidadania), 6.424 (Partido Socialismo e Liberdade), 6.425 (Partido Comunista do Brasil), 6.427 (Associação Brasileira de Imprensa), 6.428 (Partido Democrático Trabalhista) e 6.431 (Partido Verde) em face do dispositivo. Os pedidos realizados nas ADIs eram, basicamente, a suspensão dos efeitos da MP nº 966/2020, do art. 28 da LINDB e dos arts. 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019, em caráter liminar e, ao final, a declaração de inconstitucionalidade desses dispositivos. O argumento utilizado foi justamente aquele adotado por uma das correntes doutrinárias já mencionada: a impossibilidade de o legislador infraconstitucional regulamentar o grau do elemento subjetivo do agente público para caracterização de sua responsabilidade quanto ao dever de ressarcimento ao erário, por ser contrária à previsão do art. 37, §6º, da CR/88.

Nas sessões dos dias 20<sup>21</sup> e 21<sup>22</sup> de maio de 2020, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual, em razão da pandemia da Covid-19, julgou o pedido liminar das ADIs. O ministro Luís Roberto Barroso, relator dos processos, antes de adentrar no mérito de seu voto, esclareceu o seguinte:

Nós estamos aqui discutindo um conjunto de três atos normativos: a Medida Provisória 966 de 2020, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro na redação que foi dada pela Lei 13.655 de 2018, e o Decreto regulamentador desta lei, Decreto 9.830 de 2019. Eu observo, Presidente, que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é uma lei datada de 25 de abril de 2018, que, portanto, já está em vigor há mais de dois anos. (...). E, portanto, o fato de ela vigor há mais de dois anos, e esse caráter mais abstrato que ela se reveste, eu acho que torna totalmente inoportuno, pelos parâmetros do Supremo, apreciar em medida cautelar a validade ou não do artigo 28 desta lei que está sendo aqui impugnada. Portanto, eu, desde logo, observo que a medida cautelar que trago à apreciação do Plenário não estará versando sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nem tampouco estará versando sobre o Decreto 9.830, que a regulamenta (...). *Portanto, delimitando o objeto da decisão cautelar que trago ao Plenário, ela se refere única e exclusivamente à Medida Provisória 966 de 2020.*<sup>23</sup> (Sem grifos no original.)

Portanto, como se observa pela fala do ministro relator, a decisão cautelar proferida pelo Plenário versava tão somente sobre a MP nº 966/2020. No entanto, considerando que seu art. 1º é muito semelhante ao art. 28 da LINDB, e que, durante os votos dos ministros, foram realizadas colocações acerca do tema do presente trabalho, faz-se importante a transcrição e análise de algumas de suas falas. O ministro

20 Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

21 STF. Pleno – Atos de agentes públicos durante a pandemia, 21/05/2020. Youtube. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=puW5TMr7WnU&ab\\_channel=STF](https://www.youtube.com/watch?v=puW5TMr7WnU&ab_channel=STF). Acesso em: 11 set. 2020.

22 STF. Pleno – Agentes públicos devem observar critérios técnicos na pandemia (2/2) – COM AUDIODESCRIÇÃO, 22/05/2020. Youtube. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=9P8yE\\_v2H8&t=4816s&ab\\_channel=STF](https://www.youtube.com/watch?v=9P8yE_v2H8&t=4816s&ab_channel=STF). Acesso em: 11 set. 2020.

23 STF. Pleno – Atos de agentes públicos durante a pandemia, 21/05/2020. Youtube. 2:07:25 a 2:11:00. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=puW5TMr7WnU&ab\\_channel=STF](https://www.youtube.com/watch?v=puW5TMr7WnU&ab_channel=STF). Acesso em: 15 out. 2020.

Barroso, prosseguindo em seu voto, afirma o seguinte:

À vista, Presidente, de tais considerações, a minha conclusão é a de que não há um problema no texto em si a exigir uma intervenção invalidatória que suprima do ordenamento jurídico algumas de suas passagens. *Não há, a meu ver, em juízo cautelar, nada de intrinsecamente errado em restringir-se ao erro grosseiro, como quis o legislador*, com todas as vênias dos entendimentos contrários. O problema estará na qualificação do que seja erro grosseiro, e, portanto, acho que essa é a intervenção que nós precisamos fazer. Eu cuidei de excluir logo de início da incidência da Medida Provisória os atos capituláveis na Lei de Improbidade Administrativa. Portanto, essa Medida Provisória não beneficia nenhum agente público que tenha praticado ato de improbidade administrativa ou que responda pela prática de ato de improbidade administrativa.<sup>24</sup> (Sem grifos no original.)

Como se denota, o ministro, em juízo cautelar, entendeu pela aplicabilidade do dispositivo aos atos que causarem danos ao erário, visto ter reconhecido a possibilidade de o legislador restringir o grau do elemento subjetivo.

A maioria dos ministros, em seus votos, adentraram mais na conceituação do que seria o “erro grosseiro” do que propriamente na delimitação do dispositivo quanto às esferas nas quais seria aplicável. No entanto, o ministro Ricardo Lewandowski mencionou brevemente o tema, assim se manifestando:

O primeiro obstáculo que eu vejo, Sr. Presidente, é justamente a dicção muito clara, muito taxativa, do art. 37, §6º, da nossa Constituição, que estabelece, primeiro, que a responsabilidade do estado por danos que seus agentes causarem a terceiros é objetiva: basta demonstrar o nexo de causalidade. Isto sem prejuízo, em segundo lugar, de uma ação de regresso contra esses mesmos agentes que agiram com dolo ou culpa. *Culpa simples, Sr. Presidente, não o erro grosseiro*. Culpa informada pela negligência, imprudência e outros integrantes desse tipo de elemento subjetivo daquele que pratica um ilícito na área administrativa. Portanto, Sr. Presidente, *eu desde logo quero manifestar as minhas dúvidas relativamente à possibilidade de o legislador ordinário*, especialmente o Presidente da República, por meio de uma Medida Provisória, ainda que seja em um ambiente de calamidade pública, *contrariar frontalmente aquilo que se estabelece com muita clareza na Constituição*. A Constituição diz que o servidor público, o agente estatal, responde por dolo ou mera culpa, simples culpa. Mas deixo isso para examinar mais à frente.<sup>25</sup> (Sem grifos no original.)

O ministro Lewandowski, portanto, em juízo liminar, suscitou sua preocupação quanto à possibilidade de o legislador infraconstitucional restringir a norma contida no art. 37, §6º, da CR/88, aparentando entender, nesse sentido, pela inaplicabilidade do art. 1º da MP nº 966/2020 à dimensão ressarcitória da responsabilidade dos agentes públicos. Em sentido semelhante, o ministro Marco Aurélio Mello também se manifestou pela impossibilidade de delimitação da norma constitucional:

(...) o Estado tem o direito de regresso, e a Medida Provisória versa sobre essa matéria, ou seja, a responsabilidade do servidor. (...). Por um texto claríssimo da Constituição Federal, essa ação de regresso, ela pressupõe ou culpa ou dolo, ou dolo ou culpa, do servidor. *E a nós constatamos que, no tocante à culpa, a Medida Provisória a restringe, restrição que não está na Constituição Federal*. E, mediante a utilização do advérbio “somente”, revela que o servidor apenas responde por erro grosseiro, e nós sabemos que ele pode também responder, a teor da Constituição Federal, e de acordo com a melhor doutrina, por culpa leve.<sup>26</sup>

Em sentido diverso, o ministro Gilmar Mendes se manifestou pela possibilidade de delimitação do conceito de “culpa” pelo legislador infraconstitucional, para conferir maior segurança jurídica ao gestor público e por se tratar de conceito aberto. Nesse sentido, afirmou o seguinte:

24 *Ibidem*, 2:44:50 a 2:46:22.

25 STF. Pleno – Agentes públicos devem observar critérios técnicos na pandemia (2/2) – COM AUDIODESCRIÇÃO, 22/05/2020. *Youtube*. 35:45 a 37:30. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=\\_9P8yE\\_v2H8&t=4816s&ab\\_channel=STF](https://www.youtube.com/watch?v=_9P8yE_v2H8&t=4816s&ab_channel=STF). Acesso em: 15 out 2020.

26 *Ibidem*, 2:00:07 a 2:01:23.

A partir do regramento constitucional apresentado, não há dúvida de que seria incompatível com o art. 37, §6º, da Constituição, eventual ato normativo que buscasse imunizar o agente público pela prática de ato ilícito culposo ou doloso. Todavia, dada a própria abertura semântica do conceito “culpa” no campo de responsabilidade administrativa, não parece que seria defeso ao legislador ordinário, com intuito de conferir maior segurança jurídica ao gestor público, a previsão de elementares culposas qualificadas que pudessem trazer a especificação normativa da conduta culposa moldada a práxis da gestão pública.<sup>27</sup>

Em resumo, a decisão cautelar do STF nas mencionadas ADIs se limitou à análise do art. 1º da MP nº 966/2020, não adentrando no art. 28 da LINDB e em seu decreto regulamentador, apesar de os dispositivos serem muito semelhantes. Ademais, o foco do Plenário foi mais a conceituação do termo “erro grosseiro” do que a análise das esferas de responsabilidade dos agentes públicos que os dispositivos poderiam afetar. Apesar disso, pela análise da votação, é possível concluir que existe, também no Pretório Excelso, divergência acerca da possibilidade de aplicação dos dispositivos à responsabilidade por danos ao erário causados por agentes públicos, tendo os ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes se manifestado pela aplicabilidade e, em sentido contrário, os ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio Mello entendido pela impossibilidade de restringir a norma constitucional do art. 37, §6º, da CR/88.

Conforme demonstrado, a divergência interpretativa acerca do art. 28 da LINDB está longe de ser resolvida. Tendo surgido na doutrina logo após a promulgação da Lei nº 13.655/2018, as diferentes interpretações se espalharam pelos Tribunais de Contas e, recentemente, atingiram o maior grau de relevância ao serem analisadas pelo Supremo Tribunal Federal.

## **5 ANÁLISE DA APLICABILIDADE DO ART. 28 AO DEVER DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO**

Conforme analisado anteriormente, doutrina e jurisprudência, no que tange à aplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário pelo agente público causador de dano, dividiram-se em duas correntes.

Para a primeira corrente, o art. 28 da LINDB seria aplicável ao dever de ressarcimento. Dois são os argumentos centrais dessa corrente: o primeiro, de autoria do professor Luciano Ferraz, é de que o art. 37, §6º, da CR/88, se refere somente aos danos causados pelos agentes públicos a terceiros, e não aos danos causados pelos agentes públicos diretamente à própria administração pública. O segundo argumento é no sentido de que, mesmo se o art. 37, §6º, da CR/88, versasse também sobre os danos causados pelos agentes públicos diretamente ao Estado, haveria possibilidade de o legislador infraconstitucional regular a norma constitucional, pelo fato de o termo “culpa” abranger diferentes graus.

A segunda corrente, por sua vez, defende a inaplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento. O argumento utilizado é o de que, em sentido contrário ao defendido pela primeira corrente, não haveria possibilidade de o legislador infraconstitucional restringir a norma contida no art. 37, §6º, da CR/88, sob pena de inconstitucionalidade da lei que assim o fizesse.

Antes de analisar a fundo essa questão, é necessário estabelecer alguns conceitos e pressupostos que serão utilizados. Nesse sentido, utilizando-se dos ensinamentos de Marçal Justen Filho,<sup>28</sup> entende-se que a esfera de responsabilidade administrativa dos agentes públicos é dividida em dois aspectos: de um lado, está o Direito Administrativo sancionador, cuja finalidade é a aplicação de sanções – multa, inabilitação para exercício de cargo público, entre outras. De outro lado, está o dever de ressarcimento ao erário, cuja finalidade é restabelecer o status quo ante em situações nas quais o agente público dá causa a perdas patrimoniais pela administração pública, ou seja, quando causa dano ao erário.

<sup>27</sup> *Ibidem*, 1:10:44 a 1:11:30.

<sup>28</sup> JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, op. cit.

Nesse sentido, conforme a lição do autor, a responsabilidade administrativa abarca o sancionamento, mas a ele não se limita. Abrange também o dever de prestar contas de seus atos e, em consequência, a responsabilidade por eventuais danos causados ao erário.

No entanto, apesar de se considerar o dever de ressarcimento ao erário como integrante da responsabilidade administrativa dos agentes públicos, deve-se notar que, não obstante as diferenças expressivas entre as duas esferas, sua consequência se assemelha à consequência da responsabilidade civil dos agentes públicos. Isso porque, em última análise, a finalidade é a mesma: ressarcir ao erário. Na responsabilidade civil, esse ressarcimento se dá por meio de ação de regresso promovida pelo Estado em face do agente público e tem como pressuposto a ocorrência de dano a um particular. Na responsabilidade administrativa, o ressarcimento se dá, em regra, pelas prestações de contas e tomadas de contas, e tem como pressuposto a ocorrência de dano diretamente à administração pública. Ou seja, enquanto a responsabilidade civil trata de um dano indireto ao Estado, que depende, primeiramente, de ação promovida pelo particular, e, em um segundo momento, de ação de regresso promovida em face do agente público, a responsabilidade administrativa trata de um dano direto ao Estado.

Como será demonstrado mais à frente, essa diferenciação tem efeitos mais teóricos do que práticos. Isso porque a conclusão pela aplicabilidade, ou não, do art. 28 da LINDB terá como referência o dever de ressarcimento ao erário como um todo, ou seja, em qualquer de suas esferas, civil ou administrativa.

Para a completa análise da aplicabilidade do dispositivo legal à esfera de responsabilidade administrativa, tanto na perspectiva do dever de ressarcimento quanto das sanções administrativas, este tópico será dividido em três partes. Primeiramente, será realizada diferenciação entre as naturezas e finalidades da sanção administrativa e do ressarcimento ao erário. Em segundo lugar, serão expostas as razões pelas quais o art. 37, §6º, da CR/88, apesar de tratar somente do direito de regresso, deve ser aplicado a qualquer tipo de ressarcimento ao erário. Além disso, será defendida a impossibilidade de o regime jurídico do ressarcimento ser baseado em outros elementos além de dolo ou culpa simples. Por fim, em terceiro lugar, será defendida a impossibilidade de o legislador infraconstitucional restringir os termos de aplicação do art. 37, §6º, da CR/88.

## **5.1 Regime jurídico das sanções administrativas e do ressarcimento ao erário**

Em primeiro lugar, antes de se analisar a aplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento, é preciso distinguir esse dever de ressarcir, que em muito se assemelha à responsabilidade civil, das sanções administrativas aplicadas aos agentes públicos. Nesse sentido, a diferença entre as sanções administrativas e o dever de ressarcimento está tanto em seus pressupostos quanto em suas finalidades.

Em relação aos pressupostos, as sanções administrativas dependem somente de uma conduta violadora da norma jurídica, sem ser necessário que da violação tenham advindo outras consequências. O dever de ressarcimento, ao contrário, pressupõe a conduta violadora da norma jurídica e a ocorrência de dano patrimonial. Ademais, as sanções administrativas, por representarem uma valoração da reprovabilidade social de certas condutas, ponderada pela sociedade por meio de seus representantes, podem estar sujeitas à modificação com o tempo. Por exemplo, uma conduta antes considerada reprovável pode, com o decurso do tempo, passar a ser aceita pela sociedade, não mais se justificando a punição de quem a pratica. Da mesma forma, pode o Estado aumentar ou diminuir o grau do elemento subjetivo exigido para imposição da sanção, com base nos anseios sociais. O dever de ressarcimento, ao contrário, por ser sempre de interesse da sociedade a preservação do patrimônio público, não muda com o tempo, sendo sempre exigível quando se constatar a ocorrência de dano.

Em relação às finalidades, a diferença entre o dever de ressarcimento e as sanções administrativas é enorme. A finalidade do ressarcimento é tão somente o retorno ao status quo ante. Não se trata de punição ou sanção. O objetivo é somente reparar o prejuízo sofrido. As sanções administrativas, por sua vez, não têm função reparadora. Seu objetivo é punir o infrator da norma jurídica, e sua finalidade pode ser tanto retributiva quanto preventiva.

Essa diferenciação é amplamente reconhecida, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Nesse sentido, destaca-se julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ):

Ademais, nas hipóteses em que constatada a ocorrência de prejuízo ao patrimônio público, torna-se imperativa a determinação de que a parte condenada proceda à recomposição do dano causado. Ressalte-se, no entanto, que *a medida não tem natureza de sanção propriamente dita, mas, sim, de indenização decorrente do dever de reparar*, devendo sua extensão limitar-se ao exato valor da lesão apurada.

Diante dessas circunstâncias, a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que, *“caracterizada a improbidade administrativa por dano ao Erário, a devolução dos valores é imperiosa e deve vir acompanhada de pelo menos uma das sanções legais que, efetivamente, visam a reprimir a conduta ímproba e a evitar o cometimento de novas infrações”* (REsp 1.184.897/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/4/2011).

Com efeito, tal como ressaltou a parte recorrente, determinar que a parte ora recorrida somente proceda à reparação do dano, deixando de condená-la a uma das sanções previstas no art. 12, III, da Lei de Improbidade Administrativa, equivale a deixá-la sem qualquer punição pela prática do ato ímprobo. De fato, *a imposição isolada do ressarcimento ao erário, tal como posta pela instância ordinária, acabaria por retirar o caráter pedagógico e preventivo da norma*. Na mesma linha de percepção, confirma-se os seguintes precedentes: (...) <sup>29</sup> (Sem grifos no original.)

Para confirmar os pressupostos e a finalidade do dever de ressarcimento, que se assemelha à reparação civil, basta analisar o art. 927 do Código Civil de 2002, que dispõe que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. O pressuposto essencial, como se vê, é a ocorrência de um dano. A finalidade, por outro lado, é a reparação desse dano.

Completamente diversas são as finalidades das sanções administrativas. Apesar de as teorias retributiva, preventiva especial e preventiva geral terem sido elaboradas inicialmente para o Direito Penal, podem ser aplicadas também ao Direito Administrativo sancionador, visto que, em ambos os casos, se está diante do poder estatal de punição, ainda que a reprovabilidade social e, conseqüentemente, o tipo e a gradação da pena sejam diferentes. Para essas teorias, a função da pena seria, respectivamente, retribuir o mal causado pela infração, prevenir e desestimular a prática de novos delitos pelo mesmo agente e prevenir e desestimular a prática de delitos pelos outros indivíduos da sociedade. Para uma descrição mais detalhada dessas teorias, transcreve-se o seguinte trecho da lição de Izaías Dantas Freitas:

Segundo as teorias absolutas, a aplicação da pena tem um caráter simplesmente retributivo. É a consequência lógica para a conduta que viola os bens jurídicos mais importantes da sociedade, guardando, assim, resquícios da antiga vingança privada vigente nos primórdios da civilização humana. A pena não tem um objetivo específico, senão o de castigar o delinquente. O mal causado à sociedade merece reprovação de mesmo nível, como forma de restaurar o equilíbrio entre a coletividade e o indivíduo infrator.

As teorias relativas, também chamadas utilitaristas, por outro lado, vêem na pena unicamente um fim prático, ou seja, destina-se a prevenir o cometimento de novos crimes. O fim da pena, nesse caso, ou é a *prevenção geral*, quando produz a intimidação aos demais indivíduos, para que, mediante a ameaça da aplicação da pena, não transgridam as regras que lhe impõe o Estado, ou então é a *prevenção especial*, que consiste em evitar que o próprio homem que delinuiu volte a cometer novas condutas reprováveis do ponto de vista penal, tendo assim o objetivo de livrar a sociedade do convívio maléfico daquele que pode oferecer riscos à sua segurança.

As teorias mistas procuraram mesclar as duas teorias anteriores, acrescentando, entretanto, o elemento da educação e da correção do indivíduo que cometeu o crime. Assim, a pena, além de sua função retributiva e preventiva, adquire também uma feição ressocializadora,

29 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.508.049 – PR (2014/0321619-2)*. Relator Ministro Sérgio Kukina. DJe: 28/06/2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=62608042&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201403216192&data=20160628&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=62608042&tipo_documento=documento&num_registro=201403216192&data=20160628&formato=PDF). Acesso em: 11 set. 2020.

ou seja, busca reeducar o indivíduo, oferecendo-lhe a oportunidade de reabilitar-se ao convívio social.<sup>30</sup> (Sem grifos no original.)

Destaca-se que, apesar de o trecho supratranscrito tão somente conceituar as teorias da pena, Izaías Dantas Freitas, em seguida, analisa como essas teorias são também utilizadas no Direito Administrativo sancionador. Nesse sentido, destaca-se:

*Mediante a prevenção, que é o primeiro dos objetivos da pena, busca-se evitar o cometimento de faltas disciplinares por outros servidores, funcionando, assim, como elemento intimidativo geral. A Administração precisa demonstrar que efetivamente está empenhada em eliminar do seu meio as falhas e as condutas reprováveis, por ser essa uma questão de relevante interesse público, impondo, desse modo, o respeito e a seriedade que deve haver no trato dos bens e serviços estatais.*

(...)

*A pena não deve ser concebida, entretanto, apenas em face desse caráter preventivo. Ao seu lado, necessariamente, deverá estar presente o aspecto corretivo, sem o qual estaria sendo negado ao homem o respeito à sua própria dignidade. Não tendo a prevenção geral surtido o efeito desejado, isto é, se o servidor, ainda que sabedor das consequências que adviriam do seu ato ilícito, vem a cometê-lo, apresenta-se aqui o objetivo específico da pena, que é a sua função correcional, cujo fim é evitar que o servidor faltoso, tendo agora a certeza de que a punição é uma realidade, volte a cometer novos ilícitos, pois tal fato redundará em sucessivas punições, o que poderá levar, em alguns casos, à caracterização de sua desídia, com sua conseqüente demissão do serviço público.*

*Oferece-se, com isso, ao servidor que comete conduta irregular a oportunidade de repensar de forma séria sobre a sua conduta e o reflexo que esse tipo de comportamento reprovável pode acarretar para a sua vida funcional. A pena adquire, portanto, nesse contexto, seus fins terapêuticos, que objetivam emendar o servidor, fazendo-o alcançar, se não o padrão desejável, pelo menos o mínimo aceitável pela sociedade, principal interessada no serviço público.<sup>31</sup> (Sem grifos no original.)*

As finalidades das sanções foram, inclusive, mencionadas brevemente no julgado do STJ citado anteriormente. Na oportunidade, a Corte Superior entendeu que a imposição ao condenado somente do ressarcimento ao erário retiraria o caráter “pedagógico e preventivo da norma”.

O que se busca com essa diferenciação entre o dever de ressarcimento e as sanções administrativas é perceber que os parâmetros para responsabilização também são diferentes. Nessa medida, a norma do art. 28 da LINDB poderia perfeitamente se aplicar a uma dimensão da responsabilidade administrativa – no Direito Administrativo sancionador – sem, contudo, se aplicar à outra dimensão – dever de ressarcimento. Nesse mesmo sentido é a lição de Fábio de Medina Osório:

*O que importa ressaltar, nesse contexto, é que as medidas de cunho ressarcitório não se integram no conceito de sanção administrativa, pois não assumem efeito aflitivo ou disciplinar, não ambicionam a repressão, mas sim a reparação do dano, assumindo conteúdo restitutivo, reparatório, submetendo nesse ponto a princípios próprios, específicos, mais próximos, naturalmente, do Direito Civil.<sup>32</sup>*

No que tange à dimensão sancionadora da responsabilidade administrativa, não há dúvidas quanto à aplicabilidade do art. 28. Isso porque é legítimo que o legislador, passando a considerar os ilícitos como menos reprováveis, ou querendo conferir aos agentes públicos maior segurança, estabeleça critérios mais “elevados” para que se configure a responsabilidade, limitando esta somente aos casos em que exista uma forte reprovabilidade da conduta do agente.

30 FREITAS, Izaías Dantas. A finalidade da pena no Direito Administrativo Disciplinar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, p. 119-128, jan./mar. 1999.

31 *Ibidem*.

32 OSÓRIO, Fábio de Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. v. 4: responsabilidade civil.

Já no que tange à dimensão ressarcitória da responsabilidade administrativa, a questão não é tão simples. O pressuposto – ocorrência de dano – é diferente, assim como a finalidade – reparação do dano. Ademais, ao se considerar a aplicação dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público às relações do Estado, parece não haver possibilidade de se deixar de exigir a reparação de um dano causado ao erário, mesmo que o agente não tenha agido com culpa grave ou erro grosseiro.

## 5.2 Ressarcimento ao erário no art. 37, §6º, da Constituição da República

O primeiro argumento da corrente que defende a aplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário é o de que o art. 37, §6º, da CR/88, regula somente o ressarcimento pela via da ação de regresso, ou seja, somente quando o agente público tiver causado danos diretamente ao particular e apenas de forma indireta ao Estado. Por essa razão, a responsabilização por dolo ou culpa, prevista na norma constitucional, não valeria para os danos causados diretamente pelos agentes públicos ao Estado.

Com as devidas vênias, entende-se que esse argumento não merece prosperar, por dois motivos: o primeiro é a inexistência de diferença relevante entre o dano causado diretamente ao Estado e o dano causado indiretamente, razão pela qual deve ser conferido o mesmo tratamento às duas hipóteses. O segundo motivo tem como fundamento o regime jurídico administrativo de que se vale a administração pública, especialmente das prerrogativas de que goza e dos princípios limitadores de sua atuação.

Em primeiro lugar, apesar de a diferença entre os danos causados diretamente e os causados indiretamente ao Estado ter relevância para fins didáticos e teóricos, há de se reconhecer que não há diferença prática entre eles. Nesse sentido, a situação em que um agente público em acidente de trânsito, por sua culpa, cause prejuízo de R\$20.000,00 ao particular, que cobra esse valor do Estado, é idêntica, para fins práticos, à situação em que um agente público, por sua culpa, dá causa a perda ou extravio de R\$20.000,00 dos recursos da administração pública. O dano causado, nos exemplos, é o mesmo. O Estado sofre igualmente nas duas situações, por perda idêntica de seus recursos.

Considerando que nas duas situações o prejuízo para o Estado é o mesmo, não há possibilidade de se fazer diferenciação entre as duas espécies de dano – direto e indireto. Situações iguais devem ser tratadas igualmente, por medida de justiça. Qual seria o sentido de o agente público que causa prejuízo indireto ao Estado ser responsabilizado por dolo ou culpa e o agente público que causa prejuízo direto ao Estado ser responsabilizado por dolo ou culpa grave (erro grosseiro)? Os danos, apesar de possuírem origens diferentes, são os mesmos. A perda patrimonial do Estado é a mesma. Dessa forma, os parâmetros de responsabilização também devem ser os mesmos, por medida de justiça.

Dessa forma, apesar de o art. 37, §6º, da CR/88, mencionar expressamente a responsabilização do agente por dolo ou culpa somente no direito de regresso, deve-se entender, por lógica e por medida de justiça, tratando igualmente situações que são iguais, que o agente responde também por dolo ou culpa quando causa dano direto ao Estado.

Em segundo lugar, mesmo que se considere que o art. 37, §6º, não se aplica ao dever de ressarcimento por danos causados diretamente pelo agente público ao Estado, é inevitável a conclusão de que essa modalidade de responsabilização por dano ao erário também deve exigir a presença de dolo ou culpa, em sua acepção ampla.

Nesse sentido, a responsabilização por danos causados com dolo ou culpa é prevista no direito privado e se aplica também aos particulares. Significa dizer que um particular, ao causar dano a outro particular, terá o dever de reparação se tiver atuado com culpa lato sensu, desde dolo até culpa levíssima, conforme ensina a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves:

*O Código Civil não faz nenhuma distinção entre dolo e culpa, nem entre os graus de culpa, para fins de reparação do dano. Tenha o agente agido com dolo ou culpa levíssima, existirá sempre a obrigação de indenizar, obrigação esta que será calculada exclusivamente sobre a extensão*

do dano. Em outras palavras, mede-se a indenização pela extensão do dano e não pelo grau de culpa. Adotou o legislador a norma romana, segundo a qual a culpa, ainda que levíssima, obriga a indenizar (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*).

*Assim, provado o dano, deve ser ele ressarcido integralmente por seu causador, tenha agido com dolo, culpa grave ou mesmo levíssima.*<sup>33</sup> (Sem grifos no original.)

Dessa forma, considerando que a responsabilização por danos, na esfera privada, exige dolo ou culpa, estes também devem ser os parâmetros utilizados pelo Estado na cobrança de danos a ele causados por seus agentes. E assim deve ser para se garantir a coerência sistêmica do ordenamento jurídico.

Explica-se. Em primeiro lugar, devem-se destacar os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Pelo primeiro, os interesses públicos têm supremacia, superioridade, sobre os individuais. Pelo segundo, os interesses da coletividade não se encontram à livre disposição, devendo ser resguardados. Em segundo lugar, destaca-se que a administração pública está sujeita ao regime jurídico administrativo, caracterizado por prerrogativas e sujeições. Algumas das prerrogativas das quais goza a administração são: processo especial de execução, impenhorabilidade e imprescritibilidade de seus bens, juízo privativo, prazos dilatados em juízo, imunidade tributária, presunção de veracidade de seus atos, dentre várias outras. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “as prerrogativas colocam a administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade”.<sup>34</sup>

Diante disso, qual seria o sentido de se conferir uma série de prerrogativas à administração pública, justamente visando resguardar a supremacia e a indisponibilidade do interesse público, e, ao mesmo tempo, adotar um critério de reparação patrimonial, por danos sofridos, mais restrito do que o que é aplicado aos particulares? Se um particular, sozinho, pode exigir de outro a reparação por dolo ou culpa simples, qual o sentido de a administração, que representa o interesse de todos os indivíduos, só poder exigir a mesma reparação por dolo ou culpa grave? Estar-se-ia impondo um requisito mais gravoso ao interesse público do que o requisito que se impõe ao interesse particular, subvertendo toda a lógica sistêmica do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, acerca do parâmetro de culpa exigido nas relações entre particulares, a jurisprudência do STJ amplamente reconhece o dever de indenização mesmo se tratando de dano causado por culpa leve ou levíssima,<sup>35</sup> coadunando-se, assim, à doutrina. Já em relação ao ressarcimento ao erário, caso se entenda pela aplicabilidade do art. 28 da LINDB, a administração pública somente poderia reaver os prejuízos a ela causados caso a conduta do agente, ainda que culposa, tivesse sido especialmente grave.

Ora, essa situação é evidentemente absurda. Não é lógico possibilitar ao particular, em defesa de seu interesse próprio e exclusivo, a reparação dos prejuízos sofridos, e, ao mesmo tempo, impossibilitar ao Estado, em defesa do interesse da coletividade, a reparação dos danos sofridos.

O que se conclui, portanto, é que o regime de reparação patrimonial conferido ao Estado deve ser, no mínimo, equivalente ao regime de reparação patrimonial de que se utilizam os particulares.

Diante do exposto neste tópico, resta evidente que a responsabilidade dos agentes públicos por ressarcimento ao erário se dá por dolo ou culpa, sem qualquer limitação na gradação da culpa. Isso porque não há diferença prática entre o dano direto e o dano indireto causado pelos agentes públicos ao Estado, razão pela qual deve ser aplicado, em ambos os casos, o art. 37, §6º, da CR/88, e porque o regime de reparação conferido ao Estado deve ser, no mínimo, igual ao conferido ao particular, para que exista coerência sistêmica do ordenamento jurídico.

33 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 330.

34 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 87

35 Nesse sentido, confira-se, exemplificativamente: Recurso Especial nº 1.474.452-SC (2014/0185693-5), Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, sessão de julgamento de 15/09/2015; Recurso Especial nº 685.801-MG (2004/0100255-2), Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, sessão de julgamento de 06/05/2014.

Apesar de essa análise já ser suficiente para constatar a inaplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário, mostra-se necessário, ainda, analisar o argumento, desenvolvido pela corrente oposta, de que o legislador infraconstitucional poderia restringir o grau de culpa previsto no art. 37, §6º, da CR/88.

### 5.3 A interpretação do termo “culpa” do art. 37, §6º, da Constituição da República

Para aqueles que defendem a aplicabilidade do art. 28 da LINDB à responsabilidade dos agentes públicos por danos ao erário, o legislador infraconstitucional poderia, legitimamente, delimitar o grau de culpa estabelecido pelo art. 37, §6º, da CR/88. Apesar de essa posição ser encampada por juristas de grande relevância, como Luciano Ferraz e os ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso, entende-se que ao legislador não é dada essa possibilidade.

A impossibilidade de regulação, restrição ou delimitação dessa norma constitucional decorre de duas razões: a primeira, por se tratar de norma de eficácia plena, segundo a classificação realizada por José Afonso da Silva. A segunda razão é que, mesmo se se reconhecesse a legitimidade e possibilidade formal de o legislador infraconstitucional delimitar a norma, o termo “culpa”, utilizado no dispositivo, não pode ser entendido como conceito aberto ou indeterminado sobre o qual caiba delimitação. Exploram-se, a seguir, esses dois pontos.

#### 5.3.1 O art. 37, §6º, da Constituição da República, como norma de eficácia plena

É cediço na doutrina constitucional que a Constituição é formada por normas com diferentes tipos de aplicabilidade. Várias são as teorias acerca da aplicabilidade das normas constitucionais, desenvolvidas por autores de grande destaque no mundo jurídico, como Carlos Ayres Britto e Celso Ribeiro Bastos,<sup>36</sup> Maria Helena Diniz,<sup>37</sup> Luís Roberto Barroso,<sup>38</sup> entre outros. No entanto, a teoria que mais se destacou na doutrina brasileira foi a de José Afonso da Silva. Para o autor, as normas constitucionais podem ter eficácia plena, eficácia contida ou eficácia limitada. Os conceitos desses termos, nas palavras do autor, são os seguintes:

*Na primeira categoria [eficácia plena] incluem-se todas as normas que, desde a entrada em vigor da constituição, produzem todos os seus efeitos essenciais (ou têm a possibilidade de produzi-los), todos os objetivos visados pelo legislador constituinte, porque este criou, desde logo, uma normatividade para isso suficiente, incidindo direta e imediatamente sobre a matéria que lhes constitui objeto. O segundo grupo [eficácia contida] também se constitui de normas que incidem imediatamente e produzem (ou podem produzir) todos os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que permitem manter sua eficácia contida em certos limites, dadas certas circunstâncias. Ao contrário, as normas do terceiro grupo [eficácia limitada] são todas as que não produzem, com a simples entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais, porque o legislador constituinte, por qualquer motivo, não estabeleceu, sobre a matéria, uma normatividade para isso bastante, deixando essa tarefa ao legislador ordinário ou a outro órgão do Estado.<sup>39</sup> (Sem grifos no original.)*

A partir da conceituação desses termos, surge a dificuldade de se enquadrar a norma do art. 37, §6º, da CR/88, como norma de eficácia plena ou como norma de eficácia contida. Exclui-se, desde logo, a classificação como norma de eficácia limitada, visto que o dispositivo em comento possui normatividade suficiente para produzir todos os seus efeitos, sem necessidade ou dependência de regulação legal. Diante da dúvida entre o enquadramento da norma como sendo de eficácia plena ou de eficácia contida, faz-se necessário maior aprofundamento nesses conceitos. Afonso da Silva, ao pormenorizar a análise da norma de eficácia plena, assim a descreve:

36 BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1982.

37 DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

38 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

39 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 82-83.

*Completa, nesse sentido, será a norma que contenha todos os elementos e requisitos para a sua incidência direta. Todas as normas regulam certos interesses em relação a determinada matéria. Não se trata de regular a matéria em si, mas de definir certas situações, comportamentos ou interesses vinculados a determinada matéria. Quando essa regulamentação normativa é tal que se pode saber, com precisão, qual a conduta positiva ou negativa a seguir, relativamente ao interesse descrito na norma, é possível afirmar-se que esta é completa e juridicamente dotada de plena eficácia, embora possa não ser socialmente eficaz.*

(...)

*Em suma, como já acenamos anteriormente, são de eficácia plena as normas constitucionais que: a) contenham vedações ou proibições; b) confirmem isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de sua execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados.<sup>40</sup> (Sem grifos no original.)*

Com base nessa explicação, parece ter o art. 37, §6º, todos os requisitos e características de uma norma constitucional de eficácia plena. Nesse sentido, a norma pode ser aplicada diretamente, visto possuir todos os elementos necessários para sua incidência. Também não exige elaboração de novas normas que lhe completem o sentido ou fixem o conteúdo, porque já é suficientemente explícita.

De qualquer forma, devem-se analisar as características das normas de eficácia contida e as comparar ao dispositivo sob análise. Afonso da Silva assim caracteriza essa espécie de norma constitucional:

*Acresce, ainda, que algumas normas desse tipo indicam elementos de sua restrição que não a lei, mas certos conceitos de larga difusão no direito público, tais como ordem pública, segurança nacional ou pública, integridade nacional, bons costumes, necessidade ou utilidade pública, perigo público iminente etc., que, com a lei prevista ou a ocorrência de determinadas circunstâncias que fazem incidir outras normas constitucionais, importam limitação da eficácia de normas geradoras de situações subjetivas ativas ou de vantagem.*

(...)

A peculiaridade das normas de eficácia contida configura-se nos seguintes pontos:

*I – São normas que, em regra, solicitam a intervenção do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura; mas o apelo ao legislador ordinário visa a restringir-lhes a plenitude da eficácia, regulamentando os direitos subjetivos que delas decorrem para os cidadãos, indivíduos ou grupos.*

(...)

*IV – Algumas dessas normas já contêm um conceito ético juridicizado (bons costumes, ordem pública etc.), como valor societário ou político a preservar, que implica a limitação de sua eficácia.<sup>41</sup> (Sem grifos no original.)*

Conforme expõe o autor, as normas de eficácia contida, em regra, fazem remissão expressa a uma legislação futura. Exemplos dessa situação podem ser encontrados nos arts. 5º, VII, VIII, XIII, XV, XXVII, XXXIII; 37, I; 136, §1º; 170, parágrafo único, entre outros. O art. 37, §6º, não faz qualquer remissão a legislação futura que poderá regular o conteúdo da norma. Seria o caso se o dispositivo tivesse estabelecido que é “assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, nos termos da lei”, por exemplo. Mas assim não o fez, razão pela qual, em um primeiro momento, o dispositivo não se enquadra no conceito de norma de eficácia contida.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 99-101.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 103-104.

Outra característica que as normas de eficácia contida podem ter é a utilização de conceitos abertos e indeterminados, como ordem pública, segurança nacional, bons costumes, entre outros. Um exemplo desse tipo de norma é a do art. 5º, XXIV<sup>42</sup>, que, ao dispor sobre desapropriação, utilizou os termos “necessidade ou utilidade pública” e “interesse social”. O significado desses termos não é claramente constatável somente por sua leitura, fazendo-se necessária melhor especificação.

A corrente que defende a aplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário afirma que o termo “culpa”, utilizado no art. 37, §6º, seria um desses conceitos abertos e indeterminados e que, nessa medida, poderia ser delimitado pelo legislador infraconstitucional.

No entanto, não se pode conceber o termo “culpa” como conceito indeterminado só porque nele existem diversas gradações. O conceito indeterminado é aquele cujo significado não pode ser extraído pelo intérprete sem o auxílio de normas complementares que o especifiquem. O termo “culpa”, por sua vez, tem seu conceito muito bem definido pela doutrina, tendo sido desenvolvido desde o Direito Romano. Os conceitos de culpa lato sensu, de culpa stricto sensu, de culpa grave, de culpa leve e de culpa levíssima são plenamente determinados, com significado fechado e bem conhecido pelo intérprete do Direito. Apesar de possuir diversas gradações, todas elas são muito bem definidas. Esse aspecto será melhor desenvolvido no tópico seguinte, mas constata-se, desde já, que o termo “culpa”, utilizado no art. 37, §6º, não torna esse dispositivo uma norma de eficácia contida.

### 5.3.2 Análise do termo “culpa” como cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado

Conforme exposto brevemente no tópico anterior, não se pode conceber o termo “culpa” como cláusula geral ou conceito jurídico indeterminado. É evidente a diferença do termo “culpa” para aqueles que realmente são cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, como “ordem pública”, “bons costumes”, “interesse social”, “utilidade pública”, entre outros. Em texto sobre a interpretação de cláusulas gerais, Fabiano Menke apresenta o significado destas e dos conceitos jurídicos indeterminados:

Como ensina Judith Martins Costa, “considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’”. *A vagueza, então, pode ser apontada como uma das características das cláusulas gerais.*

Ao lado da vagueza está a necessidade de precisão, (...), a que faz alusão à doutrina alemã, *ou seja, não se cuida de norma pronta e acabada, mas sim de norma que demanda precisão, construção, por parte do intérprete.*

(...)

As cláusulas gerais, por outro lado, promovem sempre um reenvio a outros espaços do próprio ordenamento jurídico ou até mesmo a valores existentes dentro ou fora do sistema. Isso em razão de sua abertura, *que faz com que o intérprete seja obrigado a buscar auxílio em outras fontes axiológicas para fundamentar a sua linha argumentativa.*

(...) O conceito *apresenta-se num tão alto nível de abstração que não se encontra um núcleo conceitual inequivocamente perceptível, chegando-se à solução do caso apenas com a transformação da norma no caso concreto e com o apelo a valores ético-morais.*<sup>43</sup> (Sem grifos no original.)

42 Art. 5º (...)

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

43 MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 13, abril-junho de 2004, p. 9-35.

Os conceitos jurídicos indeterminados, por sua vez, são assim caracterizados pelo autor:

Os conceitos jurídicos indeterminados referentes a valores são os que mais se assemelham às cláusulas gerais, pois *também apresentam vagueza semântica e reenvio a standards*. Para alguns, a diferença entre cláusula geral e conceito jurídico indeterminado referente a valores é que a norma que contém um conceito jurídico indeterminado já apresenta as consequências, quais os efeitos incidentes no caso concreto da aplicação do dispositivo. Na cláusula geral isso não ocorre, a operação intelectual do juiz é mais complexa e vai mais longe, pois é ele quem determina os efeitos, as consequências práticas.<sup>44</sup> (Sem grifos no original.)

Como se depreende a partir dos ensinamentos expostos pelo autor, tanto as cláusulas gerais quanto os conceitos jurídicos indeterminados possuem alto grau de vagueza. O significado desses tipos de termos é fluido e, a princípio, indeterminado, somente se tornando determinado após a interpretação em conjunto com outras fontes normativas.

A partir daí, resta evidente que o termo “culpa” não se amolda às características das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. O conceito de culpa, em todas as suas gradações, é muito bem definido pela doutrina, sendo possível ao intérprete da norma extrair seu significado sem que seja necessário consultar outras fontes normativas. Destaca-se, a seguir, a doutrina de Carlos Roberto Gonçalves acerca da culpa, para que fique demonstrada a elevada precisão e definição do termo:

A culpa em sentido amplo, como violação de um dever jurídico, imputável a alguém, em decorrência de fato intencional ou de omissão de diligência ou cautela, compreende: o *dolo*, que é a violação intencional do dever jurídico, e a culpa em sentido estrito, caracterizada pela imperícia, imprudência ou negligência, sem qualquer deliberação de violar um dever. (...)

O *dolo* consiste na vontade de cometer uma violação de direito, e a culpa, na falta de diligência. Dolo, portanto, é a violação deliberada, consciente, intencional, do dever jurídico.

(...)

Com relação aos graus, a culpa pode ser grave, leve e levíssima. A culpa *grave* consiste em não prever o que todos preveem, omitir os cuidados mais elementares ou descuidar da diligência mais evidente.

(...)

Na realidade, a culpa *grave* é a decorrente de uma violação mais séria do dever de diligência que se exige do homem mediano. É a que resulta de uma negligência extremada.

A culpa será leve quando a falta puder ser evitada com atenção ordinária. A doutrina em geral a ela se refere como a falta de diligência própria do bom pai de família.

A culpa *levíssima* é a falta só evitável com atenção extraordinária, com extremada cautela.<sup>45</sup> (Sem grifos no original.)

O termo “culpa” se divide, ainda, em culpa contratual e extracontratual, culpa in eligendo, in vigilando, in custodiendo, in comittendo, in omittendo, culpa exclusiva e culpa concorrente, entre outras modalidades. Como se vê, o conceito é muito bem definido pela doutrina, remontando ao Direito Romano.

Dessa forma, o constituinte, ao utilizar-se do termo “culpa” no art. 37, §6º, fechou questão sobre o elemento subjetivo a ser exigido para fins de reparação do Estado contra os agentes públicos que a ele causarem dano. Repita-se: o fato de existirem gradações de culpa não significa dizer que o conceito é aberto a várias interpretações. Ao contrário, o conceito é muito bem definido, em todas as suas gradações.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, op. cit.*, p. 326-329.

Não há de se falar, portanto, em legitimidade do legislador infraconstitucional para delimitar ou restringir o âmbito de aplicação da norma constitucional do art. 37, §6º, da CR/88, sob a alegação de que se trataria de termo aberto ou indeterminado. É evidente e inegável o abismo de definição e precisão do termo “culpa” em relação aos conceitos jurídicos que de fato são indeterminados, como “ordem pública”, “interesse social”, “utilidade pública”, entre vários outros. Até mesmo porque os significados desses conceitos indeterminados estão sujeitos a variações com o passar do tempo. Por exemplo, o que hoje se considera “interesse social” pode, daqui a alguns anos, não mais ser assim considerado. Da mesma forma, o atual significado de “bons costumes” será inevitavelmente alterado e adaptado no futuro. A indeterminação desses conceitos possibilita sua fluidez interpretativa, adaptando-os aos anseios sociais do presente. A “culpa”, por outro lado, não conta com essa fluidez, sendo estático seu significado no tempo.

Ao longo deste tópico, foram apresentados diversos argumentos pela conclusão de inaplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário. Partindo da diferenciação entre a dimensão sancionatória e a dimensão ressarcitória da responsabilidade administrativa, passando pela necessidade de a responsabilização ter como parâmetros o dolo ou a culpa em sentido amplo, seja porque assim dispõe o art. 37, §6º, da CR/88, seja por medida de coerência sistêmica do ordenamento jurídico, e, por fim, em razão da impossibilidade de regulamentação, delimitação ou restrição da norma constitucional, conclui-se que, de fato, o art. 28 da LINDB não é aplicável ao ressarcimento, mas tão somente ao Direito Administrativo sancionador.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo contribuir para a evolução do estudo interpretativo acerca do art. 28 da LINDB, recentemente incluído no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 13.655/2018. Motivado pela relevância que o regime jurídico de responsabilização dos agentes públicos tem para o Direito Administrativo e pela escassez de estudos aprofundados sobre o tema, buscou-se analisar o dispositivo legal em um de seus pontos controversos: sua aplicabilidade ao dever de ressarcimento ao erário.

Em razão de a análise realizada ter focado somente essa controvérsia, outros temas polêmicos acerca do art. 28 da LINDB continuam carentes de análises detalhadas. Por exemplo, a conceituação do que seria “erro grosseiro” vem causando dificuldades interpretativas e formando uma série de opiniões e conceituações divergentes. Diante disso, e até mesmo como complementação ao presente estudo, outros pesquisadores podem desenvolver a análise do termo “erro grosseiro”, utilizado no dispositivo legal.

No primeiro tópico do trabalho, foi exposta breve introdução sobre o tema que seria estudado, delimitando o objeto e os objetivos buscados, bem como o problema e a hipótese formulados.

Em seguida, foram esmiuçadas as divergentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais que se formaram acerca da interpretação do art. 28. No campo doutrinário, foram expostos os principais argumentos de cada uma das correntes. No campo jurisprudencial, apesar de verificada a escassez de julgados sobre o tema, destacou-se o entendimento adotado pelo TCU e por alguns Tribunais de Contas estaduais. Ao final, analisou-se, brevemente, a Medida Provisória nº 966/2020, que trouxe norma semelhante ao art. 28 da LINDB e, nesse contexto, relatou-se a decisão cautelar do Supremo Tribunal Federal em ADIs que questionavam o referido dispositivo.

Posteriormente, analisou-se a aplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário por danos a ele causados pelos agentes públicos. Para introduzir a análise, diferenciaram-se, inicialmente, o regime jurídico das sanções administrativas e o regime jurídico do ressarcimento. Em seguida, analisou-se a norma constitucional do art. 37, §6º, quanto à sua eficácia, concluindo-se se tratar de norma de eficácia plena e, por isso, não passível de regulação, delimitação ou restrição pelo legislador infraconstitucional.

Por fim, analisaram-se as características do termo “culpa”, utilizado no referido dispositivo constitucional, concluindo-se que não se pode equipará-lo, para fins de regulação, delimitação ou restrição pelo legislador infraconstitucional, às cláusulas gerais ou aos conceitos jurídicos indeterminados, estes sim passíveis de regulação legal. Diante de todo o exposto, concluiu-se pela inaplicabilidade do art. 28 da LINDB ao dever de ressarcimento ao erário, permanecendo os agentes públicos, portanto, sujeitos à imputação de débito por danos causados com dolo ou culpa simples, independentemente de sua gradação.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Fábio Martins de. *Comentários à lei nº 13.655/2018: proposta de sistematização e interpretação* conforme. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ANDRADE, Landolfo. A repercussão do artigo 28 da lindb na interpretação e aplicação do artigo 10 da Lei 8.429/92. *GEN Jurídico*. Disponível em: <https://genjuridico.jusbrasil.com.br/artigos/687668430/a-repercussao-do-artigo-28-da-lindb-na-interpretacao-e-aplicacao-do-artigo-10-da-lei-8429-92>. Acesso em: 10 set. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASTOS, Celso Ribeiro; BRITTO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1982.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. *Rev. Direito Adm*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.830/2019. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657/1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. 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: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.666/1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.655/2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.655%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%202018.&text=Inclui%20no%20Decreto%2DLei%20n%C2%BA,na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20p%C3%BAblico](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.655%2C%20DE%2025%20DE%20ABRIL%20DE%202018.&text=Inclui%20no%20Decreto%2DLei%20n%C2%BA,na%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20p%C3%BAblico). Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial* nº 1.508.049 – PR(2014/0321619-2). Relator Ministro

Sérgio Kukina. DJe: 28/06/2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=62608042&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=201403216192&data=20160628&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=62608042&tipo_documento=documento&num_registro=201403216192&data=20160628&formato=PDF). Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 266/2019 – Plenário*. Processo 042.073/2018-9. Relator Ministro Aroldo Cedraz. Sessão de 13/02/2019. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A266%2520ANOACORDAO%253A2019/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=5bb65860-f3d2-11ea-97cd-c3c2c1ff4d55](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A266%2520ANOACORDAO%253A2019/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=5bb65860-f3d2-11ea-97cd-c3c2c1ff4d55). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2391/2018 – Plenário*. Processo 007.416/2013-0. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 17/10/2018. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=6bd82e80-f639-11ea-84ba-dd72eaeca843](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2391%2520ANOACORDAO%253A2018/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=6bd82e80-f639-11ea-84ba-dd72eaeca843). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 2768/2019 – Plenário*. Processo 002.048/2014-0. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 20/11/2019. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A2768%2520ANOACORDAO%253A2019/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2768%2520ANOACORDAO%253A2019/DTR ELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68). Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão 5547/2019 – Primeira Câmara*. Processo 026.095/2006-8. Relator Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 09/07/2019. Disponível em: [https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/\\*/NUMACORDAO%253A5547%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uid=e71d0930-f639-11ea-9e48-d91023631052](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A5547%2520ANOACORDAO%253A2019/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uid=e71d0930-f639-11ea-9e48-d91023631052). Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência 273/2019*. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/erro%2520grosseiro/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25AAnCIA%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/9/%2520?uid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência 275/2019*. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/erro%2520grosseiro%2520culpa%2520grave/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25AAnCIA%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/4/%2520?uid=ee5b4240-0f5f-11eb-9a11-3bbc049f5579>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência 291/2019*. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/erro%2520grosseiro/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25AAnCIA%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/5/%2520?uid=52941000-f469-11ea-9be6-f9e0edae0e68>. Acesso em: 11 set. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência 318/2020*. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/publicacao/suspensao%2520temporaria/PUBLICACAO%253A%2522Boletim%2520de%2520Jurisprud%25C3%25AAnCIA%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/%2520?uid=38d9eff0-f3d2-11ea-8319-f3563a91d131>. Acesso em: 10 set. 2020.

CRUZ, Alcir Moreno da; BORGES, Mauro. O artigo 28 da LINDB e a questão do erro grosseiro. *Revista Consultor Jurídico*, 14 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/opiniao-artigo-28-lindb-questao-erro-grosseiro>. Acesso em: 10 set. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Acórdão 00237/2020-4 – Plenário. Processo 08867/2014-7. Relator Sérgio Aboudib Ferreira Pinto. Sessão de 10/03/2020. Disponível em:

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Acórdão 00396/2019-1 – Plenário. Processo 02153/2014-5. Relator Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. Sessão de 09/04/2019. Disponível em:

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo. Acórdão 01195/2019-2 – Plenário. Processos 04386/2019-1, 04733/2018-1, 03956/2013-4, 05489/2006-6, 00880/2006-7, 00864/2006-8 e 03641/2004-1. Relator Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha. Sessão de 10/09/2019. Disponível em:

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

FERRAZ, Luciano. Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Consultor Jurídico*, 10 maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>. Acesso em: 10 set. 2020.

FERRAZ, Luciano. Alteração na Lindb e seus reflexos sobre a responsabilidade dos agentes públicos. *Revista Consultor Jurídico*, 29 nov. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-29/interesse-publico-lindb-questao-erro-grosseiro-decisao-tcu>. Acesso em: 10 set. 2020.

FREITAS, Izaías Dantas. A finalidade da pena no Direito Administrativo Disciplinar. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 141, jan./mar. 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

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

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO. *Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no Direito Administrativo*. Tiradentes, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MENKE, Fabiano. A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos. *Revista de Direito do Consumidor*, ano 13, p. 9-35, abril-junho de 2004.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. *Blog Zenite*, 14 nov. 2018. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>. Acesso em: 10 set. 2020.

OSÓRIO, Fábio de Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PARANÁ. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Acórdão nº 543/20 – Tribunal Pleno. Processo nº 357281/19. Relator Conselheiro José Durval Mattos do Amaral. Sessão de 04/03/2020. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2020/3/pdf/00344120.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Processo nº 9306-0200/12-0. Primeira Câmara. Relator Conselheiro-Substituto Roberto Debacco Loureiro. Sessão



de 11/02/2020. Disponível em: [http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=20000:46:::NO::P46\\_CD\\_DOCUMENTO:3055922](http://www1.tce.rs.gov.br/aplicprod/f?p=20000:46:::NO::P46_CD_DOCUMENTO:3055922). Acesso em: 10 set. 2020.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVA, Marco Aurélio Souza da. Tribunais de Contas: teoria e prática da responsabilização de agentes públicos e privados por infração administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

STF. Pleno – Atos de agentes públicos durante a pandemia, 21/05/2020. Youtube. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=puW5TMr7WnU&ab\\_channel=STF](https://www.youtube.com/watch?v=puW5TMr7WnU&ab_channel=STF). Acesso em: 11 set. 2020.

STF. Pleno – Agentes públicos devem observar critérios técnicos na pandemia (2/2) – COM AUDIODESCRIÇÃO, 22/05/2020. Youtube. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=9P8yEv2H8&t=4816s&ab\\_channel=STF](https://www.youtube.com/watch?v=9P8yEv2H8&t=4816s&ab_channel=STF). Acesso em: 11 set. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Capítulo 12: uma nova lei para aumentar a qualidade jurídica das decisões públicas e de seu controle. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Malheiros, 2013.