

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO

FELIPE REZENDE LOUREIRO HOBAICA

**DISFUNCIONALIDADES E TOLERÂNCIA AO ERRO NA RESPONSABILIZAÇÃO
PERANTE OS TRIBUNAIS DE CONTAS**

PORTO ALEGRE

2021

FELIPE REZENDE LOUREIRO HOBAICA

**DISFUNCIONALIDADES E TOLERÂNCIA AO ERRO NA RESPONSABILIZAÇÃO
PERANTE OS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Trabalho de conclusão do curso, apresentado à
Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
como requisito parcial para a obtenção do título
de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Doutor Rafael Da Cás Maffini.

PORTO ALEGRE

2021

Hobaica, Felipe Rezende Loureiro
DISFUNCIONALIDADES E TOLERÂNCIA AO ERRO NA
RESPONSABILIZAÇÃO PERANTE OS TRIBUNAIS DE CONTAS /
Felipe Rezende Loureiro Hobaica. -- 2021.
53 f.
Orientador: Rafael Da Cás Maffini.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2021.

1. Responsabilização. 2. Agentes públicos. 3.
Tribunais de Contas. I. Maffini, Rafael Da Cás,
orient. II. Título.

FELIPE REZENDE LOUREIRO HOBAICA

**DISFUNCIONALIDADES E TOLERÂNCIA AO ERRO NA RESPONSABILIZAÇÃO
PERANTE OS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Trabalho de conclusão do curso, apresentado à
Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
como requisito parcial para a obtenção do título
de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 17 de maio de 2021.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Rafael Da Cás Maffini

Prof. Marina Garcia Guagliariello

Prof. Vinícius Adami Casal

“Infeliz é o destino daquele que tenta vencer suas batalhas e ter sucesso em seus ataques sem cultivar o espírito da iniciativa, pois o resultado é a perda de tempo e a estagnação generalizada”

(Sun Tzu)

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por ter me dado a vida e sempre estar presente nos momentos mais importantes de minha jornada. Sem Ele e as oportunidades e os dons a mim agraciados não seria possível a concretização deste sonho.

Aos amigos que tornaram a minha caminhada mais suave, sendo essenciais para a minha chegada neste momento.

A todos os professores que compartilharam seus conhecimentos.

Aos meus pais, Samir e Silvia, pelo apoio irrestrito e o amor incondicional. Meu pai, grande amigo e conselheiro, que sempre me orientou nas minhas escolhas. Minha mãe que sempre teve como prioridade a minha formação humana e acadêmica.

Aos meus familiares, que mesmo de longe me incentivaram e deram força. Em especial à minha irmã Fernanda, meus avós Jorge Loureiro, Lucília Loureiro e Maria Áurea, minha tia Claudia e meu avô Jorge Hobaica que estará sempre na minha memória.

RESUMO

Embora seja inegável a importância do controle para o desenvolvimento da Administração Pública, excessos e disfuncionalidades têm ocorrido na atuação dos Tribunais de Contas. Os agentes públicos estão ficando paralisados diante da possibilidade de serem sempre condenados em razão de decisões imprevisíveis. A atuação das Cortes de Contas deve ser analisada sob o viés econômico, ou seja, os benefícios da sua atuação devem ser superiores aos custos dela decorrentes. Controles maximalistas nem sempre são os mais eficientes ou promovem a eficiência da Administração Pública. É preciso corrigir as disfuncionalidades do processo atual de responsabilização e conceder um espaço de tolerância ao erro do agente público, tal como ocorre na iniciativa privada, considerando os riscos do exercício da sua função. Não se deve confundir tolerância ao erro com conivência à prática de atos ilícitos e danos ao erário, para isso devem-se buscar parâmetros objetivos que possam definir o espaço no qual os erros serão toleráveis de modo a conferir segurança jurídicas aos agentes públicos, evitando o medo de serem punidos e promovendo a eficiência da Administração como um todo.

Palavras-chave: Responsabilização; Agentes públicos; Tribunais de Contas.

ABSTRACT

Although the importance of accountability for the development of Public Administration, excesses and dysfunctionalities have occurred in the performance of the Audit Courts. Public officials are being paralyzed by the possibility of being condemned for unforeseeable decisions. The performance of the Audit Court should be analyzed under an economic bias, the benefits of their performance must outweigh the costs resulting from it. Overload accountability are not always the most efficient or promote the efficiency of Public Administration. It is necessary to correct the dysfunctionalities of the current accountability process and to grant a space of tolerance to the error of the public agent, as occurs in the private sector, considering the risks of the exercise of his function. Error tolerance should not be confused with allowance to the practice of illicit. Objective parameters must be established to define what type of errors can be tolerated in order to provide legal certainty to public agents, avoiding the fear of being punished and promoting the efficiency of the Public Administration.

Keywords: Accountability; Public agents; Audit Courts.

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

BJR – BUSINESS JUDGMENT RULE

CPC – CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LINDB – LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

MS – MANDADO DE SEGURANÇA

REsp – RECURSO ESPECIAL

RMS – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

TCE/RS – TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TC – TOMADA DE CONTAS

TCE/RS – TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

TCU – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS PERANTE OS TRIBUNAIS DE CONTAS	13
2.1 REQUISITOS DA RESPONSABILIZAÇÃO	16
2.2 REFLEXOS DA LEI Nº 13.655/2018 E DO DECRETO Nº 9.830/19 NA RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS	21
3. CRÍTICAS AO CONTROLE NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	29
3.1 DISFUNCIONALIDADES DAS FORMAS ATUAIS DE RESPONSABILIZAÇÃO	33
3.2 TOLERÂNCIA E DIREITO AO ERRO DO AGENTE PÚBLICO	41
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERÊNCIAS	50

1. INTRODUÇÃO

É inegável a importância do controle da Administração Pública haja vista que os países que possuem os melhores desempenhos normalmente são aqueles que possuem as instituições judiciais e de auditoria mais independentes e eficientes¹.

Nessa mesma linha, inclusive, a existência de órgãos de controle da Administração Pública independentes e qualificados – Poder Judiciário, Ministério Público e Tribunais de Contas – é considerada como uma das principais causas do grande desenvolvimento da democracia brasileira perante os seus pares sul-americanos.

A necessidade de controle passa longe de ser um problema exclusivo da Administração Pública, passa mais longe ainda de ser um problema essencialmente brasileiro. Para fins de comparação, estima-se que nos Estados Unidos roubos e fraudes de funcionários no local de trabalho girem em torno de U\$\$ 600 bilhões de dólares por ano², o que representa quase um terço do PIB brasileiro de 2019.

Por outro lado, embora a “visão de fora” seja um importante remédio para a “falácia do planejamento”³ dos administradores públicos, é inegável que o excesso de controle na tentativa de perfectibilizar a Administração Pública gera efeitos diametralmente opostos na medida em que contribui para a sua burocratização e ineficiência.

É preciso pensar também até que ponto os custos do controle são vantajosos frente aos seus resultados alcançados, uma vez que o controle possui custos diretos decorrentes da própria atuação fiscalizatória, além de custos indiretos provenientes do tempo gasto pelo agente público para prestar contas. Hoje, por exemplo, um secretário do governo do Estado do Rio Grande do Sul está sujeito à fiscalização pelo Tribunal de Contas Estadual, pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado, pelo Ministério Público Estadual e, ainda, se possuir algum tipo de convênio

¹ MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. **Making Brazil work: checking the president in a multiparty system**. Londres e Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013, p. 41-42.

² ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**. Rio de Janeiro: Sextante, 2020. p.230.

³ Daniel Kahneman descreve o termo “falácia do planejamento” para descrever planos e prognósticos que estão irrealisticamente próximos de hipóteses superotimistas ou que podem ser melhorados com uma consulta às estatísticas de casos semelhantes. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

com o Governo Federal, pode ter que prestar contas aos órgãos fiscalizadores da União. Além de todas essas formas institucionais de controle, o agente público também está sujeito frequentemente ao controle da mídia e da sociedade, esses com efeitos muitas vezes mais danosos à sua imagem e à sua vida⁴.

Dito isso, o objetivo do presente trabalho é analisar como ocorre a responsabilização dos agentes públicos perante os Tribunais de Contas, assim como os reflexos da Lei nº 13.655/2018 e do Decreto nº 9.830/2019, para, então, discorrer sobre as possíveis disfuncionalidades das formas atuais de responsabilização perante as Cortes de Contas e se há espaço no modelo de responsabilização adotado para a tolerância ao erro do agente público.

⁴ Um caso paradigmático foi o do reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, Luiz Carlos Cancellier, que se suicidou depois da humilhação pública com acusações de corrupção na universidade, sem sequer ter sido submetido ao devido processo legal. CARVALHO, Luiz Maklouf. **Suicídio de reitor da Universidade Federal da Santa Catarina põe PF sob suspeita**. UOL, 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/12/03/suicidio-de-reitor-poe-pf-sob-suspeita.htm>>. Acesso em 03/05/2021.

2. RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS PERANTE OS TRIBUNAIS DE CONTAS

Os agentes públicos são considerados como todas as pessoas físicas que exercem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual⁵.

Em resumo, o agente público é toda pessoa natural que presta serviço à Administração direta e indireta do Estado, produzindo ou manifestando a vontade estatal. São espécies do gênero agente público: os agentes políticos, os servidores públicos em sentido amplo, os militares e os particulares em colaboração com o Poder Público⁶.

O agente público no exercício de suas funções está sujeito à diversas esferas de responsabilização – civil, penal administrativa disciplinar e administrativa perante o Controle Externo – todas autônomas entre si, ou seja, um mesmo fato/ato pode ser analisado de maneira independente em cada uma delas, ressalvada a exceção na qual a absolvição criminal, com base na inexistência de infração ou autoria, elimina também a responsabilidade administrativa, consoante jurisprudência do STJ:

“1. As esferas criminal e administrativa são independentes, estando a Administração vinculada apenas à decisão do juízo criminal que negar a existência do fato ou a autoria do crime. Precedentes: REsp 1.226.694/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 20/9/2011; REsp 1.028.436/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 3/11/2020, REsp 879.734/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 18/10/2020; RMS 10.496/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 9/10/2016. 2. In casu, a sentença penal

⁵ Definição extraída dos art. 1º e 2º da Lei nº 8.429/1992.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 690.

não repercute na esfera administrativa, pois o impetrante foi absolvido por insuficiência de provas” (RMS 32.641/DF, 1.ª T., rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 08.11.2011, DJe 11.11.2011).

No presente trabalho, a responsabilidade que nos interessa é a dos agentes públicos perante o Controle Externo, mais especificamente perante os Tribunais de Contas. O agente público no exercício de sua função possui o dever de prestar contas dos atos praticados e arcar com as consequências das condutas reprováveis e equivocadas⁷.

Nesse contexto, a Constituição Federal estabelece, nos art. 70, parágrafo único⁸, e art. 71, II⁹, a competência do Tribunal de Contas da União, dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios para julgar as contas dos administradores públicos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da Administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público, assim como o dever de prestar contas de qualquer pessoa física que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos.

A essência da responsabilidade está associada a um desvio de conduta, ou seja, a uma violação de um dever jurídico – conduta imposta pelo Direito Positivo – que causa prejuízo a outrem¹⁰. Desta forma, a responsabilização do agente causador do dano visa à restauração do

⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10ª edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014, p. 1051.

⁸ *Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.*

⁹ *Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.*

¹⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

equilíbrio inicial, assim como a reparação do prejuízo¹¹. Todavia, destaca-se que nos processos de contas o dano não é elemento essencial à responsabilização.

Como dito anteriormente, a responsabilização de um agente público pode ocorrer em várias esferas. No âmbito dos Tribunais de Contas, a responsabilização apresenta elementos tanto da responsabilização civil – quando se objetiva reparar um prejuízo causado ao erário – quanto da responsabilização penal – quando se objetiva aplicar uma pena com a finalidade de punir o agente infrator pela prática de alguma irregularidade¹².

Quanto à natureza, a responsabilização dos agentes públicos é subjetiva, conforme jurisprudência já pacificada:

A responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal e no artigo 159 da Lei nº 3.071/16, segue a regra geral da responsabilidade civil. Quer dizer, trata-se de responsabilidade subjetiva. O fato de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber ao administrador público não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e torne-se objetiva. Esta, vale frisar, é responsabilidade excepcional, a exemplo do que ocorre com os danos causados pelo Estado em sua interação com particulares - art. 37, § 6º, da Constituição Federal. (Acórdão 67/2003-TCU-Segunda Câmara - TC nº Processo 325.165/1997-1)

A responsabilização subjetiva é definida por Carlos Roberto Gonçalves como:

Diz-se, pois, ser “subjetiva” a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa. A prova da culpa do agente passa a ser pressuposto necessário do dano

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro digital.

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Responsabilização de agentes segundo a jurisprudência do TCU – uma abordagem a partir de licitações e contratos. Aula 1 – introdução à responsabilidade**. Instituto Serzedello Corrêa, 2013, p. 11. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/responsabilizacao-de-agentes-segundo-a-jurisprudencia-do-tcu-uma-abordagem-a-partir-de-licitacoes-e-contratos-aulas-1-a-5.htm>>. Acesso em: 01/05/2021.

*indenizável. Nessa concepção, a responsabilidade do causador do dano somente se configura se agiu com dolo ou culpa*¹³.

Ainda, a responsabilização dos agentes públicos nos processos perante as Cortes de Contas possui origem em uma conduta comissiva ou omissiva do agente, dolosa ou culposa, cujo resultado seja a violação dos deveres impostos pelo regime de direito público aplicável àqueles que administram recursos do Estado¹⁴. Portanto, para a responsabilização subjetiva devem estar presentes os seguintes requisitos: a) ato ilícito na gestão de recursos públicos; b) conduta culposa ou dolosa; c) nexo de causalidade entre o ato ilícito e a sua consequência.

2.1 REQUISITOS DA RESPONSABILIZAÇÃO

Os requisitos para responsabilização dos agentes públicos perante as Cortes de Contas não estão positivados em lei tampouco há um entendimento uniforme sobre a matéria, inclusive a mudança de responsabilização objetiva para a responsabilização subjetiva é tema recente em alguns Tribunais de Contas. Nesse sentido, Jacoby Fernandes¹⁵ aborda a necessidade de termos no Brasil uma estrutura organizada de imputação de responsabilidade nos diversos órgãos de controle que permita estabelecer de forma clara, objetiva e lógica o vínculo entre irregularidade e agente causador, de forma a conferir segurança aos gestores públicos no exercício das suas funções.

Destarte, os requisitos abordados para a responsabilização abordados neste trabalho serão aqueles já consolidados pelo TCU haja vista que Corte Federal é a referência nacional sobre o assunto.

¹³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro digital, p. 56.

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Responsabilização de Agentes Segundo a Jurisprudência do TCU – Uma abordagem a partir de Licitações e Contratos. Aula 1 – Introdução à Responsabilidade**. Instituto Serzedello Corrêa. 2013, p. 11. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/responsabilizacao-de-agentes-segundo-a-jurisprudencia-do-tcu-uma-abordagem-a-partir-de-licitacoes-e-contratos-aulas-1-a-5.htm>>. Acesso em: 01/05/2021.

¹⁵ FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Manual do ordenador de despesas**. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 41-42.

O primeiro requisito é o cometimento de ato ilícito na gestão de recursos públicos¹⁶.

O ato ilícito pode ser definido como:

... comportamento voluntário que infringe um dever jurídico, e não que simplesmente prometa ou ameace infringi-lo, de tal sorte que, desde o momento em que um ato ilícito foi praticado, está-se diante de um processo executivo, e não diante de uma simples manifestação de vontade. Nem por isso, entretanto, o ato ilícito dispensa urna manifestação de vontade. Antes, pelo contrário, por ser um ato de conduta, um comportamento humano, é preciso que ele seja voluntário¹⁷.

O ato ilícito pode ter origem tanto em uma conduta comissiva – quando o agente executa uma ação – quanto em uma conduta omissiva – quando deixa de cumprir com um dever jurídico de agir.

Apesar de normalmente a responsabilidade decorrente de ato ilícito estar associada à ideia de dano ou prejuízo, um ponto a se destacar nos processos de contas é que pode haver responsabilização sem a efetivação de um dano propriamente dito, ou seja, mesmo irregularidades que não geraram prejuízo financeiro ao erário são passíveis de responsabilização e sanção em razão da gravidade e da reprovabilidade da conduta¹⁸, como por exemplo, o fiscal de uma obra que efetua o recebimento definitivo além do prazo.

¹⁶ A origem dos recursos públicos determinará sob qual Corte de Contas o agente estará submetido. A gestão dos recursos da União será analisada pelo Tribunal de Contas da União e a dos recursos dos Estados e Municípios pelos Tribunais de Contas Estaduais ou Municipais, conforme o caso.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 25.

¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Responsabilização de agentes segundo a jurisprudência do TCU – uma abordagem a partir de licitações e contratos. Aula 1 – introdução à responsabilidade**. Instituto Serzedello Corrêa, 2013, p. 12. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/responsabilizacao-de-agentes-segundo-a-jurisprudencia-do-tcu-uma-abordagem-a-partir-de-licitacoes-e-contratos-aulas-1-a-5.htm>>. Acesso em: 01/05/2021.

O segundo requisito é a prática de conduta dolosa ou culposa pelo agente público, portanto, para a responsabilização perante as Cortes de Contas basta a culpa *lato sensu* – que compreende o dolo e a culpa *stricto sensu*¹⁹.

O dolo constitui uma violação intencional de um dever jurídico, seja por uma ação ou omissão do agente, destinada à produção de um resultado ilícito. O agente que age com dolo está consciente das suas atitudes, mesmo sendo possível agir de maneira oposta²⁰.

Por sua vez, a culpa *stricto sensu* se diferencia do dolo na medida em que não há a intenção – consciência – do agente em violar o dever jurídico, o resultado antijurídico da ação é proveniente de falta de cautela e cuidado. Sérgio Cavalieri Filho²¹ define a culpa como “conduta voluntária contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível” e ainda estabelece três elementos para a sua caracterização: a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade; e c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

Para a avaliação de culpa do agente público no exercício de suas funções utiliza-se a figura do administrador médio como parâmetro, conceito amplo e que por muitas vezes acaba conferindo certo grau de subjetividade ao julgador. Em um compilado da jurisprudência do TCU, pode-se extrair o conceito de administrador médio como:

Sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por

¹⁹ Sobre o tema, destaca-se o trecho do voto do Min. Relator, Aroldo Cedraz, no âmbito do Acórdão 635/2017 – TCU-Plenário: “Ademais, a alegada inexistência de dolo ou benefício pessoal não socorre o recorrente, vez que a responsabilidade dos jurisdicionados perante o TCU é de natureza subjetiva, caracterizada mediante a presença de simples culpa *stricto sensu*, sendo desnecessária a caracterização de conduta dolosa ou má-fé do gestor para que este seja responsabilizado. Desse modo, é suficiente a quantificação do dano, a identificação da conduta do responsável que caracterize sua culpa, seja por imprudência, imperícia ou negligência, e a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta culposa (*stricto sensu*) e a irregularidade que ocasionou o dano ao Erário, conforme assentado na jurisprudência desta Corte, a exemplo dos Acórdão 185/2016-TCU-Plenário, 2420/2015-TCU-Plenário e 6943/2015-TCU-1ª Câmara.”

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 46-47.

²¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 50.

um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU titubeia. Por um lado, precisa ser sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com mestria os instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, requer do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de ajustes ou acordos administrativos que lhe sejam submetidos à aprovação, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013). Sua atuação é preventiva: ele devolve os valores acrescidos da remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se apressa para aplicar esses recursos (Ac. 8658/2011; Ac. 3170/2013). Não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade (Ac. 4636/2012), não descumpra determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010).²²

Apesar da diferença conceitual entre dolo e culpa, o dever de recompor o dano ao erário causado por um ato do agente público independe desta distinção. O dolo ou a culpa possuem maior importância nas sanções de multa nos processos de contas.

Finalmente, o terceiro requisito para responsabilização é o nexo de causalidade, ou seja, a relação de causa e efeito entre a conduta do agente público e o resultado decorrente dela, que nos processos de contas pode ser um dano ao erário ou o descumprimento de uma norma.

O nexo de causalidade é o requisito mais difícil de se definir, podendo inclusive alterar o agente a ser responsabilizado conforme a teoria justificadora adotada. São inúmeras as teorias sobre o nexo de causalidade, sendo as três principais delas:

a) Teoria da equivalência das condições ou do histórico dos antecedentes (sine qua non) – todos os fatos relativos ao evento danoso geram a responsabilidade civil. Segundo Tepedino, “considera-se, assim, que o dano não teria ocorrido se não fosse a presença de cada uma das condições que, na hipótese concreta, foram identificadas precedentemente ao resultado danoso” (TEPEDINO, Gustavo. Notas..., 2006, p. 67). Essa teoria, não

²² PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o ‘administrador médio’ do TCU? LINDB exige que condutas sejam avaliadas a partir da realidade.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>>. Acesso em: 20/04/2021.

adotada no Brasil, tem o grande inconveniente de ampliar em muito o nexo de causalidade, até o infinito.

b) Teoria da causalidade adequada – teoria desenvolvida por Von Kries, pela qual se deve identificar, na presença de uma possível causa, aquela que, de forma potencial, gerou o evento dano. Na interpretação deste autor, por esta teoria, somente o fato relevante ou causa necessária para o evento danoso gera a responsabilidade civil, devendo a indenização ser adequada aos fatos que a envolvem.

c) Teoria do dano direto e imediato ou teoria da interrupção do nexo causal – havendo violação do direito por parte do credor ou do terceiro, haverá interrupção do nexo causal com a conseqüente irresponsabilidade do suposto agente. Desse modo, somente devem ser reparados os danos que decorrem como efeitos necessários da conduta do agente²³.

Apesar das diversas teorias, os Tribunais de Contas dificilmente aplicam uma única teoria, mesmo no TCU não se constata a existência de uma linha consolidada que consagre uma regra para investigação do vínculo causal, devendo ser analisadas as peculiaridades de cada caso concreto²⁴.

Entretanto, alguns julgados – a exemplo do Acórdão nº 1501/2018-TCU-Plenário²⁵ – indicam uma preferência para a aplicação da teoria do dano direto e imediato ou interrupção do nexo causal, segundo a qual dentre as várias circunstâncias a que se reporta o resultado, a causa

²³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 449.

²⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Responsabilização de agentes segundo a jurisprudência do TCU – uma abordagem a partir de licitações e contratos. Aula 1 – introdução à responsabilidade**. Instituto Serzedello Corrêa, 2013, p. 23. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/responsabilizacao-de-agentes-segundo-a-jurisprudencia-do-tcu-uma-abordagem-a-partir-de-licitacoes-e-contratos-aulas-1-a-5.htm>>. Acesso em: 01/05/2021.

²⁵ Enunciado Acórdão nº 2760/2018-TCU-Plenário: “*Para o estabelecimento do nexo de causalidade para fins de responsabilização, nos casos em que o dano ao erário decorre de um conjunto de causas (concausas), em que não se pode apontar uma única causa determinante para sua ocorrência, deve-se verificar se a conduta atribuída ao responsável possui relação direta e imediata com o dano, bem como se ela foi decisiva e necessária para a ocorrência do prejuízo.*”

é aquela necessária e mais próxima à ocorrência daquele, excluindo-se da cadeia outras condições anteriores.

2.2 REFLEXOS DA LEI Nº 13.655/2018 E DO DECRETO Nº 9.830/19 NA RESPONSABILIZAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS

Durante muito tempo, os Tribunais de Contas desconsideraram a gradação de culpa para a responsabilização dos gestores públicos, prova disso é o enunciado do Acórdão 3441/2012-TCU-Plenário:

Para que o agente público seja responsabilizado é necessário que se estabeleça o liame causal entre a sua conduta irregular e o débito apurado. A comprovação da má-fé é desnecessária, basta o resultado danoso ao Erário, o elemento subjetivo e o vínculo causal.

(grifou-se)

Esse modelo de responsabilização, nem sempre aplicado de forma harmônica e previsível, desconsiderando o risco inerente aos deveres da sua atuação gera uma grande insegurança aos agentes públicos. Então, parte dos administrados diante da possibilidade de ser responsabilizada por quaisquer ações em razão da instabilidade da interpretação do direito público acaba ficando paralisada em sua atividade decisória, mesmo em condutas que, por dever de ofício, são obrigadas a ter, pois muitas vezes o controle *a posteriori* deixa de considerar a realidade – repleta de obstáculos, dificuldades materiais e humanas – que envolveu o processo de tomada de decisão²⁶.

Diante da necessidade de conferir uma maior segurança jurídica e promover uma Administração Pública mais eficiente foram editados a Lei nº 13.655/2018, que promoveu alterações na LINDB (Decreto-Lei nº 4.657/1942), e o Decreto nº 9.830/19, que regulamentou os art. 20 ao art. 30 da LINDB, para positivizar, ainda que timidamente, aspectos para limitação da responsabilidade do administrador público. Nesse sentido, os dispositivos alterados mais importantes para este trabalho são:

²⁶ MOTTA, Fabrício. HOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público: Lei 13.655/2018**. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-1.1.

LINDB-Decreto-Lei nº 4.657/1942:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

Regulamentado pelo Decreto nº 9.830/2019:

Art. 8º Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos, as dificuldades reais do agente público e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Na decisão sobre a regularidade de conduta ou a validade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos, serão consideradas as circunstâncias práticas que impuseram, limitaram ou condicionaram a ação do agente público.

LINDB-Decreto-Lei nº 4.657/1942:

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

Regulamentado pelo Decreto nº 9.830/2019:

Art. 12. O agente público somente poderá ser responsabilizado por suas decisões ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções.

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

A partir dos referidos normativos, a responsabilidade dos agentes públicos ficou limitada, em tese, aos casos de cometimento de dolo ou erro grosseiro. Ademais, foi estabelecida a exigência de que para a responsabilização passassem a ser consideradas os obstáculos e as dificuldades reais, assim como as exigências das políticas públicas a seu cargo.

O conceito de dolo já foi trabalho no item anterior deste trabalho e a definição de erro grosseiro pode ser extraída do a partir do voto do Ministro Relator Benjamin Zymler no âmbito do Acórdão nº 2.391/2018-TCU-Plenário²⁷:

82. Dito isso, é preciso conceituar o que vem a ser erro grosseiro para o exercício do poder sancionatório desta Corte de Contas. Segundo o art. 138 do Código Civil, o erro, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, é aquele “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio” (grifos acrescidos). Se ele for substancial, nos termos do art. 139, torna anulável o negócio jurídico. Se não, pode ser convalidado.

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

(grifou-se)

Pode-se dizer que essa limitação da responsabilidade dos agentes públicos foi instituída com um certo atraso no Brasil, pois os ordenamentos de países como Portugal, Uruguai, Colômbia, Costa Rica, Espanha, Alemanha, Itália e França já preveem há bastante tempo normas que restringem a responsabilização desses agentes às hipóteses de dolo, negligência e culpa graves.²⁸

²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.391/2018-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, julgado de 17/10/2018.

²⁸ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-4.5-4.12.

Contudo, essa flexibilização nos critérios para a responsabilização do gestor público foi objeto de muitas críticas sob a alegação de que representaria uma maior permissividade e contribuiria uma maior impunidade dos agentes que fazem mal uso do dinheiro público, além de que representaria uma restrição ao disposto no art. 37, § 6º, da Constituição²⁹.

No entanto, apesar de as alterações da LINDB terem restringido a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos que exerçam função tipicamente administrativa, essa limitação não é efetivamente uma novidade no Direito Público. Restrições à responsabilização de agentes públicos são observadas há tempos em diversas normas infraconstitucionais. O art. 143, I, do CPC³⁰ e o art. 49 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/79)³¹ limitam a responsabilidade dos magistrados às hipóteses de dolo ou fraude. Os artigos 181, 184 e 187 do CPC³² também conferem aos membros do Ministério Público e da Advocacia Pública, respectivamente, o benefício da restrição da responsabilidade, limitando a responsabilização apenas às situações em que houver dolo ou fraude. Sobre essa situação Rodrigo dos Santos Valgas afirma:

Nessa linha, o art. 28 da LINDB veio apenas consagrar o princípio da isonomia, posto que a exigência de responsabilização apenas nos casos de dolo ou fraude é adotada para magistrados, promotores públicos, ministros e conselheiros dos tribunais de contas, sendo isonômico e razoável aplicar a

²⁹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

³⁰ Art. 143. O juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.

³¹ Art. 49 - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.

³² Art. 181. O membro do Ministério Público será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções. Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções. Art. 187. O membro da Defensoria Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

*responsabilidade por atividade decisória ou técnica no exercício de função administrativa apenas nos casos de dolo ou erro grosseiro.*³³.

O reconhecimento da limitação da responsabilidade, às hipóteses de dolo ou erro grosseiro, também já era estendido aos advogados públicos pareceristas, conforme jurisprudência consolidada:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato.

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo

³³ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-4.4.

demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido.

(MS 24.631-6/DF, Tribunal Pleno., rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 08.08.2007, DJe 31.01.2008).

Como podemos ver, a limitação de responsabilidade de certos agentes públicos já está prevista há bastante tempo no ordenamento brasileiro.

Ademais, a preocupação de se proteger os administradores dos riscos inerentes ao processo de tomada de decisão não existe somente em relação aos gestores públicos. No âmbito privado esta proteção já existe há muito tempo, destacando-se a “Business Judgment Rule” (BJR) – oriunda da construção jurisprudencial do estado americano de Delaware – que garante margem de liberdade decisória para os administradores privados caso tenham balizado suas ações na boa fé e com o devido cuidado.

O surgimento da BJR tem por base o reconhecimento do grau de risco dos tomadores de decisão nas empresas privadas e a necessidade de assegurar a proteção civil destes. Desta forma, um dos conceitos mais importantes da BJR e que pode ser aplicado aos agentes públicos é a premissa de que certo grau de imunidade ou limitação na responsabilização pela tomada de decisão é algo fundamental em uma sociedade de riscos e que tanto no âmbito privado, como no público, deve incidir certo grau de blindagem decisória³⁴.

De acordo com a BJR, mesmo as más decisões estariam protegidas de eventuais responsabilizações. Para a não responsabilização o administrador deve obedecer a alguns critérios: a) não ser gravemente negligente na decisão, não cometer fraude ou alguma outra legalidade; b) decidir de acordo com o que é melhor para a empresa e não por interesse pessoal; c) agir de boa fé e segundo uma base racional; e d) não adotar decisões que dilapidam o patrimônio da corporação.

³⁴ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-4.2.

Lori McMillan³⁵ defende a concessão de imunidade tanto aos agentes privados quanto públicos de modo a: a) encorajar os tomadores de decisão, especialmente em situações que envolvam interpretações polêmicas ou arriscadas, a optarem pela melhor decisão ao invés da escolha que poderia ser a mais segura; b) reconhecer a possibilidade do tomador de decisão de cometer certos erros, uma vez que decidir não deve ser um fardo muito grande a ponto de gerar paralisia.

Ainda, a BJR exerceu influência em diversos ordenamentos, inclusive no brasileiro, no tocante à limitação de responsabilidade dos administradores privados como podemos perceber através do art. 159, § 6º, da Lei 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas)³⁶, que incluiu a possibilidade de o juiz reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

O setor privado trata com naturalidade a possibilidade do erro uma vez que entende que ao não se admitir equívocos, cria-se obstáculos para a criação e inovação, pois é necessário conferir segurança aos gestores para a aplicação de novas ideias. Como exemplo disso, cita-se a empresa 3M que possui como uma de suas premissas a possibilidade de errar. Portanto, é preciso admitir a possibilidade de que existam tentativas fracassadas e que elas não gerem automaticamente eventuais responsabilizações, salvo se o erro efetivamente for grosseiro. Caso contrário, os gestores se preocupariam primeiro em cumprir as normas e depois, dentro de um pequeno espaço suficientemente seguro, em inovar e produzir os resultados³⁷.

³⁵ MCMILLAN, Lori. **The business judgment rule as an Immunity doctrine**. 4 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 521 (2013). Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol4/iss2/5>>. Acesso em: 01/05/2021.

³⁶ Art. 159. *Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. (...) § 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.*

³⁷ BINENBOJM, G.; CYRINO, A. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 203-224, nov. 2018.

Santos³⁸ inclusive traçou um paralelo entre as alterações na LINDB e alguns conceitos da BJR apresentando cinco correlações entre elas: i) ambos os institutos procuram estabelecer uma proteção à função decisória em face dos riscos inerentes da atividade de gestão; ii) a limitação da responsabilização nas alterações da LINDB e na BJR objetiva atrair os melhores profissionais para as carreiras, uma vez que o nível de atratividade dos empregos possui relação inversa à chance de ser responsabilizado; iii) tanto as alterações da LINDB quanto a BJR buscam limitar a atuação do Poder Judiciário na discricionariedade do administrador, especialmente em matérias de alta especialização e nas quais os magistrados normalmente não possuem o conhecimento técnico necessário; iv) a quarta correlação está na necessidade de observância da boa-fé, dos obstáculos e dificuldades do gestor quando da análise retrospectiva do seu processo decisório; v) a última correlação corresponde ao conceito de que nem toda negligência deveria ser objeto de responsabilização, mas somente a negligência grave, o dolo ou o erro grosseiro. Desta forma, pode-se afirmar que as alterações da LINDB não inovaram completamente o ordenamento, apenas buscaram estender a mesma deferência conferida aos administradores privados aos administradores públicos.

Portanto, o reconhecimento de uma responsabilização ao agente público limitada às situações de dolo ou erro grosseiro, assim como a necessidade de considerar o contexto da tomada de decisão pelos órgãos de controle para a aplicação de sanções, demonstra-se acertado na medida em que reconhece a complexidade da atuação dos administradores públicos, eivada de riscos e incertezas. Todavia, essa limitação de responsabilidade não deve ser confundida com uma eventual complacência ao cometimento indiscriminado de erros, mas sim com uma tentativa de busca de uma Administração Pública mais eficiente fundada também na falibilidade do agente público.

³⁸ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-4.3.

3. CRÍTICAS AO CONTROLE NO ÂMBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Embora o controle externo exercido pelos Tribunais de Contas seja fundamental para a melhoria e desenvolvimento da Administração Pública como um todo – seja aperfeiçoando processos ou coibindo atos ilícitos – é preciso analisar o outro lado da moeda, pois muitas vezes o controle externo é exercido fora dos limites de competência legais e com um demasiado apego aos aspectos sancionatórios, o que ocasiona, por vezes, decisões bastante rígidas.

Esse tipo de atuação tem gerado uma cultura de medo e ineficiência na Administração Pública, em que ordenadores de despesas e gestores vêm cada vez mais se omitindo na busca da decisão mais adequada para cada caso concreto, preferindo optar muitas vezes pela alternativa mais segura ao invés da com um melhor custo benefício³⁹.

A atuação das Cortes de Contas precisa ser examinada sob a ótica da análise econômica do direito, os benefícios da sua atuação devem compensar os custos dela decorrentes, cada real gasto com o controle deve proporcionar o retorno de pelo menos um real em benefícios. Devemos entender que controle não é gratuito, possui tanto custos diretos – pagamentos de servidores e custeio dos espaços físicos – como indiretos – induzidos pelo controle como o tempo gasto para prestar contas e se adequar às orientações do órgão fiscalizador. Esses custos do controle, inclusive, são objetos frequentes de críticas:

Controladores tendem ao irrealismo, dedicando à segurança um amor de naftalina. A multiplicação de controles aumenta os conflitos, inclusive entre os controladores. Órgãos de controle custam caro. Controladores não são santos: também abusam, querem poder e vantagens, às vezes politizam. Por que só se fala das qualidades teóricas dos controles e se dá tanto crédito à propaganda dos próprios controladores? Seria melhor fazer avaliações independentes do custo benefício dos controles⁴⁰.

³⁹ DAL POZZO, Augusto; Cammarosano, Márcio. **As implicações da COVID-19 no direito administrativo**. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-55.2

⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Chega de axé no direito administrativo**. Artigo publicado na Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Disponível em: <<http://sbdp.org.br/publication/cheга-de-axe-no-direito-administrativo/>>. Acesso em 03/05/2021.

É bastante difícil determinar um ponto ótimo de controle, tal medida carece de critérios objetivos, sendo preciso fazer uma análise retrospectiva dos casos concretos a fim de determinar o que pode ser aprimorado. Ao mesmo tempo em que se alega que os Tribunais de Contas agem com extrema rigidez, esse *modus operandi* não tem se mostrado capaz de impedir os frequentes abusos e desvios que vemos todos os dias nos noticiários, ou seja, o controle tem pecado tanto pela ausência em algumas situações quanto pelo excesso em outras. Nas palavras de Juliana Bonacorsi de Palma:

Um controle bem-intencionado pode terminar gerando altíssimos custos – com potencial de comprometimento de toda uma cadeia de prestação de serviços públicos – favorecendo a insegurança jurídica, contribuindo para a paralisia decisória pública, desmantelando políticas públicas ou criando ônus desproporcionais para os agentes públicos⁴¹.

O excesso de controle pode gerar um efeito inverso na medida em que aumenta a possibilidade de abusos cometidos pelo próprio controlador⁴². Marianna Wileman analisa criticamente essa questão:

Assiste-se atualmente um fenômeno que pode ser caracterizado como accountability overload, ou seja, à sobrecarga e à superposição de instâncias de controle sobre a ação administrativa que, não raro, chega a comprometer a própria eficiência da gestão pública em decorrência de seus excessos e de suas patologias. Em outros termos, o culto à cultura do controle não pode ignorar suas externalidades negativas e seus efeitos indesejados. A tomada de decisão pública submete-se a tantas instâncias de controle hoje em dia que o administrador público chega a ser desencorajado a pensar em soluções criativas e heterodoxas para os problemas enfrentados, tantos são os riscos que acaba por assumir. De certa forma, o excesso de controle inibe o administrador público, que muitas vezes prefere permanecer em sua “zona de

⁴¹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A medida do controle da administração pública**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controlado-publico/a-medida-do-controlado-da-administracao-publica-04042017>>. Acesso em: 02/05/2021.

⁴² JORDÃO, Eduardo. **Por mais realismo no controle da administração pública**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/eduardo-ferreira-jordao/por-mais-realismo-no-controlado-da-administracao-publica>>. Acesso em: 01/05/2021.

conforto”, ainda que isso acarrete a estagnação e a paralisia da Administração Pública⁴³.

Parte da cultura dos excessos dos órgãos de controle está relacionada com uma postura pouco deferencial aos agentes públicos que tem por base um pré-conceito de que a atuação desses agentes é permeada de falta de ética e desonestidade de modo que qualquer desvio de legalidade, ainda que mínimo e não intencional, é considerado como uma tentativa de corrupção⁴⁴. Essa cultura inclusive possui uma justificativa histórica como bem retrata o Professor Fernando Guimarães:

A cultura pelo excesso de controle tem uma compreensível inspiração em períodos históricos que concentraram eventos de corrupção, marcados pelo trato patrimonialista da coisa pública. A tonificação e densificação do controle da atividade administrativa trazida com a Constituição de 88 surge como resposta à farra de desmandos e frouxidão ética do gestor público historicamente percebida como uma patologia da Administração Pública. Na esteira desse processo, o sistema de controle se renovou e se aperfeiçoou, e passou a ser cultuado como um dos pilares fundamentais da legitimação democrática⁴⁵.

Diante da atuação por vezes controversa dos órgãos de controle, vem-se criando expressões para retratar as situações enfrentadas, como, por exemplo:

***Administração Pública “do medo”:** para a situação em que, diante da proliferação de oportunidades de responsabilização do administrador, este começa a ficar com receio de manejar com segurança as oportunidades de agir, em virtude da possibilidade de lhe imputar uma responsabilidade e de*

⁴³ WILLEMANN, Marianna Montebello. **O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da *accountability* democrática: perspectivas em prol do direito à boa Administração Pública no Brasil**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2016.

⁴⁴ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. XII.

⁴⁵ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 01 set. 2020, p.1. Disponível em: <<http://www.zenitefacil.com.br>>. Acesso em: 01/05/2021.

ser condenado, mesmo quando agiu da melhor forma ante os obstáculos e do contexto de realidade enfrentado;

***Apagão das canetas:** para designar a paralisação de decisões, por causa do temor da responsabilização, perante a Administração Pública “do medo”, pois, em determinados casos, tendo em vista decisões imprevisíveis e oriundas dos mais variados órgãos de controle, os bons gestores acabavam ficando com receio de decidir e futuramente ser responsabilizados por uma decisão justa, mas que iria de encontro às orientações cambiantes de diversos dos órgãos de controle;*

***“Engenheiros de obras prontas”:** é expressão que geralmente é utilizada para criticar a situação em que o controle a posteriori se foca exclusivamente em apontar falhas e erros, sem procurar compreender as dificuldades práticas e obstáculos enfrentados pelo gestor no processo, sobretudo quando não há orientações claras² e compreensão dos gargalos existentes em cada situação concreta e, em vez da prevenção, o controle acaba se focando exclusivamente na repressão e no sancionamento, especialmente se este é excessivo e injusto⁴⁶.*

O objetivo aqui não é tratar os Tribunais de Contas como completamente disfuncionais e sem utilidade para a sociedade, deve-se reconhecer a grande importância desses órgãos no aprimoramento da Administração Pública, principalmente nos últimos anos. A simples existência de um órgão controle independente e que possua uma visão de fora sobre as demais instituições do governo por si só já é um benefício ao aprimoramento da gestão estatal.

No entanto, o controle externo exercido pelas Cortes de Contas não está livre de críticas:

A ampliação do controle da Administração Pública e o aumento da burocracia estatal não impediram a prática de arbitrariedades – na verdade, a corrupção a que temos assistido nos últimos anos utilizou muitos desses instrumentos – e, ao final, só prejudicaram o bom gestor, já que tiraram seus

⁴⁶ MOTTA, Fabrício. HOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público: Lei 13.655/2018**. 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. RB-1.1.

*incentivos para uma atuação produtiva e criativa, gerando ineficiência da atividade estatal*⁴⁷.

Portanto, a seguir analisaremos as disfuncionalidades das formas atuais de responsabilização perante os Tribunais de Contas que tornam a Administração Pública menos eficiente como um todo e, após, discutiremos se o agente público deveria ter um espaço de tolerância ao erro ou ser responsabilizado pela prática de qualquer deslize.

3.1 DISFUNCIONALIDADES DAS FORMAS ATUAIS DE RESPONSABILIZAÇÃO

Quando dizemos que alguma coisa é disfuncional queremos remeter à ideia de que ela não apresenta seu funcionamento normal e esperado, ou seja, a sua função está parcial ou completamente prejudicada. Uma das funções dos Tribunais de Contas é evitar abusos e promover a eficiência da gestão de recursos do Estado e da tomada de decisão dos agentes públicos.

O princípio da eficiência – expresso no caput do art. 37 da Constituição⁴⁸ – deve ser respeitado por toda a Administração e se desenvolve sob dois aspectos, conforme leciona Di Pietro:

*O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.*⁴⁹

Nas palavras do atual Ministro do STF, Alexandre de Moraes:

⁴⁷ CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na Administração Pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de direito** | Viçosa | V.09 N.01 2017 P. 189-216.

⁴⁸ Art. 37. *A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.*

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 33ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.112.

*Assim, princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, **sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção de critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir-se uma maior rentabilidade social***⁵⁰.

(grifou-se)

Pelo exposto, uma responsabilização disfuncional dos administradores públicos pode ser encarada como aquela que não objetiva promover uma Administração Pública mais eficiente e menos burocrática, mas sim punindo o agente público além dos limites legais e da razoabilidade. Atualmente, percebe-se um excesso de formalismo na responsabilização dos gestores – que acaba por ocasionar o fenômeno conhecido como “paralisia das canetas”⁵¹.

Rodrigo Valgas dos Santos⁵² aponta como a mais grave das disfuncionalidades da responsabilização no âmbito dos Tribunais de Contas o fato de em muitos casos não haver a individualização adequada da responsabilidade de cada um dos envolvidos, adotando-se a premissa de que o agente público, em face de sua posição funcional e hierárquica, teria o dever de agir de forma onisciente e ressarcir o erário por determinada obrigação, mesmo que esta fosse responsabilidade de seu subordinado, não sendo rara a absoluta inexistência de nexo causal entre a conduta do responsabilizado e o resultado apurado.

Destarte, muitas Cortes de Contas acabam por aplicar uma responsabilização objetiva aos gestores público, tal como ocorria até há pouco tempo no TCE/RS em que um secretário de Estado ou um diretor de órgão era responsabilizado por um ato de responsabilidade do fiscal da obra, por exemplo. Sobre o tema, a professora Sirlene Arêdes leciona que:

⁵⁰ MORAES, Alexandre de Moraes. **Direito constitucional**. 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2009. p. 330.

⁵¹ CRUZ, Alcir Moreno da. BORGES, Mauro. **O gestor médio, a LINDB e as novas exigências da Administração Pública**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-gestor-medio-a-lindb-e-as-novas-exigencias-da-administracao-publica-11112018>>. Acesso em: 01/05/2021.

⁵² SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-3.14.

*não se pode exigir do superior do extremo controle de todos os atos praticados por todos os agentes subordinados, até porque, se ele puder controlar detalhadamente, o que implica analisar detidamente todos os elementos dos atos expedidos pelos subalternos, então, não há necessidade de um número expressivo de agentes. O superior tem atribuições próprias e responde por elas. Da mesma forma, o inferior responde pelos atos praticados ou omitidos dentro de sua esfera de competência. O superior somente pode ser responsabilizado por atos que se inserem na competência do subalterno, quando ficar provado que o superior contribuiu para a prática do ato ilícito.*⁵³

Outra crítica que pode ser feita com relação aos Tribunais de Contas diz respeito à insegurança jurídica que os administradores públicos controlados são submetidos. As normas legais que subsidiam o controle são por vezes vagas, o que permite o exercício de um controle de mera opinião, descoordenado e contraditório e que tem por consequência em algumas situações a responsabilização dos agentes públicos baseada em princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados⁵⁴. Sobre o controle de mera opinião Pedro Dionísio de Hollanda discorre que:

O agente fiscalizador, ao realizar o controle de mera opinião, discorda de uma interpretação possível realizada pelo agente público e busca sua punição, sob o argumento de que, do ordenamento jurídico, deveria ser extraída norma diversa, contrária àquela construída pelo gestor.

(...)

*O controle de mera opinião desconsidera interpretações jurídicas razoáveis realizadas por membros de Poder e busca substituir o administrador em uma função que lhe é própria*⁵⁵.

⁵³ ARÊDES, Sirlene. **Responsabilização do agente público**. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 140 e 141

⁵⁴ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019, p. 29-33.

⁵⁵ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019, p. 38.

Não raras são as situações nas quais os agentes públicos se encontram em que existem diversas alternativas para uma determinada tomada de decisão – as normas aplicáveis ao caso concreto são muito genéricas e a aquela considerada como a “melhor solução” pelos órgãos de controle nem sempre é a mais evidente. Nesses casos os agentes ficam sob uma elevada insegurança jurídica devido à generalidade e abstração das normas de hierarquia superior, principalmente quando se observa nos órgãos fiscalizadores casos concretos decididos de formas divergentes. A simples discordância com relação ao mérito da decisão do agente público tem-se mostrado suficiente para reprovar a sua conduta:

Os agentes administrativos somente deveriam ser penalizados quando tivessem atuado com má-fé ou quando tivessem agido com culpa grave, que se caracteriza diante de casos gritantes e excepcionais. Não deveriam ser penalizados quando os órgãos de controle apenas discordam sobre o mérito de suas decisões ou quando discordam da interpretação jurídica dada pelos agentes administrativos diante de temas que sejam ou que admitam controvérsia técnica ou jurídica. A interpretação dos órgãos de controle não poderia ser levada à verdade absoluta, de modo que agentes administrativos fossem penalizados pela mera divergência de entendimento⁵⁶.

Desta forma, a atividade de decidir vem se tornando um jogo de aleatoriedade no qual o administrador público dificilmente saberá o que fazer frente à possibilidade de ser responsabilizado independentemente da alternativa que adota e, desta forma, o melhor caminho inevitavelmente será não fazer nada⁵⁷. Como diria o ex-Ministro, Pedro Malan: “No Brasil até o passado é incerto”.

⁵⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Administração Pública do medo. Ninguém quer criar, pensar noutras soluções. O novo pode dar errado e o erro é punido severamente.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>>. Acesso em: 01/05/2021

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de direito administrativo**. Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 13-41, nov. 2018.

Essa aleatoriedade sobre qual deveria ser a decisão correta em cada caso tem levado ao “surgimento da figura do ‘administrador médium’, dotado da presciência capaz de antecipar as visões futuras do controlador”, como bem preceitua Leonardo Coelho Ribeiro⁵⁸.

Um terceiro ponto disfuncional é a disparidade de armas que existe entre os órgãos de controle e a maior parte dos agentes públicos controlados. Os órgãos de fiscalização normalmente possuem um quadro funcional muito mais apto a lidar com temas complexos e oferecem uma estrutura de trabalho muito melhor a seus servidores do que os órgãos do Poder Executivo, por exemplo.

No serviço público, a remuneração está estritamente relacionada ao nível de capacitação dos servidores, os órgãos de maiores salários tendem a atrair os melhores quadros. Para fins de comparação, o salário médio, em dos 2019, dos agentes do Poder Executivo foi de R\$ 4.026,45; do Poder Legislativo foi de R\$ 6.011,99; e do Poder Judiciário foi de R\$ 12.115,76. Em termos percentuais, o salário médio dos agentes do legislativo é 49% maior do que os do executivo e o salário médio dos agentes do judiciário é 201% maior do que os do executivo. A discrepância de valores é ainda maior se detalharmos a análise aos níveis da federação: no executivo, o agente público percebe a remuneração média à nível federal de R\$ 9.438,62, à nível estadual de R\$ 4.810,58, e à nível municipal de R\$ 2.970,36; no legislativo, a remuneração média à nível federal foi de R\$ 9.298,01; à nível estadual de R\$ 7.685,48; e à nível municipal de R\$ 4.238,67; e no judiciário, a remuneração média à nível federal foi de R\$ 15.274,03; e a nível estadual de R\$ 10.195,98⁵⁹.

Os dados apresentados comprovam a grande diferença que existe de remuneração e, conseqüentemente, de capacitação tanto entre os agentes públicos dos poderes quanto entre os agentes públicos de um mesmo poder, considerando os níveis federativos. Agentes públicos com níveis de remuneração distintos devem ser submetidos à graus de exigência diversos, sob

⁵⁸ RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Vetos à LINDB, o TCU e o erro grosseiro dão boas-vindas ao "administrador médium"**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-08/leonardo-coelho-vetos-lindb-tcu-erro-grosseiro>>. Acesso em: 01/05/2021.

⁵⁹ Fonte das remunerações: Atlas do Estado Brasileiro. Disponível em: <<https://www.ipea.gov.br/atlasestado/filtros-series/26/remuneracoes-no-setor-publico>>. Acesso em: 01/05/2021.

pena de violação do princípio da igualdade material⁶⁰. O próprio órgão controlador, por muitas vezes, não pode exigir dos agentes controlados o mesmo nível de conhecimento e ação que os seus próprios agentes possuem, devendo ter, nesses casos, uma atuação muito mais didática do que propriamente punitiva.

Um outro ponto de crítica à atuação dos Tribunais de Contas diz respeito à disfuncionalidade do viés retrospectivo do controle *a posteriori* das tomadas de decisões dos agentes públicos. De uma certa maneira, podemos dizer que o controle *a posteriori* será sempre um controle “viciado” quando comparado ao controle *a priori*.

Na análise da responsabilização dos agentes públicos devem ser consideradas as circunstâncias de cada caso, as carências materiais e estruturais, a capacidade do gestor, os meios disponíveis e as circunstâncias jurídicas complexas. Embora as alterações da LINDB preceituem que na apuração de responsabilidades sejam consideradas as circunstâncias que limitaram ou condicionaram as tomadas de decisões dos agentes, esse processo de abstração é muito difícil de ser aplicado na prática:

Quando olhamos para o passado, ele sempre parece determinístico, já que uma única probabilidade ocorreu. Nossa mente interpreta a maior parte dos eventos não considerando os precedentes, mas os seguintes. (...) um erro não é algo que se determina depois do fato, mas à luz das informações que se tinha até então⁶¹.

O controle administrativo frequentemente ocorre anos depois da tomada de decisão do agente público, as ações de improbidade administrativa demoram, em média, mais de seis anos para serem definitivamente julgadas⁶². Nesse sentido, quanto maior o espaço de tempo entre a

⁶⁰ CRUZ, Alcir Moreno da. BORGES, Mauro. **O gestor médio, a LINDB e as novas exigências da Administração Pública**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-gestor-medio-a-lindb-e-as-novas-exigencias-da-administracao-publica-11112018>>. Acesso em: 01/05/2021.

⁶¹ TALEB, Nassim Nicholas. **Iludidos pelo acaso: a influência da sorte nos mercados e na vida**. Tradução: Sérgio Moaraes Rego. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, p. 76.

⁶² DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019, p. 129.

tomada de decisão do agente público e a sua posterior análise pelos órgãos fiscalizadores, mais difícil será de se reproduzir o contexto decisório, pois os erros parecerão cada vez mais óbvios.

Um quinto ponto de discussão é a extensão sobre a limitação da responsabilidade prevista no art. 28 da LINDB, parte da doutrina e o TCU vêm defendendo que esse dispositivo seria aplicável apenas às infrações e sanções administrativas, e não ao dever de indenizar do agente público.

O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins do direito de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). As alterações promovidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lindb) pela Lei 13.655/2018, em especial a inclusão do art. 28, não provocaram modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito. (Enunciado Acórdão 5850/2021 – TCU – Segunda Câmara – Recurso de Reconsideração, Relator Ministro Augusto Nardes)

Esse entendimento tem por base duas premissas⁶³: a) como a legislação civil não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano, salvo no caso de excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o prejuízo causado, a obrigação de indenizar subsistirá independentemente se o agente tenha atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar; b) o art. 28 da LINDB se refere exclusivamente à aplicação de sanções, portanto, o dever de indenizar permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação.

Entretanto, essa restrição de alcance do artigo 28 da LINDB ao dever de indenizar parece ir de encontro ao próprio objetivo da lei, uma vez que o dever de ressarcir os cofres públicos dos prejuízos eventualmente causados costuma ser muito mais grave às finanças do administrador do que propriamente as sanções impostas⁶⁴.

⁶³ Conforme voto do Ministro Relator no âmbito do Acórdão 7982/2020-TCU-Primeira Câmara. Ministro Relator Benjamin Zymler.

⁶⁴ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019, p. 103.

A última disfuncionalidade que abordaremos refere-se às dificuldades das Cortes de Contas de adotarem em suas decisões as restrições de responsabilidade previstas no art. 28 da LINDB, conforme afirma Rodrigo Valgas dos Santos, pelas seguintes razões:

A primeira é que art. 28 da LINDB é muito recente e necessitamos de tempo para seja adequadamente decantado pela doutrina e jurisprudência como parâmetro de controle dos agentes públicos. A tendência dos órgãos de controle é aplicar hermenêutica old fashion way, onde se procura responsabilizar amplamente os agentes públicos que tomam decisões em típica função administrativa, mesmo que sem existência de dolo ou erro grosseiro, mas mera culpa.

A segunda razão é mais complexa. Trata-se da constatação de que no plano das mentalidades os agentes administrativos são tratados pelo órgão de controle externo como algo diferente e mesmo subalternos às altas carreiras de estado, especialmente em cotejo com outros agentes, a exemplo dos magistrados, Ministros do TCU, conselheiros dos tribunais de contas ou integrantes do Ministério Público, por vezes fazendo-se desinibida e preconceituosa distinção.

(...)

A terceira dificuldade é que a culpa grave carece de elementos objetivos para ser caracterizada. O dolo, enquanto elemento anímico, não gera tantas controvérsias e sua demonstração demanda provas robustas. Já a culpa grave, especialmente em sua concepção objetiva, pode ensejar maior subjetividade do intérprete em identificá-la. É necessário aferir o grau de diligência do agente na situação concreta em que tomou sua decisão, devendo a autoridade controladora demonstrar – no plano argumentativo – que efetivamente o agente público incorreu em nível de culpabilidade grave, para tanto explicitando na atividade de controle os elementos fáticos e jurídicos levam a constatação de culpa grave⁶⁵.

⁶⁵ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-4.14.

3.2 TOLERÂNCIA E DIREITO AO ERRO DO AGENTE PÚBLICO

O modelo de responsabilização dos agentes públicos perante os Tribunais de Contas tem como base uma idealização irreal da Administração Pública, na qual não pode haver falhas, erros ou equívocos e qualquer deslize do administrador deve ser objeto de repressão e punição pelos órgãos de controle⁶⁶. No entanto, o erro é inerente aos seres humanos e mesmo no âmbito privado há uma certa tolerância ao cometimento de falhas e equívocos.

Caio Mário da Silva Pereira define o erro como:

O mais elementar dos vícios do consentimento é o erro. Quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias fáticas, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede com erro. Há, então, na base do negócio jurídico realizado, um estado psíquico decorrente da falsa percepção dos fatos, conduzindo a uma declaração de vontade desconforme com o que deveria ser, se o agente tivesse conhecimento dos seus verdadeiros pressupostos fáticos. Importa o erro na falta de concordância entre a vontade real e a vontade declarada⁶⁷.

Sobre o erro, Pedro Dionísio de Hollanda faz uma importante consideração acerca da sua relatividade:

o erro é um conceito relativo e, em alguma medida, sua existência dependerá do ponto de vista do observador. A compreensão do gestor a respeito de um fato ou de uma fonte normativa, equivocada aos olhos do agente controlador, pode, objetivamente, não o ser⁶⁸.

⁶⁶ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-4.13.

⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – V.I.** 30ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 420.

⁶⁸ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019, p. 74.

O reconhecimento do direito ao erro do agente público é um importante passo na racionalização do controle e parte da premissa de que é necessário admitir que haja a possibilidade de que nem todas as suas tomadas de decisão sejam bem sucedidas. Contudo, como destaca Pedro de Hollanda Dionísio ainda há grande dificuldade de reconhecimento do direito ao erro pelos órgãos de controle:

No entanto, percebe-se que parcela dos órgãos de controle no Brasil, ao buscar a responsabilização pessoal dos administradores por atos praticados no exercício de suas funções, não analisa de forma minimamente profunda se o erro cometido se justificava pelo contexto em que a decisão foi tomada, na forma do que atualmente impõe o artigo 22, caput e parágrafo 1º, da LINDB⁶⁹.

Os agentes públicos, assim como os administradores privados, estão submetidos aos riscos inerentes ao exercício das suas funções, não devendo qualquer nível de culpa ou erro atrair a sua responsabilização pessoal. O bom funcionamento da Administração Pública depende do reconhecimento da limitação de responsabilidade dos agentes públicos quando agem com erro ou culpa leve, escusáveis e não reiterados⁷⁰.

A intolerância ao erro do agente público tem por consequência resultados indesejáveis na medida em que inibe qualquer iniciativa inovadora e centraliza nos órgãos de controle as decisões de caráter técnico ou político que deveriam ser dos agentes controlados. Fábio Medina Osório discorre sobre os efeitos dessa intolerância e excesso de controle:

Não é incomum o argumento de que exigências excessivas dos controladores frequentemente desestimulam a ação pública. Nos Estados Unidos, a doutrina denuncia a ossificação administrativa resultante das severas condições impostas pelos controladores (em fenômeno ali denominado analysis paralysis). No Brasil, já é frequente a afirmação de um administrador “assombrado pelo controlador” ou da consagração de um “direito administrativo do inimigo”, a prejudicar que o administrador público ouse

⁶⁹ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019, p. 46.

⁷⁰ SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. RB-4.13.

*adotar soluções menos ortodoxas, mas claramente conducentes à realização do interesse público*⁷¹.

Todavia, a evolução do agente público como gestor apenas é possível em espaços em que os erros são admitidos e assim ele possa aprender através da própria experiência, adaptando escolhas e considerando os rearranjos institucionais⁷². Novamente nas palavras de Fábio Medina Osório:

*imperioso reconhecer que os agentes públicos têm direito ao erro juridicamente tolerável. Não se pode aniquilar o direito ao erro, que fomenta, indiretamente, a boa gestão pública pela assunção responsável de riscos, pela ousadia e pela complexidade que a Administração Pública exige na tomada de decisões. (...) Para além do reconhecimento do direito ao erro, destarte, também é importante assinalar que existe um catálogo hierárquico de transgressões, desde aquelas juridicamente toleráveis até outras que simplesmente são absorvidas por outras categorias jurídicas*⁷³.

O erro, principalmente, diante de escolhas que envolvem sistemas complexos – permeados de risco e incerteza – é inevitável diante da racionalidade limitada dos seres humanos⁷⁴. Desta forma, os agentes públicos estarão sempre sujeitos ao cometimento de falhas, seja pela própria restrição cognitiva da mente humana, seja pela limitação da informação que lhe é disponível ou ainda pelo tempo disponível para a tomada de decisão.

⁷¹ JORDÃO, Eduardo. **Por mais realismo no controle da Administração Pública**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/eduardo-ferreira-jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>>. Acesso em: 01/05/2021.

⁷² BINENBOJM, G.; CYRINO, A. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 203-224, nov. 2018.

⁷³ OSÓRIO, Fabio Medina. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. **Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, nº 57, 30 dez. 2012, p. 4. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html>. Acesso em: 01/05/2021.

⁷⁴ SIMON, Herbert Alexander. A behavioral model of rational choice. **The quarterly journal of economics**, v. 69, nº 1, fevereiro de 1955.

Pedro de Hollanda Dinísio⁷⁵ defende a necessidade de se reconhecer um espaço de erro aos agentes públicos de maneira a:

(i) evitar a criação de uma cultura de medo que distorce o processo decisório do administrador, desencoraja inovações e prejudica a administração de riscos no setor público e a promoção do experimentalismo; (ii) garantir que as decisões administrativas sejam tomadas em seu adequado tempo; e (iii) atrair bons quadros para os cargos públicos decisórios.

Uma vez apresentada a importância de se prever um espaço de tolerância ao erro do agente público, faz-se necessário verificar se é possível estabelecer critérios para defini-lo objetivamente. Diante da bibliografia escassa sobre o tema, neste trabalho serão apresentados os quatro parâmetros operacionais propostos por Pedro de Hollanda Dinísio⁷⁶ para a verificação da tolerabilidade jurídica do erro cometido pelo administrador público, são eles:

(i) a diligência do gestor, cujo grau mínimo exigido variará de acordo com a urgência e a importância da decisão, bem como com os obstáculos materiais à obtenção de informações relevantes; (ii) as específicas exigências do cargo ocupado pelo administrador; (iii) o nível de incerteza fática ou jurídica envolvida na decisão analisada e, finalmente, (iv) o grau de aderência da decisão às informações reunidas.

A tolerância ao erro deve ter relação direta de proporcionalidade com o grau de diligência exigido do agente público no seu processo de tomada de decisão, ou seja, quanto maior a diligência esperada do administrador público, maior será também a tolerância ao cometimento de erros⁷⁷. O espaço de tolerância ao erro de um agente público que tenha o tempo adequado para tomar a sua decisão e disponha de todos os meios adequados para embasá-la não

⁷⁵ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019, p. 105.

⁷⁶ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019, p. 120.

⁷⁷ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019, p. 133-134.

pode ser o mesmo do que o de um agente que necessite tomar uma decisão urgente sem possuir todas as informações necessárias. Nas palavras de Marçal Justen Filho:

Quanto maior a extensão temporal de que dispuser a Administração, tanto mais extensas e cuidadosas deverão ser as formalidades da Administração para evitar contratação nociva e assegurar amais ampla participação possível de interessados.

Isso não significa, contudo, que os administradores não devam observar um grau mínimo de diligência em sua atuação, devendo justificar as suas escolhas sempre com informações técnicas relevantes e fundamentadas:

*Obviamente, nem todas as informações jurídicas e técnicas são relevantes para a tomada de decisão. A sua essencialidade variará de acordo com cada caso concreto e com o momento em que o processo decisório ocorreu. Assim como a modificação de textos normativos e entendimentos jurisprudenciais pode alterar a exigência de consultas jurídicas prévias à decisão, o advento de novas tecnologias pode exigir do gestor a reunião de novas informações técnicas ou tornar inúteis diligências antes tidas por essenciais. Mais uma vez é preciso que se analise a relevância da informação à época do processo decisório. (...) concreto. **Somente diante de uma situação específica será possível avaliar se os dados que instruíram a decisão foram bastantes para subsidiar uma decisão bem informada**⁷⁸*

(grifou-se)

Em resumo, o grau de diligência a ser exigido do agente público será inversamente proporcional à urgência da decisão que deve ser tomada; diretamente proporcional à importância dos possíveis impactos da decisão – sejam eles ambientais, sociais, políticos, jurídicos ou econômicos; e inversamente proporcional aos obstáculos que por ventura possam

⁷⁸ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019, p. 135-137.

limitar a atuação do agente⁷⁹. Portanto, o erro em uma decisão urgente, de baixo impacto econômico e com poucos dados disponíveis para balizar o processo decisório deve ser mais tolerável do que em uma decisão na qual o agente tenha o tempo adequado de análise, possua grande impacto econômico e social, assim como todas as ferramentas necessárias para decidir.

O erro tolerável deve ser compatível com as exigências do cargo ocupado pelo agente público, conforme disposto no art. 22 da LINDB, desta forma, os órgãos de controle devem, na apuração da responsabilização, determinar quais eram as funções e conhecimentos exigidos pelo cargo ocupado pelo agente. Destarte, a avaliação da tolerância do erro cometido deverá ser feita comparando o equívoco com as exigências da função do agente, quanto mais próximo for o erro cometido das exigências específicas da função ocupada, menor deverá ser a tolerância ao erro, e vice-versa⁸⁰. Por exemplo, o espaço de tolerância ao erro de um servidor economista que é designado incorretamente como fiscal de uma obra deverá ser muito superior do que o espaço de tolerância ao erro se este fiscal fosse engenheiro.

O nível de incerteza fática ou jurídica envolvida na decisão do agente é o terceiro parâmetro que deve ser levado em consideração para delimitar o espaço de tolerância ao seu erro. Por diversas vezes o administrador público se vê diante de conceitos jurídicos indeterminados – passíveis de diferentes interpretações – e o medo de ser punido por uma interpretação divergente dos órgãos fiscalizadores não pode ser motivo de paralisia decisória. Portanto, deve-se reconhecer uma maior tolerância ao erro quanto maior for a imprevisibilidade dos elementos de fato envolvidos na decisão ou da interpretação mais adequada da legislação aplicável⁸¹.

Por fim, o quarto parâmetro de tolerância ao erro é o grau de aderência da decisão às informações reunidas. É preciso analisar as ações do agente público mediante os dados que

⁷⁹ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019, p. 138-146.

⁸⁰ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019, p. 148-151.

⁸¹ DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019, p. 151-154.

estavam disponíveis a ele à época, informações obtidas posteriormente pelos órgãos de controle devem ser desconsideradas. E, desta forma, quanto mais coerente for a decisão em relação às informações obtidas, maior também deverá ser o espaço de tolerância ao erro. Mesmo que os órgãos controladores não concordem com a decisão do agente, devem avaliar se ela foi embasada em justificativas factíveis⁸².

A intolerância ao erro do administrador público gera uma grande imprevisibilidade e insegurança jurídica que, por sua vez, tem por consequência a paralisia administrativa. Os gestores públicos vêm deixando de decidir, pois mesmos faltas leves e inerentes ao exercício da função são punidas com excessivo rigor pelos órgãos de controle.

O reconhecimento do direito de errar se mostra acertado – o agente público assim como qualquer ser humano é falho (*errare humanum est*) – e essencial para o desenvolvimento e eficiência da Administração Pública. Frequentemente os gestores públicos são expostos à eventos não ergódicos – que aumentam ainda mais as incertezas dos processos de tomada de decisão – e preferem optar, na maioria das vezes, pela decisão mais segura e burocrática ao invés da mais eficiente, diante da grande possibilidade de ser responsabilizado futuramente pelos órgãos fiscalizadores.

Nesse contexto, estabelecer alguns parâmetros objetivos de tolerância ao erro mostra-se acertado, pois minimiza a insegurança jurídica do agente público e reduz o espaço para o subjetivismo das Cortes de Contas.

⁸² DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019, p. 154-158.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, foram abordadas as características da responsabilização dos agentes públicos perante os Tribunais de Contas. Por se tratar de um tema relativamente recente e com certos conflitos de entendimento entre as Cortes de Contas, optou-se por seguir o entendimento do Tribunal de Contas da União haja vista que a Corte Federal é a que possui maior jurisprudência sobre o tema e serve de referência aos demais órgãos de controle de contas estaduais e municipais.

Contudo, o modelo atual de responsabilização tem-se mostrado bastante disfuncional, privilegiando aspectos punitivos em detrimento da busca da eficiência da Administração Pública. Expressões como “Administração Pública do Medo” e “Apagão das Canetas” retratam a paralisia decisória dos agentes públicos gerada pelo receio da possibilidade de serem sempre condenados em razão de decisões imprevisíveis.

As alterações recentes da LINDB procuraram conferir uma maior segurança jurídica aos gestores públicos tanto pela limitação da responsabilidade às hipóteses de dolo e erro grosseiro quanto pela da determinação da necessidade de consideração, por parte dos órgãos de controle, do contexto da tomada de decisão. Contudo, a aplicação desses novos dispositivos tem sido muito restrita, permanecendo algumas disfuncionalidades no processo de responsabilização.

O controle externo exercido pelas Cortes de Contas tem se mostrado pouco maximalista e pouco deferente ao administrador público, deixando de realizar a individualização adequada da responsabilidade e promovendo a insegurança jurídica ao permitir um controle de mera opinião, descoordenado e contraditório.

Não podemos negar a importância dos Tribunais de Contas no aprimoramento da gestão pública nos últimos anos, todavia também não podemos desconsiderar os seus excessos no tocante à responsabilização dos agentes públicos. O modelo de responsabilização dos administradores públicos perante os Tribunais de Contas tem como base uma idealização irreal da Administração Pública, na qual não pode haver falhas, erros ou equívocos e qualquer deslize do administrador deve ser objeto de repressão e punição pelos órgãos de controle.

A iniciativa privada há muito tempo já reconheceu a possibilidade de o administrador falhar sem ser responsabilizado de forma a encorajar os tomadores de decisão a optarem pela melhor decisão ao invés da escolha segura, principalmente em situações que envolvam interpretações polêmicas ou arriscadas.

Decidir não deve ser tão pesado a ponto de gerar paralisia. Portanto, faz-se necessário estabelecer objetivos critérios de tolerabilidade ao erro do agente público, reconhecendo os riscos da sua atividade e aumentando a sua segurança jurídica, de forma a criar um ambiente propício à inovação e ao desenvolvimento de uma Administração Pública mais eficiente.

REFERÊNCIAS

ARÊDES, Sirlene. **Responsabilização do agente público**. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARIELY, Dan. **Previsivelmente irracional**. Rio de Janeiro: Sextante, 2020.

BINENBOJM, G.; CYRINO, A. O Art. 28 da LINDB: a cláusula geral do erro administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/issue/view/4255>>. Acesso em 25/04/2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Responsabilização de agentes segundo a jurisprudência do TCU – uma abordagem a partir de licitações e contratos. Aula 1 – introdução à responsabilidade**. Instituto Serzedello Corrêa, 2013. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/responsabilizacao-de-agentes-segundo-a-jurisprudencia-do-tcu-uma-abordagem-a-partir-de-licitacoes-e-contratos-aulas-1-a-5.htm>>. Acesso em 01/05/2021.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na Administração Pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. **Revista de direito** | Viçosa | V.09 N.01 2017 P. 189-216.

CARVALHO, Luiz Maklouf. **Suicídio de reitor da Universidade Federal da Santa Catarina põe PF sob suspeita**. UOL, 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2017/12/03/suicidio-de-reitor-poe-pf-sob-suspeita.htm>>. Acesso em 03/05/2021.

CRUZ, Alcir Moreno da. BORGES, Mauro. **O gestor médio, a LINDB e as novas exigências da Administração Pública**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-gestor-medio-a-lindb-e-as-novas-exigencias-da-administracao-publica-11112018>>. Acesso em: 01/05/2021.

DAL POZZO, Augusto; Cammarosano, Márcio. **As implicações da COVID-19 no direito administrativo**. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020

DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Manual do ordenador de despesas**. 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 4: responsabilidade civil. 14ª edição.** São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Livro digital.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. **Zênite Fácil**, categoria Doutrina, 01 set. 2020. Disponível em: <<http://www.zenitefacil.com.br>>. Acesso em: 01/05/2021.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

JORDÃO, Eduardo. **Por mais realismo no controle da administração Pública.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/eduardo-ferreira-jordao/por-mais-realismo-no-controle-da-administracao-publica>>. Acesso em: 01/05/2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, ed. esp.: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB, p. 13-41, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 10ª edição. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

MCMILLAN, Lori. **The business judgment rule as an immunity doctrine.** 4 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 521 (2013). Disponível em: <<https://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol4/iss2/5>>. Acesso em: 01/05/2021.

MELO, Marcus André e PEREIRA, Carlos. **Making Brazil work: checking the president in a multiparty system.** Londres e Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2013.

MORAES, Alexandre de Moraes. **Direito constitucional.** 24ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

MOTTA, Fabrício. HOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público: Lei 13.655/2018.** 1. ed. em e-book baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Administração pública do medo. Ninguém quer criar, pensar noutras soluções. O novo pode dar errado e o erro é punido severamente.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-09112017>>. Acesso em: 01/05/2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A medida do controle da Administração Pública.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/a-medida-do-controle-da-administracao-publica-04042017>>. Acesso em: 02/05/2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o ‘administrador médio’ do TCU? LINDB exige que condutas sejam avaliadas a partir da realidade.** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>>. Acesso em: 20/04/2021.

OSÓRIO, Fabio Medina. Conceito e tipologia dos atos de improbidade administrativa. **Revista de doutrina do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, nº 57, 30 dez. 2012, p. 4. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao050/Fabio_Osorio.html>. Acesso em: 01/05/2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – V.I. 30ª** edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Vetos à LINDB, o TCU e o erro grosseiro dão boas-vindas ao "administrador médium"**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-08/leonardo-coelho-vetos-lindb-tcu-erro-grosseiro>>. Acesso em: 01/05/2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1 ed. e-book baseada na 1 ed. Impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SIMON, Herbert Alexander. A behavioral model of rational choice. **The quarterly journal of economics**, v. 69, nº 1, fevereiro de 1955.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Chega de axé no direito administrativo**. Artigo publicado na Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP. Disponível em: <<http://sbdp.org.br/publication/cheга-de-axe-no-direito-administrativo/>>. Acesso em 03/05/2021.

TALEB, Nassim Nicholas. **Iludidos pelo acaso: a influência da sorte nos mercados e na vida**. Tradução: Sérgio Moaraes Rego. 1ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **O desenho institucional dos Tribunais de Contas e sua vocação para a tutela da *accountability* democrática: perspectivas em prol do direito à boa administração pública no Brasil**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2016.

REFERÊNCIAS LEGAIS E JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 01/05/2021.

_____. Código de Processo Civil. LEI Nº 13.105/2015. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acesso em: 01/05/2021.

_____. LEI Nº 8.429/1992. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 01/05/2021.

_____. LEI COMPLEMENTAR Nº 35/1979. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 01/05/2021.

_____. DECRETO-LEI Nº 4.657/1942. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 01/05/2021.

_____. DECRETO Nº 9.830/2019. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm>. Acesso em:
01/05/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RMS 32.641/DF, 1.^a Turma. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado de 08/11/2011.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.441/2012-Plenário, Relator Ministro Raimundo Carreiro, julgado de 10/12/2012.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 635/2017-Plenário, Relator Ministro Aroldo Cedraz, julgado de 05/04/2017.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.391/2018-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, julgado de 17/10/2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Boletim de Jurisprudência 247/2019. Acórdão nº 2760/2018-TCU-Plenário, Relator Ministro Bruno Dantas, julgado de 28/11/2018.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 5.850/2021-Segunda Câmara, Relator Ministro Augusto Nardes, julgado de 06/04/2021.