



Escola Nacional de Administração Pública

THIAGO TAVARES REIS

**A DOSIMETRIA DAS SANÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA
UNIÃO E O DIREITO AO ERRO DO GESTOR PÚBLICO**

Brasília – DF

Julho /2020



Escola Nacional de Administração Pública

A DOSIMETRIA DAS SANÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E O DIREITO AO ERRO DO GESTOR PÚBLICO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como parte dos requisitos para obtenção do grau de Especialista em Planejamento e Orçamento.

Aluno: Thiago Tavares Reis

Orientador(a): Prof. Elton Bandeira

Brasília – DF

Julho/2020



Escola Nacional de Administração Pública

A DOSIMETRIA DAS SANÇÕES DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E O DIREITO AO ERRO DO GESTOR PÚBLICO

Autor: Thiago Tavares Reis

Instituição do autor: Secretaria de Orçamento Federal (SOF/ME)

Resumo: A ampliação substancial das competências do Tribunal de Contas da União (TCU) pela Constituição Federal de 1988 não proporcionou maior segurança jurídica para os gestores públicos. Assim, bons gestores passaram a ter medo de decidir por medo de retaliações futuras. Quando desarrazoada, a atuação da Corte tem sido caracterizada pela metáfora do “apagão das canetas”: uma espécie de paralisia decisória dos gestores. Nesse contexto, a Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, adicionou dez novos dispositivos ao Decreto-Lei nº 4.465, de 04 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB). Doravante, a LINDB passou a ser aplicada expressamente à esfera controladora. O presente artigo mostrará as correlações entre o referido diploma normativo e a dosimetria das sanções do TCU. Com o objetivo de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão pública, a LINDB pode devolver aos gestores incumbidos da execução de políticas públicas o direito ao erro, mas não ao erro grosseiro e inescusável.

Palavras-chave: Tribunal de Contas da União; dosimetria; segurança jurídica.

INTRODUÇÃO

No Brasil, as primeiras discussões em torno da necessidade de um Tribunal de Contas ocorreram durante o período imperial. Entretanto, o referido Tribunal só foi previsto pelo Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, que foi recepcionado pelo art. 89 da primeira Carta republicana: a Constituição de 1891. Por fim, a instalação efetiva do Tribunal aconteceu, em 1893, com a altiva gestão do Ministro da Fazenda Serzedello Corrêa.

Por seu turno, a Constituição de 1988 ampliou o plexo de competências do Tribunal de Contas da União (TCU), transformando-o em verdadeiro órgão constitucional autônomo. No ordenamento jurídico pátrio, a titularidade do controle externo federal pertence ao Congresso Nacional. Tal controle é exercido pelo Parlamento com o auxílio técnico do TCU. Contudo, a Corte de Contas não se subordina ao Poder Legislativo e, apesar do nome, tampouco se vincula ao Poder Judiciário. Em decorrência de sua autonomia constitucional, os processos instaurados pela Corte têm, sob o prisma de Britto (2001), sua própria ontologia: são processos de contas e não processos parlamentares, nem judiciais, tampouco estritamente administrativos.

O TCU possui jurisdição própria e privativa. A palavra jurisdição é composta pela aglutinação de termos latinos: *juris* (direito) e *dicere* (dizer). Assim, jurisdição significa dizer o direito. Todavia, a jurisdição da Corte de Contas não pode ser confundida com a função jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário, visto que, no Brasil, em virtude do sistema de jurisdição una, apenas as decisões daquele Poder têm o condão da definitividade.

Com efeito, a jurisdição do TCU é predominantemente administrativa, não jurisdicional. Consoante Di Pietro (1996), a decisão do TCU não se iguala à decisão jurisdicional, mas não se identifica com a função puramente administrativa. Ante o exposto, a jurisdição da Corte não diz respeito à função jurisdicional propriamente dita, pois não dirime conflitos de interesses. Nesse sentido, o TCU exerce, em tese, o julgamento técnico das contas dos gestores públicos.

Porém, com a ampliação expressiva das competências do TCU, os administradores públicos passaram a ter medo de decidir em face de possíveis retaliações futuras. Assim, a atuação desarrazoada da Corte tem engendrado o “apagão das canetas”: a paralisia decisória. Como Bruno Dantas (2019), Ministro do TCU, reconheceu: a hipertrofia do controle gera a infantilização da gestão pública.

Entretanto, com a intenção de reforçar a segurança jurídica dos gestores diante da pujança dos órgãos de controle, a **Lei nº 13.655**, de 25 de abril de 2018, adicionou dez novos dispositivos ao Decreto-Lei nº 4.465, de 04 de setembro de 1942, **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro** (LINDB). Com a recente alteração, a LINDB passou a ser aplicada à esfera controladora, em especial, ao TCU.

Consoante Neto (2019), destacam-se da recente alteração da LINDB os seguintes aspectos: i) a vedação à decisão amparada em valores jurídicos abstratos, **sem observância das consequências jurídicas e administrativas da determinação**, impondo-se ao administrador o dever de motivação e indicação dos limites à eficácia da decisão; e ii) **a necessidade de modulação dos efeitos da decisão** que estabelece nova interpretação ou orientação sobre determinada matéria, e a concessão de importância cognitiva ao contexto jurisdicional predominante à época da prática do ato, conferindo, assim, adequação e proporcionalidade às normas de transição.

Não se pode olvidar a clássica pergunta atribuída ao poeta satírico Juvenal, da Roma Antiga, a saber: *Quis custodiet ipsos custodes?* A frase latina pode ser traduzida como: Quem vigiará os próprios vigilantes? Nesse contexto, conforme Sundfeld (2019), as novas normas da LINDB são uma espécie de guia geral para a tomada de decisões na esfera pública. Esse guia tem de valer para a administração pública e para quem a controla. Então, a paridade é necessária. O gestor é obrigado a examinar as consequências do que vai fazer e a considerar as melhores alternativas. Como poderia o controlador substituir a opção do gestor sem fazer análise semelhante?

À luz da alteração recente da LINDB, o presente artigo intenciona analisar a dosimetria das sanções do TCU. Como bem salientou Neto (2019), **não há na legislação que regula o processo administrativo da Corte a previsão de dosimetria objetiva das sanções**, com um rol de agravantes e atenuantes, como ocorre na aplicação de normas do Direito Penal. Assim, coube à jurisprudência da Corte consolidar uma dosimetria a partir do nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, porém, nem sempre imbuída da devida objetividade.

Nesse contexto, são relevantes os parâmetros de dosimetria fixados nos §§ 2º e 3º do art. 22 da LINDB. Segundo o aludido artigo, “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”.

Em face disso, os seguintes parâmetros devem ser ponderados: i) serão consideradas as circunstâncias práticas que tenham imposto, limitado ou condicionado a ação do agente; ii) serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as **circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente**; e iii) por fim, as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta **na dosimetria** das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Contudo, **nem sempre a dosimetria discricionária da Corte pondera as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente público, contrariando o espírito da LINDB**. Nesse sentido, veio em boa hora o entendimento do Ministro Roberto Barroso (2020) em torno da constitucionalidade do art. 2º da Medida Provisória 966/2000: “considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. Portanto, o agente público não deve ser responsabilizado por qualquer erro. Trata-se de resgate da segurança jurídica apregoada pela LINDB.

Dessa forma, **o artigo abordará como a LINDB pode ser um instrumento normativo a favor do bom administrador diante da dosimetria nem sempre objetiva da Corte**. Assim, devolve-se àquele administrador o direito ao erro, não ao erro grosseiro, imbuído de culpa grave e, por conseguinte, inescusável, mas sim ao erro ordinário e sintomático das vicissitudes da gestão pública. Entretanto, não se deve ignorar o papel indutor de boas práticas do TCU, papel este que não pode ser tido como subterfúgio para a promoção da insegurança jurídica.

I - UMA SÍNTESE DA ORIGEM DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO BRASIL

No Museu Neues de Berlim, há uma coleção específica dedicada ao Egito Antigo, cujo destaque é o famoso busto da Rainha Nefertiti. Trata-se, possivelmente, do busto mais copiado da arte egípcia. Adicionalmente, numa sala próxima, embora não desperte o arrebatamento provocado pelo busto da rainha, há uma grande pedra em granito negro, talhada entre os séculos VIII e IV antes de Cristo. É o sarcófago de *Djehapimu*, identificado apenas como o “auditor do faraó”. Conforme Lima:

Da vida e das obras de Djehapimu pouco sabemos, pois o esquife é exibido vazio, sem múmia, e os hieróglifos presentes na sua cobertura não detalham sua biografia. De toda forma, a visão do sarcófago inspira reflexões. Assim como os atuais governantes, o faraó em questão julgou necessário contar com os serviços de um auditor. Milênios atrás, foi uma sábia decisão. A boa administração não pode prescindir do controle. Na esfera privada, os relatórios de auditores internos e independentes são elementos essenciais para que acionistas, fornecedores e partes interessadas possam avaliar o desempenho dos gestores. Na área pública, nos países democráticos, avulta a importância do controle externo, que no Brasil é exercido pelos Tribunais de Contas, seguindo a tradição latina e o modelo napoleônico. (LIMA, 2020, p.4).

Portanto, a figura do auditor, apesar de discreta, é, à semelhança dos faraós, milenar. No entanto, o princípio da prestação de contas não é tão antigo. Tal princípio só veio a lume com o século XVIII. Segundo Lima (2020), o princípio da *prestação de contas* é de tal relevância que, no turbilhão da Revolução Francesa de 1789, foi inserido como um dos direitos fundamentais no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Em sequência, em 1807, a França instituiu o primeiro Tribunal de Contas da Era Moderna.

No caso brasileiro, não obstante as primeiras discussões sobre a importância da referida Corte tenham ocorrido durante o período imperial, o Tribunal só nasceu no contexto republicano. Consoante Lima (2019), a proposta de criação do Tribunal de Contas constituiu, juntamente com o debate acerca da abolição da escravatura, uma das polêmicas de maior duração na história do Parlamento brasileiro, tendo atravessado todo o Império, só logrando êxito após a proclamação da República.

Sob a inspiração de Rui Barbosa, à época, Ministro da Fazenda do Governo Provisório, o Presidente Deodoro da Fonseca assinou o Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, que criou um “Tribunal de Contas para o exame, revisão e julgamento dos atos concernentes à receita e despesas da República”. Então, logo após a instalação da República, nasceu o Tribunal de Contas brasileiro influenciado pelo modelo francês instituído por Napoleão.

A exposição de motivos do supracitado Decreto tornou-se famosa pela maestria com a qual Barbosa definiu os contornos da Corte de Contas:

[...] corpo de magistratura intermediário à administração e à legislatura, que, colocado em posição autônoma, com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, possa exercer as suas funções vitais no organismo constitucional, sem risco de converter-se em instituição de ornato aparatoso e inútil.

[...] Convém levantar, entre o poder que autoriza periodicamente a despesa e o poder que quotidianamente a executa, um mediador independente, auxiliar de um e de outro, que, comunicando com a legislatura, e intervindo na administração, seja não só o vigia, com a mão forte da primeira sobre a segunda, obstando a perpetração das infrações orçamentárias, por um veto oportuno aos atos do executivo, que direta ou indireta,

próxima ou remotamente, discrepem da linha rigorosa das leis de finanças. (*apud* SILVA, 2000, p. 51).

Assim, a Corte foi concebida como órgão independente, cercado de garantias para exercer, de forma autônoma, suas atribuições. Cabe destacar que o Decreto em apreço foi recepcionado pelo art. 89 da Constituição de 1891, a primeira Carta do período republicano. Entretanto, a instalação efetiva da Corte só ocorreu, em 1893, na gestão do Ministro Serzedello Corrêa.

Tal Ministro notabilizou-se pelo episódio em que ele, opondo-se à posição do então Presidente da República Floriano Peixoto, considerou ilegal a nomeação de um parente do ex-Presidente Deodoro da Fonseca. Ante o exposto, o Presidente mandou redigir decretos diminuindo as competências do Tribunal de Contas, contra os quais se opôs o Ministro. Diante do impasse, Serzedello Corrêa solicitou a sua exoneração da pasta da Fazenda em memorável documento a favor da independência da Corte:

Esses decretos anulam o Tribunal, o reduzem a simples Ministério da Fazenda, tiram-lhe toda a independência e autonomia, deturpam os fins da instituição, e permitirão ao Governo a prática de todos os abusos e vós o sabeis - é preciso antes de tudo legislar para o futuro. Se a função do Tribunal no espírito da Constituição é apenas a de liquidar as contas e verificar a sua legalidade depois de feitas, o que eu contesto, eu vos declaro que esse Tribunal é mais um meio de aumentar o funcionalismo, de avolumar a despesa, sem vantagens para a moralidade da administração.

Se, porém, ele é um Tribunal de exação como já o queria Alves Branco e como têm a Itália e a França, precisamos resignarmo-nos a não gastar senão o que for autorizado em lei e gastar sempre bem, pois para os casos urgentes a lei estabelece o recurso.

Os governos nobilitam-se, Marechal, obedecendo a essa soberania suprema da lei e só dentro dela mantêm-se e são verdadeiramente independentes.

Pelo que venho de expor, não posso, pois Marechal, concordar e menos referendar os decretos a que acima me refiro e por isso rogo vos digneis de conceder-me a exoneração do cargo de Ministro da Fazenda, indicando-me sucessor. (*apud* AGUIAR e ALBUQUERQUE, 2001, p.197).

Por conseguinte, se Rui Barbosa foi o patrono da Corte de Contas, o Ministro Serzedello Corrêa foi uma espécie de protagonista a favor da autonomia da Corte. Tanto é que, em 1994, mediante a Resolução nº 19, de 09 de novembro, foi instituída a Escola de Governo do atual Tribunal de Contas da União (TCU) em homenagem àquele Ministro: Instituto Serzedello Corrêa.

Com o transcurso do tempo, o prestígio conferido ao Tribunal associou-se com a magnitude das liberdades democráticas. Por exemplo, as Cartas Constitucionais de 1937, Estado Novo, e a de 1967, Ditadura Militar, vinculadas a regimes políticos pouco inclinados àquelas liberdades, reduziram as atribuições do Tribunal. Por outro lado, as Constituições democráticas de 1946 e de 1988 ampliaram o rol de competências da Corte.

Por sua vez, a Constituição Cidadã de 1988 ampliou sobremaneira o âmbito de atuação do Tribunal. Ademais, pela primeira vez, foi empregada a denominação Tribunal de Contas da União (TCU) a fim de distingui-lo dos Tribunais de Contas estaduais e municipais.

Deve-se destacar que a organização, composição, modo de investidura e atribuições fiscalizadoras dos Tribunais de Contas dos Estados, Distrito Federal e Municípios devem seguir o modelo jurídico estabelecido pela Constituição da República de 1988. No âmbito estadual, as Cortes são estruturadas pelas Constituições Estaduais, sendo integradas por sete Conselheiros, ao passo que o TCU é composto por nove Ministros.

Além disso, a atual Carta veda expressamente a criação de Tribunais, Conselhos e órgãos de Contas Municipais. A proibição de criação não impede a manutenção dos Tribunais de Contas já existentes, como no caso dos Municípios de São Paulo e do Rio de Janeiro. A vedação, por dirigir-se apenas aos Municípios, não impede a criação de órgão, Tribunal ou Conselho, pelos Estados, com jurisdição exclusiva sobre as contas municipais.

Com efeito, consoante Lima (2019), na interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF), nenhum Município pode criar Tribunal de Contas Municipal próprio, exclusivo, mas os Estados podem criar Tribunais ou Conselhos de Contas municipais, órgãos da administração estadual, cujas contas serão julgadas pelo Tribunal de Contas do respectivo Estado.

Como bem ressaltou Pardini (1997), a partir da Carta de 1988, o TCU alcançou, sob o aspecto legal, grau de relevância e amplitude de competências sem paralelo, combinando atribuições “judicantes” com instrumentos típicos das Auditorias Gerais. Assim, a Corte passou a auxiliar o Congresso Nacional, mediante controle externo, na fiscalização **contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial** da União e das entidades da administração direta e indireta, segundo os parâmetros da legalidade, legitimidade e economicidade.

Na CF/1988, as principais disposições atinentes ao TCU situam-se no Título IV – Da Organização dos Poderes, no Capítulo I – Do Poder Legislativo, na Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária. Deve-se sublinhar que, embora a Corte esteja situada no capítulo referente ao Poder Legislativo, ela não integra uma subseção dos tópicos destinados ao Congresso Nacional, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. Assim, a própria topografia da Corte na Carta Magna é sintomática da independência atribuída ao órgão.

Dessa forma, apesar de o TCU auxiliar o Legislativo no exercício do controle externo, a Corte não integra a estrutura do Poder Legislativo. A exemplo do Ministério Público, o TCU tem a natureza de instituição constitucional autônoma. Consoante preleção do Ministro Celso de Mello:

Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgão delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República. (STF – ADI 4.190 REF-MC/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 10.03.2010).

Ante o exposto, de acordo com a exegese do Ministro Carlos Ayres Britto (2001), **o TCU é um órgão constitucional autônomo**. Além de não ser órgão do Poder Legislativo, o TCU não se subordina ao titular do controle externo: Congresso Nacional. Ademais, apesar do nome, os Tribunais de Contas não pertencem ao Poder Judiciário. Em decorrência de sua autonomia com estatura constitucional, os processos instaurados pelos Tribunais de Contas têm, na ótica de Britto (2001), sua própria ontologia: **são processos de contas e não processos parlamentares, nem judiciais, tampouco estritamente administrativos**.

Portanto, a despeito de as primeiras discussões acerca da necessidade de uma Corte de Contas brasileira remontarem ao período imperial, a Corte só foi prevista pelo Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, o qual foi recepcionado pelo art. 89 da Constituição de 1891: a primeira Carta da república. Por fim, a instalação efetiva da Corte ocorreu, em 1893, com a gestão do Ministro Serzedello Corrêa.

II - A POLÊMICA DA JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

A palavra jurisdição é composta pela aglutinação de termos latinos: *juris* (direito) e *dicere* (dizer). Portanto, **jurisdição significa dizer o direito**. De acordo com o Dicionário Técnico Jurídico de Deocleciano Torrieri Guimarães (2020), pode-se definir jurisdição como o poder de dizer o direito que a Constituição dá aos órgãos; função do Estado exercida por meio do juiz dentro de um processo para solução de um litígio, podendo ser definida em função da área geográfica ou da matéria.

Por sua vez, o art. 4º da Lei Orgânica do TCU (LOTUCU) indica que **a jurisdição do TCU é própria e privativa**, em todo o território nacional, sobre as pessoas e matérias sujeitas à competência da Corte. Porém, qual seria a espécie de jurisdição exercida pela Corte? Doravante, as posições doutrinárias em torno da espécie de jurisdição do TCU serão examinadas.

A celeuma entre os doutrinadores se dá principalmente em torno do vocábulo “julgar” presente no inciso II, art. 71, da Carta Magna de 1988, segundo o qual compete àquela Corte **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.

De qualquer forma, deve-se admitir que o TCU julga as contas e não o responsável. Conforme Di Pietro:

[...] embora o dispositivo fale em “julgar”, não se trata de função jurisdicional, porque o Tribunal apenas examina as contas, tecnicamente, e não aprecia a responsabilidade do agente político, que é de competência exclusiva do Poder Judiciário, por isso se diz que o julgamento das contas é uma questão prévia, preliminar, de competência do Tribunal de Contas, que antecede o julgamento do responsável pelo Poder Judiciário. (DI PIETRO, 2015, p.710).

No mesmo diapasão, posicionou-se o constitucionalista José Afonso da Silva (2016), para o qual **o TCU é órgão técnico, não jurisdicional**. Assim, a jurisdição da Corte não diz respeito à função jurisdicional propriamente dita, pois não julga pessoas nem dirime conflitos de interesses. Portanto, para Silva (2016), o TCU apenas exerce um julgamento técnico das contas.

Ademais, segundo Britto (2001), **os Tribunais de Contas não exercem a chamada função jurisdicional do Estado**. Tal função é exclusiva do Poder Judiciário. Entretanto, para o renomado jurista, algumas características da jurisdição permeiam os julgamentos a cargo das Cortes de Contas. Nesse sentido, tais Tribunais julgam sob critério exclusivamente objetivo ou da própria técnica jurídica – subsunção de fatos e pessoas à objetividade das normas constitucionais e legais.

Na dicção de Hely Lopes Meirelles (2007), o TCU desempenha **atribuições jurisdicionais administrativas** pertinentes à fiscalização da execução orçamentária, da aplicação de recursos públicos, da legalidade de atos, aposentadorias e pensões.

Para Marcelo Novelino (2018), o julgamento do TCU das contas anuais dos administradores e demais responsáveis por dinheiro, bens e valores públicos seria expressão da

competência judicante da Corte. Segundo o autor, as decisões da Corte têm caráter administrativo e, portanto, sempre podem ser objeto de cognição pelo Poder Judiciário. Escusado registrar que a competência judicante não se confunde com a jurisdicional.

Portanto, para os aludidos autores, conquanto o TCU tenha jurisdição própria, ela não diz respeito à função jurisdicional exclusiva do Poder Judiciário. A propósito, sublinhe-se que a função jurisdicional do Estado, no Brasil, é exclusiva do Judiciário em virtude do sistema de jurisdição una, de modo que as decisões da Corte não têm o alcance da definitividade das decisões judiciais. Dessa forma, para essa primeira corrente doutrinária, a jurisdição do TCU, embora própria e privativa, seria predominantemente administrativa.

Todavia, para outros autores, a exemplo de Castro, o escopo da jurisdição da Corte seria um pouco mais amplo:

Então, não há como sustentar que os Tribunais de Contas, constitucionalmente criados para controlar os gastos da República, são falecidos de jurisdição, justamente porque eles julgam e o fazem com definitividade. E assim tem que ser, pois, do contrário, seria um absurdo constituir uma instituição, atribuir-lhe competência e, uma vez exercitada, permitir que outro, não técnico e nem constitucionalmente preparado para o mister a ele incumbido, o Judiciário, possa vir e desconstituir o seu julgado. (CASTRO, 2005, Revista do TCE-MG, nº 1).

Para alguns, como é o caso de Almeida (2006), a jurisdição do TCU seria parajudicial. Portanto, para essa segunda corrente doutrinária, a jurisdição da Corte não seria meramente administrativa, comportando-se à espécie de uma jurisdição quase judicial, parajudicial. Nesse contexto, parcela da doutrina alude à coisa julgada administrativa segundo a qual determinado assunto decidido no âmbito da Corte não poderia sofrer alteração nessa mesma via administrativa, embora possa sê-lo na via judicial. Contudo, tal conceito ainda não está pacificado na doutrina.

Por fim, é possível identificar uma perspectiva doutrinária intermediária. De acordo com Mileski:

Portanto, não sendo de natureza judicial as funções do Tribunal de Contas, também não podem ser consideradas meramente administrativas. São de caráter administrativo, mas com a qualificação do poder jurisdicional administrativo, que derivam de competência constitucional expressamente estabelecida, com a delimitação do poder de conhecer e julgar as contas prestadas pelos administradores públicos. (MILESKI, 2003, p.212).

Assim, para Mileski, o TCU exerce uma espécie de poder jurisdicional administrativo. Nesse sentido, o atual Presidente da Corte, Ministro Raimundo Carreiro, considerou a jurisdição da Corte como jurisdição constitucional especializada, à luz do **Acórdão nº 495/2008-TCU/Plenário**. É de se notar que essa terceira corrente, não obstante intermediária, aproxima-se

mais da primeira corrente, para a qual a jurisdição da Corte é predominantemente administrativa, do que da segunda, para a qual a jurisdição do TCU é parajudicial.

Ademais, autores consagrados da primeira corrente, a exemplo da doutrinadora Di Pietro, com o desenrolar da jurisprudência, passaram a reconhecer a pertinência da aludida via intermediária:

[...] não se pode colocar a decisão proferida pelo Tribunal de Contas no mesmo nível que uma decisão proferida por órgão integrado à Administração Pública. Não teria sentido que os atos controlados tivessem a mesma força dos atos de controle. Pode-se afirmar que a decisão do Tribunal de Contas, se não se iguala à decisão jurisdicional, porque está também sujeita a controle pelo Poder Judiciário, também não se identifica com a função puramente administrativa. Ela se coloca a meio caminho entre uma e outra. Ela tem fundamento constitucional e se sobrepõe à decisão das autoridades administrativas qualquer que seja o nível em que se insiram na hierarquia da Administração Pública, mesmo no nível máximo da Chefia do Poder Executivo. (DI PIETRO, 1996, p.24).

Portanto, a jurisdição do TCU é **predominante administrativa**, *não jurisdicional*, visto que vigora, no Brasil, o sistema de jurisdição uma segundo o qual apenas as decisões do Poder Judiciário têm o condão da definitividade. No entanto, a jurisdição da Corte não é meramente administrativa. Ela é própria e privativa do Tribunal, em conformidade com a abrangência prevista no art. 5º da LOTCU. Assim, consoante Di Pietro (1996), a decisão do TCU não se iguala à decisão jurisdicional, mas não se identifica com a função puramente administrativa. Eis o porquê de ela ser predominante – e não puramente – administrativa e não jurisdicional.

Em síntese, **a Corte é um órgão independente**, à semelhança do Ministério Público, de estatura constitucional, cujas prerrogativas e competências estão discriminadas não apenas na CF/1988, mas, em especial, na legislação infraconstitucional: na LOTCU e no Regimento Interno da Corte. Além disso, trata-se de órgão técnico com jurisdição própria e privativa que, apesar de auxiliar o Congresso Nacional na missão do controle externo, não se subordina ao Poder Legislativo. E tampouco, a despeito do nome Tribunal, vincula-se ao Poder Judiciário.

No ordenamento jurídico pátrio, o Congresso Nacional é o titular do controle externo do governo federal. Dessa forma, o TCU, embora seja órgão independente de controle externo, auxilia o Parlamento na missão de acompanhar a execução orçamentária e financeira do país e contribuir com o aperfeiçoamento da Administração Pública. A Corte é responsável pela fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos e entidades públicas quanto à legalidade, legitimidade e economicidade.

Cabe destacar que o plexo de competências da Corte aumentou significativamente com a Constituição Cidadã de 1988. Além disso, ao longo dos anos, o órgão de controle externo adquiriu tónus político-institucional na esfera pública brasileira, de tal modo que o antigo Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que regula a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), foi recentemente alterado pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, para, além de outras questões importantes, regulamentar a segurança jurídica dos gestores públicos diante de uma Corte de Contas cada vez mais pujante.

III - DOSIMETRIA DAS SANÇÕES E O DIREITO AO ERRO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, que dispõe sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, adicionou dez novos dispositivos ao Decreto-Lei nº 4.465, de 04 de setembro de 1942, **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)**. A recente lei foi concebida com vistas a garantir maior segurança jurídica às decisões dos gestores públicos em face dos órgãos autônomos de controle, a exemplo do Ministério Público e dos Tribunais de Contas.

Tais dispositivos, por reiteradas vezes, fazem alusão à **esfera controladora**, ampliando o escopo de incidência da norma para além das esferas administrativa e judicial. A esfera controladora é citada nos artigos transcritos abaixo:

Art. 20. Nas esferas administrativa, **controladora** e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Art. 21 A decisão que, nas esferas administrativa, **controladora** ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Art. 23. A decisão administrativa, **controladora** ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, **controladora** ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, **controladora** ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos. (grifo nosso) (BRASIL, 2018).

Dessa forma, em consonância com Neto (2019), destacam-se da recente alteração da LINDB os seguintes aspectos: i) a vedação à decisão amparada em valores jurídicos abstratos, sem observância das consequências jurídicas e administrativas da determinação, impondo-se ao administrador o dever de motivação e indicação dos limites à eficácia da decisão; e ii) **a necessidade de modulação dos efeitos da decisão** que estabelece nova interpretação ou orientação sobre determinada matéria, e a concessão de importância cognitiva ao contexto jurisdicional predominante à época da prática do ato, conferindo, assim, adequação e proporcionalidade às normas de transição.

Não se pode olvidar a clássica pergunta atribuída ao poeta satírico Juvenal, da Roma Antiga, a saber: *Quis custodiet ipsos custodes?* A frase latina pode ser traduzida como: Quem vigiará os próprios vigilantes? Nesse contexto, conforme Sundfeld (2019), as novas normas da LINDB são uma espécie de guia geral para a tomada de decisões na esfera pública. Esse guia tem de valer para a administração pública e para quem a controla. **Então, a paridade é necessária.** O gestor é obrigado a examinar as consequências do que vai fazer e a considerar as melhores alternativas. Como poderia o controlador substituir a opção do gestor sem fazer análise semelhante? Esse é o espírito dos novos dispositivos da LINDB.

De acordo com Neto (2019), o art. 20 da LINDB, ao determinar a consideração das consequências práticas da decisão a ser tomada, induz o seu prolator a realizar verdadeiro sopesamento dos prós e contras envolvidos na solução decisória a ser praticada. Assim, o dispositivo exige maior reflexão e equilíbrio por parte do julgador. A projeção dos efeitos práticos da solução adotada é fundamental para verificar a compatibilidade entre a decisão e o valor invocado abstratamente.

Ante o exposto, as novas disposições do supracitado diploma normativo relacionam-se sobretudo ao dever de motivação dos atos e decisões estatais, reiterando a importância da motivação das decisões para o devido processo legal da esfera controladora. Aliás, mesmo que as novas disposições não tivessem feito alusão àquela esfera, a menção à esfera administrativa bastaria para contemplar, de igual modo, a atuação das Cortes de Contas, visto que tais Cortes são, predominantemente, órgãos administrativos. Dessa forma, a motivação das decisões da esfera controladora pode ser vislumbrada como instrumento a favor da maior segurança jurídica das relações entre controlados – gestores públicos – e controladores.

Por sua vez, o art. 21 da LINDB, conforme Neto (2019), volta-se para a necessidade de aferição das consequências jurídicas e administrativas das decisões tomadas nas esferas administrativa, controladora ou judicial sempre que houver a decretação da invalidade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Portanto, trata-se de ônus imposto ao prolator da decisão. Nesse contexto, o controlador precisa sopesar as consequências jurídicas e administrativas de sua decisão.

À luz das contribuições de Neto (2019), pondera-se que as consequências jurídicas seriam os efeitos decorrentes da incursão da esfera controladora nos direitos dos envolvidos e interessados. Por outro lado, as consequências administrativas seriam o resultado material, relacionado à Administração Pública e advindo do cumprimento da decisão.

Ademais, o art. 21 estabelece que a decisão, sempre que couber, deve indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos. Então, a regularização da ação administrativa deve ser menos drástica do que a pura e simples invalidação.

A propósito, a Constituição Federal, ao fixar as competências do TCU, conferiu-lhe o poder de assinar prazo para que o órgão ou entidade fiscalizada adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade (art. 71, inciso IX). Ante o exposto, o ato impugnado só pode ser sustado pela Corte caso as providências de regularização não tenham sido adotadas. Nesse sentido, em sintonia com Neto (2019), o art. 21 da LINDB é oportuno por indicar as diretrizes a serem observadas pelo órgão controlador por ocasião da regularização do ato. Cumpre destacar, em consonância com Neto, que a regularização da ação administrativa deve seguir certas diretrizes:

Nos termos do artigo 21 da LINDB, a regularização da invalidade da ação não pode ser conferida ao sujeito de modo que ele não tenha meios de executá-la. A fim de se evitar que isso ocorra, a lei estabeleceu dois parâmetros, a saber, a proporcionalidade e a equanimidade. A regularização deve ser oportunizada de modo proporcional, isto é, equilibrado e condizente com a situação cotejada. Também deve ser equânime, no sentido de a solução ser justa, ponderada. E como vetor impeditivo, em qualquer hipótese, estão os interesses gerais, que não podem ser prejudicados, sob pena de inviabilizar a regularização. Além disso, a decisão que viabiliza a regularização não pode impor ônus ou perdas aos sujeitos destinatários que sejam anormais ou excessivos. Caso isso ocorra, a regularização restará dificultada ou impossibilitada, o que não se admite. (NETO, 2019, p.214).

Embora o art. 22 não cite expressamente a esfera controladora, ele preconiza a avaliação das circunstâncias práticas atinentes à ação do agente público. Portanto, 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”. E, adicionalmente, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Além disso, na aplicação de sanções, “serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”. Cabe destacar, em consonância com o art. 22, § 3º, que as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. Conforme Neto (2019), extrai-se que o dispositivo se volta a situações potenciais em que, na interpretação de normas e prolação de decisões, especialmente da esfera controladora, desconsidera-se a realidade fática disposta ao gestor público e ao administrado.

Por conseguinte, o controlador não pode mais aplicar, de forma indistinta e abstrata, normas de direito público sem a devida conexão com a realidade fática dos gestores. Dessa forma, não basta ao gestor mencionar ao controlador as inúmeras barreiras e dificuldades com as quais a gestão pública se depara. Tais obstáculos precisam ser concretos no sentido de constranger a adoção de determinada ação, eis o porquê da importância das circunstâncias fáticas. Nesse contexto, deve-se assegurar a segurança jurídica não só da esfera controladora, mas dos gestores e sobretudo dos administrados. É uma espécie de reforço do pragmatismo no direito público brasileiro, em alusão ao criativo título do artigo de Jordão (2018):

[...] Em última análise, caberá ao julgador avaliar se as dificuldades e os obstáculos declarados pelo gestor foram, de fato, “reais” e se de alguma forma impactaram as suas escolhas. Além disso, é também possível ao controlador considerar que, a despeito de serem “reais”, as dificuldades apontadas não teriam tido um efeito tão limitador quanto o gestor alegou. A lei, afinal, não criou um salvo conduto para o gestor, a quem bastaria mencionar dificuldades para ver-se livre do controle sobre seus atos. Ela apenas exigiu a “consideração” destas dificuldades. (JORDÃO, 2018, p. 48).

Em relação à dosimetria do sancionamento, rememora-se o art. 71, inciso VII, da atual Carta Magna, segundo o qual compete ao TCU a aplicação aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, das sanções previstas em lei. Portanto, a definição das sanções foi relegada ao plano infraconstitucional, no caso, à LOTCU. A Lei Orgânica

da Corte previu a cominação aos gestores públicos ou responsáveis das seguintes sanções: a) multa (art. 57 e 58; b) inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública por período variável de cinco a oito anos (art. 60); e c) declaração de inidoneidade a licitante, por até cinco anos, em caso de fraude à licitação (art. 46).

Entretanto, como bem salientou Neto (2019), **não há na legislação que regula o processo administrativo do TCU a previsão de dosimetria objetiva das sanções, com um rol de agravantes e atenuantes, como ocorre na aplicação de normas do Direito Penal**. Assim, coube à jurisprudência da Corte consolidar que a dosimetria, em tese, pode ter como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados e a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas.

Nesse sentido, alguns julgados importantes do TCU serão analisados. No sítio eletrônico da Corte, há o campo pesquisa integrada do TCU. Ao pesquisar por “**dosimetria**”, 87 resultados são selecionados como “jurisprudência”. Deve-se ter atenção aos julgados em que a dosimetria do Tribunal é exercida, em maior ou menor grau, à luz do nível de gravidade dos ilícitos apurados e com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas.

De acordo com o **Acórdão nº 3573/2008-TCU-Segunda Câmara**, sob relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, “o TCU possui competência constitucional e legal para aplicar multa após sopesar a gravidade das irregularidades e do dano causado ao erário, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de evitar a reincidência de despesas irregulares”. Assim, a Corte deve sopesar a gravidade das irregularidades na dosimetria das sanções.

No seio do **Acórdão nº 6585/2009-TCU/Segunda Câmara**, sob relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, considerou-se que “há certa discricionariedade na aplicação de multas por parte do TCU, como é fato comum às sanções administrativas”. Então, “o TCU deve buscar, valorando as circunstâncias fáticas e jurídicas em questão, **a exata dosimetria da sanção**”. Por sua vez, o **Acórdão nº 3846/2009-TCU/Primeira Câmara**, sob relatoria do Ministro Walton Alencar Rodrigues, reconheceu que, em relação à dosimetria da pena, “o depoimento de responsável que, de forma espontânea, confessou ter se utilizado dos recursos em benefício próprio e demonstrou arrependimento”, pode ser uma espécie de atenuante.

Contudo, para o Tribunal, a hipossuficiência econômica não deve ser tida como critério na dosimetria. Consoante o **Acórdão nº 6045/2012-TCU/Primeira Câmara**, sob relatoria do Ministro supracitado, “a hipossuficiência econômica do responsável não é apta, por si só, a reduzir

o valor da multa”. No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Relator Bruno Dantas no bojo do **Acórdão nº 7487/2015-TCU/Primeira Câmara**. Na referida decisão da Corte, estabeleceu-se que “a capacidade econômica do responsável não constitui critério para a gradação da multa aplicada, mas sim o grau de culpabilidade e as circunstâncias fáticas do caso concreto”. Ademais, “não cabe remissão ou diminuição proporcional do valor da pena em razão de suposta condição de pobreza do responsável”.

Portanto, as condições financeiras do apenado não são sopesadas quando da aplicação das sanções, em especial, das multas. Para a Corte de Contas, a hipossuficiência econômica não é causa bastante para justificar a redução da multa. Na verdade, os critérios para a dosimetria devem recair no grau de culpabilidade e nas circunstâncias fáticas do caso concreto.

Aliás, no tocante às multas, há julgado lapidar da Corte. Conforme o **Acórdão nº 944/2016-TCU/Plenário**, sob relatoria do Ministro Augusto Nardes, “a dosimetria da pena tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento com casos análogos”. Dessa forma, o **“Tribunal não realiza dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal, e não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido”**.

Como julgado lapidar, o entendimento esposado pelo supracitado Acórdão deve ser repisado. O TCU não realiza dosimetria objetiva da multa e não há, no âmbito da Corte, um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido.

Segundo o **Acórdão nº 2677/2018-TCU-Plenário**, o Ministro Relator Benjamin Zymler decidiu que, “na dosimetria da sanção pelo TCU, é possível considerar o comportamento da parte no curso do processo, ou seja, sua boa-fé processual, com fundamento no princípio da equidade e nas disposições do Código Penal pertinentes à aplicação da pena”. Por sua vez, o Ministro Relator Bruno Dantas, no seio do **Acórdão nº 976/2018-TCU-Plenário**, admitiu que “a dosimetria do valor da multa deve guardar proporção com a quantidade e a gravidade das irregularidades atribuídas ao agente sancionado”.

Adicionalmente, no âmbito do **Acórdão nº 483/2017-TCU/Plenário**, o Ministro Relator Bruno Dantas ponderou que, “além do nível de gravidade dos ilícitos, da materialidade envolvida, do grau de culpabilidade do agente e das circunstâncias do caso concreto, o TCU pode considerar na dosimetria da pena, como fatores atenuantes, o fornecimento de informações que venham a contribuir com as apurações e o reconhecimento da participação nos ilícitos”.

No mesmo diapasão, o referido Ministro considerou, nos marcos do **Acórdão nº 939/2017-TCU/Plenário**, que “a dosimetria do valor da multa é pautada pelo nível de gravidade dos ilícitos, pela materialidade destes e pelo grau de culpabilidade do agente, não guardando relação com a capacidade financeira do agente”.

Ademais, o princípio da proporcionalidade tem sido aceito como balizador na dosimetria do sancionamento da Corte. Nesse sentido, o Ministro Bruno Dantas, no bojo do **Acórdão nº 3340/2015-TCU/Plenário**, admitiu que a Corte “pode reduzir o valor da multa cominada em razão do acolhimento de argumentos recursais apresentados em sede de embargos de declaração, com **fundamento no princípio da proporcionalidade**”. De igual modo, o **Acórdão nº 1624/2015-Plenário-TCU**, sob relatoria do Ministro Augusto Sherman, indicou que “na hipótese de cominação ao responsável de única sanção pecuniária em razão da prática de vários atos irregulares, não é necessária a atribuição de valor específico de multa para cada ato irregular praticado”. Todavia, “elidida parte das irregularidades perante a instância recursal, o Tribunal poderá, **observado o princípio da proporcionalidade**, reduzir o valor da multa inicialmente cominada”.

Em apertada síntese, tal princípio diz respeito à conduta equilibrada, sem excessos, proporcional ao fim a que se destina. Para que uma conduta seja considerada proporcional num caso concreto, devem estar presentes três elementos: a) **adequação**, isto é, a compatibilidade entre o meio empregado e o fim almejado; b) **exigibilidade**, a saber, a conduta praticada deve ser necessária, não havendo meios menos gravosos para alcançar o fim público e c) **proporcionalidade em sentido estrito**, a qual pressupõe que as vantagens obtidas com a conduta devem superar as eventuais desvantagens. Nesse sentido, a proporcionalidade entre meios e fins é uma das facetas do princípio da razoabilidade, porquanto é inconcebível que uma providência desproporcional possa ser considerada como razoável.

No ano de 2019, a tese de que não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido foi, novamente, reiterada pela Corte. No âmbito do **Acórdão nº 1308/2019-TCU/Segunda Câmara**, foi exarado o entendimento de que “a dosimetria da pena tem como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados, com a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, e a isonomia de tratamento em casos análogos”. Assim, “o Tribunal não realiza dosimetria objetiva da multa, comum à aplicação de normas do Direito Penal, **e não há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido**”.

Nesse teor, deve-se também citar o **Acórdão nº 1370/2019-TCU/Plenário**, em que o Ministro Relator Benjamin Zymler reconheceu que “o comportamento dos responsáveis após a ocorrência do fato irregular pode ser considerado na dosimetria da sanção a ser aplicada pelo TCU”. Isso foi reconhecido em decorrência da “**inexistência de norma que estabeleça, de modo objetivo, quais aspectos devem ser sopesados e quais circunstâncias e atenuantes e agravantes devem ser consideradas para fixação da pena**”. Dessa forma, no tocante à fixação de pena, há “ampla discricionariedade na apreciação dos fatos pelo julgador, inclusive daqueles ocorridos após a consumação da irregularidade”.

Contudo, embora não haja um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido pelo TCU, não raro, a Corte, no momento do juízo da dosimetria da pena a ser aplicada, leva em consideração algum atenuante, a exemplo do que ocorreu no **Acórdão nº 2459/2019-TCU/Plenário**. O Ministro Relator Weder de Oliveira registrou que “a mera participação de licitante como microempresa ou empresa de pequeno porte, amparada por declaração com conteúdo falso, configura fraude à licitação”. No entanto, “a ausência de obtenção de vantagem pela empresa **pode ser considerada como atenuante** no juízo da dosimetria da pena a ser aplicada, em função das circunstâncias do caso concreto”. Portanto, na ausência de um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido, a jurisprudência da Corte, a depender do Ministro Relator do Acórdão, **considera a possibilidade – e, portanto, mera faculdade – de calibrar a sanção à luz de algum atenuante**.

Por outro lado, destaca-se que a Corte amiúde tem levado em consideração as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas na decisão dos gestores públicos, a exemplo do que foi defendido pelo **Acórdão nº 1308/2019-TCU/Segunda Câmara**. Ante o exposto, a dosimetria deve valorar as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, além da isonomia de tratamento em casos análogos.

Como sobredito, não há norma que preveja, de modo objetivo, quais aspectos devem ser sopesados na dosimetria das sanções aplicadas pelo TCU. Tampouco há um rol de agravantes e atenuantes legalmente reconhecido, dando azo à assunção da hipótese de que a dosimetria da Corte nem sempre é objetiva. Aliás, em 2020, a Corte pronunciou-se, nos marcos do **Acórdão nº 865/2020-TCU/Plenário**, que a “dosimetria da sanção é orientada por juízo discricionário de valor acerca da gravidade das irregularidades verificadas no caso concreto, tendo como limites apenas aqueles fixados legal e regimentalmente no Regimento Interno do TCU”.

E de que forma as novas disposições da LINDB se relacionam com a dosimetria nem sempre objetiva do TCU?

Nesse contexto, são pertinentes os parâmetros de dosimetria fixados nos §§ 2º e 3º do art. 22 da LINDB. Segundo o aludido artigo, “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”. Em face disso, os seguintes parâmetros devem ser ponderados: i) serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente; ii) serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as **circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente**; e iii) por fim, as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta **na dosimetria** das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Assim, em conformidade com Neto:

Em que pese a jurisprudência do TCU, como apontado, já considerasse a gravidade e natureza da irregularidade para efeito da aplicação da sanção, bem assim as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas, o que, de certo modo, acaba por englobar de modo geral os parâmetros fixados no §2º do artigo 22, o novel dispositivo tem o mérito de positivar e, portanto, tornar obrigatória a observância de tais critérios, o que vai ao encontro do aprimoramento do devido processo legal no âmbito do órgão. De novo em relação à jurisprudência consolidada do TCU – ainda falando do §2º do artigo 22 -, tem-se o dever de consideração dos danos que provierem para a administração pública, bem como dos antecedentes do agente. Em ambos os casos, tais fatores podem funcionar tanto como atenuante como agravante do sancionamento. Vale destacar que tais parâmetros nem sempre eram considerados pelo Tribunal de Contas e, com o advento da norma, passam a servir como importante escudo ao gestor público honesto. (NETO, 2019, p. 219).

Por conseguinte, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os **antecedentes** do agente devem ser ponderados na dosimetria das sanções pela Corte de Contas. **No caso dos antecedentes, a jurisprudência da Corte não está pacificada.** Por exemplo, o **Acórdão nº 1077/2012-TCU/Plenário**, sob relatoria do Ministro Walter Alencar Rodrigues, admitiu que “a dosimetria da multa deve levar em consideração o grau de culpabilidade, **os antecedentes do servidor** e as circunstâncias envolvidas no caso examinado”. Por outro lado, dois anos depois, no bojo do Acórdão nº 123/2014-TCU/Plenário, o Ministro Relator Raimundo Carreiro considerou que “**o histórico de bons antecedentes funcionais não tem relevância para a apuração do valor da multa**”.

No mesmo ano, no âmbito do **Acórdão nº 795/2014-TCU/Plenário**, a Ministra Relatora Ana Arraes reconheceu que “**um histórico de bons antecedentes funcionais não tem relevância**

para a apuração do valor da multa, pois a incidência desta sanção tem por fim repreender uma conduta específica do gestor”. **Todavia, os Acórdãos supracitados foram exarados em anos anteriores à recente alteração da LINDB promovida pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Trata-se de detalhe importante.

Em 2019, o TCU resgatou o entendimento previsto no Acórdão nº 1077/2012-TCU/Plenário. No seio do **Acórdão nº 2463/2019-TCU/Primeira Câmara**, sob relatoria do Ministro Bruno Dantas, considerou-se que, na aplicação de sanções, “o TCU deve considerar a natureza e a gravidade da infração, os danos que dela provieram para a Administração Pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os **antecedentes do agente**”. Adicionalmente, a Corte previu que a referida dosimetria deveria ocorrer “nos termos do art. 22, § 2º, do Decreto-Lei 4.657/1942 (LINDB)”. Ou seja, a Corte admitiu, ao menos nos marcos do referido Acórdão, a dosimetria abalizada pelos parâmetros previstos na LINDB.

Nos termos do art. 22, § 2º, da LINDB, em relação à aplicação de sanções, “serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os **antecedentes do agente**”.

Consoante o art. 23, a decisão administrativa, **controladora** ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever **regime de transição** quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.

Assim, de acordo com Neto (2019), sempre que a Corte de Contas conferir nova interpretação ou orientação sobre norma de conteúdo indeterminado – impondo, por consequência, novo dever ou condicionamento de direito a quem cabe observar a referida norma -, deverá prever regime de transição quando necessário para a garantia da segurança jurídica.

Portanto, conforme Neto (2019), caso a nova interpretação da norma produza a imposição de novo dever ou condicione direito, **ela deverá ser acompanhada de regime de transição**, que consiste na previsão de regras conferindo prazo e condições para que as partes se adaptem ao novo entendimento ou dispondo sobre os efeitos e o alcance do novo entendimento sobre o caso concreto afetado.

Nessa perspectiva, o regime de transição alinha-se com o disposto no art. 20 da LINDB segundo o qual não se decidirá, no âmbito da esfera controladora, com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas **as consequências práticas da decisão**.

Mediante a seção “pesquisa integrada do TCU”, selecionemos os julgados em que o “filtro” LINDB relacionou-se com a dosimetria, a definição de erro e os obstáculos e as dificuldades reais do gestor.

Segundo o **Acórdão nº 2973/2019-TCU/Segunda Câmara**, sob relatoria da Ministra Ana Arraes, “o fiscal do contrato não pode ser responsabilizado caso não lhe sejam oferecidas condições apropriadas para o desempenho de suas atribuições”. Nesse contexto, na interpretação das normas de gestão pública, “**deverão ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor** e as exigências das políticas públicas a seu cargo (art. 22, caput, do Decreto-lei 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”. Portanto, se não há condições apropriadas para o desempenho das atribuições do fiscal do contrato, não é crível a responsabilização do agente público, visto que os obstáculos e as dificuldades reais do gestor precisam ser sopesados pela esfera controladora.

No mesmo ano, sob idêntica relatoria, foi exarado o **Acórdão nº 6196/2019-TCU/Segunda Câmara**. De acordo com a citada decisão da Corte, “a sucessiva alternância na chefia do Poder Executivo municipal durante o mandato eletivo constitui obstáculo real à gestão pública, devendo ser considerada na avaliação da culpabilidade do responsável (art. 22, *caput*, LINDB)”. Dessa forma, a descontinuidade político-administrativa provocada pela constante alternância do mandatário da gestão pública municipal pode ser levada em conta na dosimetria. Afinal, em consonância com o art. 22, *caput*, da LINDB, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor precisam ser considerados.

Em 2020, sob relatoria da Ministra Ana Arraes, exarou-se o **Acórdão nº 60/2020-TCU/Plenário**. Segundo tal Acórdão, na aplicação de sanções, a Corte “deve considerar os obstáculos e as dificuldades reais enfrentadas pelo gestor, bem como ponderar se as circunstâncias do caso concreto limitaram ou condicionaram a ação do agente (art. 22 da LINDB)”.

Contudo, não só o art. 22 do referido diploma mereceu atenção do TCU. O art. 24 foi objeto do **Acórdão nº 4710/2020-TCU/Primeira Câmara**. À luz de tal decisão, “não pode o TCU aplicar nova interpretação da legislação se for mais gravosa ao responsável do que a jurisprudência do Tribunal vigente à época dos fatos em análise, em razão do disposto no art. 24 da LINDB”.

De acordo com o art. 24, a revisão da validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, **sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas**. Ademais, consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público. Então, o art. 24 preza pela segurança jurídica.

As outras decisões da Corte atinentes à LINDB relacionam-se à caracterização – nem sempre exata – **do erro grosseiro**. Segundo o art. 28 do aludido normativo, “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas **em caso de dolo ou erro grosseiro**”. Vejamos os julgados da Corte que se debruçaram sobre o erro grosseiro.

Para o **Acórdão nº 1264/2019-TCU/Plenário**, sob relatoria do Ministro Augusto Nardes, “pode ser tipificada como **erro grosseiro** a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige”. Nesse sentido, “tal conduta revela desempenho aquém do esperado do administrador médio, o que configura culpa grave, passível de multa”. Portanto, caso desconsidere parecer da consultoria jurídica do órgão, o gestor precisa motivar a sua decisão.

Ademais, segundo o **Acórdão nº 2699/2019-TCU/Primeira Câmara**, “pode ser tipificada como erro grosseiro (art. 28 da LINDB) a autorização de pagamento sem a devida liquidação da despesa”. Na seara do direito financeiro e do direito administrativo, há o julgado presente no **Acórdão nº 13053/2019-TCU/Segunda Câmara** segundo o qual “pode ser tipificado como erro grosseiro (art. 28 da LINDB) o pagamento de serviços de natureza continuada prestados sem respaldo contratual, em afronta ao art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/1993”.

Por seu turno, o **Acórdão nº 4447/2020-TCU/Plenário**, sob relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, considerou erro grosseiro como “aquele que pode ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que pode ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância de dever de cuidado”. Tal entendimento, inclusive, foi ratificado pelo Boletim de Jurisprudência do TCU nº 308/2020.

Antes desse Acórdão, dois julgados de 2018 abordaram o conceito amorfo de “homem médio”. Para o **Acórdão nº 1628/2018-TCU/Plenário**, sob relatoria do Ministro Benjamin Zymler, “a conduta culposa do responsável que foge ao referencial do **administrador médio**

utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação caracteriza o erro grosseiro da LINDB”. Já o **Acórdão nº 2860/2018-TCU/Plenário** indicou que o erro grosseiro “fica configurado quando a conduta do agente público se distancia daquela que seria esperada do **administrador médio**, avaliada no caso concreto”.

O **Acórdão nº 2391/2018-TCU/Plenário**, cujo Relator foi o Ministro Benjamin Zymler, é paradigmático em relação ao conceito de erro grosseiro. Segundo excerto do voto, “para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, **erro grosseiro é o que decorreu de grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave**”. Portanto, sob o prisma da Corte, o erro grosseiro é o erro sob influência da culpa grave.

Nesse contexto, o TCU desenvolveu, no âmbito do Acórdão em apreço, uma espécie de gradação qualificada do erro. O **erro leve** é aquele que só é percebido por pessoa de diligência extraordinária, isto é, com grau de atenção acima do normal. 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.

Segundo Farias e Rosenvald (2019), a culpa grave é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam. Ante o exposto, segundo o TCU, **o erro grosseiro é aquele que é praticado com culpa grave.**

Em suma, **o erro grosseiro** pode ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal, ao passo que o **erro leve** só é percebido por pessoa com diligência extraordinária, isto é, acima do normal. Dessa forma, a culpa grave presente no erro grosseiro implica culpa imbuída de descaso. Portanto, cabe ao “gestor médio” – em alusão à categoria do homem médio da jurisprudência da Corte – atentar-se à razoabilidade de seus atos e decisões com vistas a se afastar do erro grosseiro. No entanto, semelhantemente à dosimetria da Corte, a gradação do erro foi evidenciada num julgado específico e, portanto, não se trata de jurisprudência consolidada.

Então, mesmo que contrariamente ao afã voluntarista da Corte, em tese, os gestores não deveriam ser responsabilizados por qualquer erro. Deve-se recordar que, nos termos do art. 28 da LINDB, o “agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Nesse sentido, é relevante o **Decreto nº 9.830**, de 10 de junho de 2019, que regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 da LINDB. Para o art.12, § 2º, do referido Decreto, “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”.

Consoante o art. 12 do Decreto em apreço, “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”. Ademais, há ressalvas dignas de nota:

§ 2º Não será configurado dolo ou erro grosseiro do agente público se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro.

§ 3º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público.

§ 4º A complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público.

§ 5º O montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo.

§ 6º A responsabilização pela opinião técnica não se estende de forma automática ao decisor que a adotou como fundamento de decidir e somente se configurará se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes.

§ 7º No exercício do poder hierárquico, só responderá por culpa in vigilando aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo.

§ 8º O disposto neste artigo não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais. (BRASIL, 2019) .

A regulamentação da LINDB pelo **Decreto nº 9.830**, de 10 de junho de 2019, intencionou reforçar a segurança jurídica dos gestores diante da “hipertrofia” da esfera controladora. Acerca da proeminência de tal esfera, digna de transcrição é a entrevista do Ministro Bruno Dantas:

[...] A hipertrofia do controle gera a infantilização da gestão pública. Agências reguladoras e gestores públicos em geral têm evitado tomar decisões inovadoras por receio de terem atos questionados. Ou pior: deixam de decidir questões simples à espera de aval prévio do TCU. Para remediar isso, é preciso introduzir uma dose de consequencialismo. Em correspondência recente, fui lembrado pelo Prof. Adilson Dallari (PUC-SP) daquilo que o jurista argentino Roberto Dromi apelidou de código do fracasso na administração pública: “Art.1: não pode; Art.2: em caso de dúvida, abstenha-se; Art.3: se é urgente, espere; Art. 4: sempre é mais prudente não fazer nada”. O Brasil precisa revogar esse código urgentemente. (DANTAS, 2019, Entrevista).

Adicionalmente, desperta atenção a **Medida Provisória nº 966**, de 13 de maio de 2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da COVID-19. De acordo com o art. 2º da aludida norma, “considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. O aludido artigo simplesmente reproduziu a conceituação dada pelo Decreto nº 9.830 àquele erro.

A MP em comento foi largamente criticada pela opinião pública e, em especial, pelos órgãos de controle. Nesse contexto, Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) questionaram a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de “erro grosseiro” e de “dolo”, com base no art. 28 da LINDB e na referida MP. Tais ADIs alegaram violação aos arts. 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição, ao princípio republicano e ao princípio da probidade e da eficiência administrativa.

Em resposta às ADIS **6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 E 6431**, o Ministro Luís Roberto Barroso (2020) deferiu parcialmente a cautelar para conferir **interpretação conforme à Constituição** ao art. 2º da MP 966/2020. De acordo com art. 2º, “considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”. A título de esclarecimento, destaque-se que a interpretação conforme à Constituição ocorre quando se está diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas. Só se admite a interpretação conforme quando há um espaço de decisão e, dentre as várias opções disponíveis, deverá ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição. Merece transcrição a seguinte passagem do Relatório do Ministro do STF:

[...] na caracterização de erro grosseiro, deve-se levar em consideração a observância pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. Confiro, ainda, interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade à qual compete a decisão deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades reconhecidas nacional e internacionalmente; (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. (BARROSO, 2020, Processo ADI/6421).

Ante o exposto, Barroso firmou a seguinte tese: o erro grosseiro é configurado quando o ato administrativo ensejar “violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção”. Portanto, a cautelar do Ministro não derrubou a MP, mas, excluiu, de sua interpretação, “sentidos que poderiam ser violadores dos deveres de proteção à vida e à saúde das pessoas”.

Todavia, deve-se realçar que Barroso restringiu o exame de constitucionalidade apenas à MP, visto que a LINDB e o respectivo Decreto regulamentador nº 9.830, de 10 de junho de 2019, **foram tidos como devidamente constitucionais e legítimos**. Portanto, não vamos analisar os imbróglios jurídicos em torno da polêmica MP. Por outro ângulo, interessam-nos os reflexos da

cautelar do Barroso na aplicação efetiva da LINDB, contrariamente aos interesses de alguns controladores. Nesse teor, cita-se trecho do Relatório do Ministro:

As recentes alterações na LINDB foram saudadas por muitos como sendo um importante avanço institucional. Elas resultaram de um projeto do Senador Antônio Anastasia, no qual trabalharam os Professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques, que, depois, curiosamente, foi chancelado, num parecer, pela maior parte dos administrativistas brasileiros, aí incluídos a Professora Odete Medauar, a Professora Maria Sylvia di Pietro, o Professor Marçal Justen Filho, o Professor Gustavo Binbenbajm. É uma lei que já vem, de algum tempo, sendo aplicada sem que se tenha detectado qualquer tipo de malefício ou de transtorno. Além disso, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro contém, como próprio das leis de introdução, normas gerais, normas de Direito Intertemporal, normas de Direito Internacional Privado, normas de hermenêutica, normas de cooperação jurídica internacional. E, portanto, o fato de ela vigor há mais de dois anos, e esse caráter mais abstrato de que ela se reveste, **torna totalmente inoportuno, pelos parâmetros do Supremo Tribunal Federal, apreciar, em medida cautelar, a validade ou não do seu art. 28.** (grifo do autor) ((BARROSO, 2020, Processo ADI/6421).

Conforme Barroso (2020), há dois males que assolam a administração pública e o bem comum: “de um lado, administradores incorretos e, de outro, administradores corretos que têm medo de decidir o que precisa ser decidido, por temor de retaliações futuras”. Para o Ministro, há circunstâncias e particularidades do processo decisório dos agentes públicos que não são levadas em consideração pelos órgãos de controle em contextos de incerteza, urgência e assimetria de informações. De qualquer forma, ressalte-se que a decisão de Barroso reitera a segurança jurídica prevista pela LINDB em torno da esfera controladora.

Assim, **devolve-se ao administrador público o direito ao erro**¹, não ao erro grosseiro, imbuído de culpa grave e, portanto, inescusável, mas sim ao erro ordinário e sintomático das vicissitudes da gestão pública. Diariamente, as decisões de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público da União (MPU) são revistas ante a falibilidade dos agentes públicos. Portanto, não se deve crer que o gestor público, aquele que executa, é infalível, uma espécie de demiurgo da “perfeição” apregoada pelo voluntarismo da esfera controladora.

¹ Há excelente publicação a respeito do direito ao erro do administrador público no Brasil. Para consulta: DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros.** Rio de Janeiro: GZ, 2019.

CONCLUSÃO

A **Lei nº 13.655**, de 25 de abril de 2018, que dispõe sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público, adicionou dez novos dispositivos ao Decreto-Lei nº 4.465, de 04 de setembro de 1942, **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)**. A recente lei foi concebida com vistas a garantir maior segurança jurídica às decisões dos gestores públicos em face dos órgãos autônomos de controle, a exemplo do TCU.

Nesse contexto, a LINDB passou a ser aplicada expressamente à **esfera controladora**. No tocante às sanções dos órgãos de controle, a aludida lei fixou parâmetros de dosimetria nos §§ 2º e 3º do art. 22. Assim, “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”. Os seguintes parâmetros devem ser ponderados: i) serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente; ii) serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as **circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente**; e iii) por fim, as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta **na dosimetria** das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Ademais, na aplicação de sanções, “serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente”. Conforme Neto (2019), extrai-se que o dispositivo se volta a situações potenciais em que, na interpretação de normas e prolação de decisões, especialmente da esfera controladora, desconsidera-se a realidade fática disposta ao gestor público e ao administrado.

Portanto, o controlador não pode mais aplicar, de forma indistinta e abstrata, normas de direito público sem a devida conexão com a realidade fática dos gestores. As dificuldades e os obstáculos reais da gestão pública precisam ser sopesados pela esfera controladora.

Em relação à dosimetria do sancionamento, rememora-se o art. 71, inciso VII, da atual Carta Magna, segundo o qual compete ao TCU a aplicação aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, das sanções previstas em lei. Por conseguinte, a definição das sanções foi relegada ao plano infraconstitucional, no caso, à LOTCU. A Lei Orgânica da Corte previu a cominação aos gestores públicos ou responsáveis das seguintes

sanções: a) multa (art. 57 e 58; b) inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública por período variável de cinco a oito anos (art. 60); e c) declaração de inidoneidade a licitante, por até cinco anos, em caso de fraude à licitação (art. 46).

Entretanto, como bem salientou Neto (2019), **não há na legislação que regula o processo administrativo do TCU a previsão de dosimetria objetiva das sanções, com um rol de agravantes e atenuantes, como ocorre na aplicação de normas do Direito Penal**. Assim, coube à jurisprudência da Corte consolidar que a dosimetria, em tese, pode ter como balizadores o nível de gravidade dos ilícitos apurados e a valoração das circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas.

A partir da seleção de julgados recentes do TCU em torno da dosimetria das sanções e da aplicação da LINDB, o presente artigo demonstrou que nem sempre a dosimetria da Corte ponderou as consequências práticas de suas decisões.

Ante o exposto, consagrou-se o “código do fracasso” na administração pública, que, segundo Dromi (1995), é regido pelos seguintes dispositivos: “Art. 1: não pode; Art. 2: em caso de dúvida, abstenha-se; Art. 3: se é urgente, espere; Art. 4: sempre é mais prudente não fazer nada”.

Portanto, num ambiente de insegurança jurídica, bons gestores adotaram a paralisia decisória característica da metáfora do “apagão das canetas”. Temerosos de retaliações futuras, preferiram a inação, entronizando o “código do fracasso”.

Todavia, em oposição ao afã voluntarista da Corte, os gestores não deveriam ser responsabilizados por qualquer erro. Deve-se recordar que, nos termos do art. 28 da LINDB, o “agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Nesse sentido, é relevante o **Decreto nº 9.830**, de 10 de junho de 2019, que regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 da LINDB. Para o art.12, § 2º, do referido Decreto, “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”.

Por sua vez, a **Medida Provisória nº 966**, de 13 de maio de 2020, que dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da COVID-19, reproduziu a conceituação dada pelo Decreto nº 9.830/2019 ao erro grosseiro.

A MP em apreço foi largamente criticada pela opinião pública e, em especial, pelos órgãos de controle. Nesse contexto, Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) questionaram a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de “erro

grosseiro” e de “dolo”, com base no art. 28 da LINDB e na referida MP. Tais ADIs alegaram violação aos arts. 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição, ao princípio republicano e ao princípio da probidade e da eficiência administrativa.

Em resposta às ADIS **6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 E 6431**, o Ministro Luís Roberto Barroso (2020) deferiu parcialmente a cautelar para conferir **interpretação conforme à Constituição** ao art. 2º da MP 966/2020. Conforme o art. 2º, “considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.

Entretanto, deve-se realçar que Barroso restringiu o exame de constitucionalidade apenas à MP, visto que a LINDB e o respectivo Decreto regulamentador nº 9.830, de 10 de junho de 2019, **foram tidos como devidamente constitucionais e legítimos.**

Conforme Barroso (2020), há dois males que assolam a administração pública e o bem comum: “**de um lado, administradores incorretos e, de outro, administradores corretos que têm medo de decidir o que precisa ser decidido, por temor de retaliações futuras**”. Para o Ministro, há circunstâncias e particularidades do processo decisório dos agentes públicos que não são levadas em consideração pelos órgãos de controle em contextos de incerteza, urgência e assimetria de informações. De qualquer forma, **ressalte-se que a decisão de Barroso reitera a importância da segurança jurídica prevista pela LINDB e aplicável à esfera controladora.**

Por todo o exposto, as considerações da LINDB em torno da esfera controladora podem ser um alento para os gestores públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Marcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União anotada**. Belo Horizonte, Fórum, 2006.

BARROSO, Roberto. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>. Acesso 15/06/2020 às 16:50.

BRITTO, Carlos Ayres. **O regime constitucional dos Tribunais de Contas**. Revista Diálogo Jurídico, v.1, nº 9, dez. Salvador, 2001.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura. **Os Tribunais de Contas e sua jurisdição**. Revista do TCE-MG, nº 1, 2005.

DANTAS, Bruno. <https://jornalggn.com.br/gestao-publica/o-risco-de-infantilizar-a-gestao-publica-por-bruno-dantas/>. Acesso 06.06.2020 às 19:16.

DIONÍSIO, Pedro de Hollanda. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. Rio de Janeiro, GZ, 2019.

DROMI, Roberto. **Derecho Administrativo**. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. NETTO, Felipe Braga. **Manual de Direito Civil**. Salvador, Juspodivm, 2019.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org). **Dicionário Técnico Jurídico**. São Paulo, Rideel, 2020.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB: acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. Em Revista de Direito Administrativo, **Edição Especial: Direito Público na LINDB**. Rio de Janeiro, 2018.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas**. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo Contemporâneo: reflexões, debates e polêmicas sobre o futuro do Tribunal de Contas no Estado Democrático**. Ebook, Cuiabá, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, Malheiros, 2007.

MELLO, Celso de. **STF – ADI 4.190 REF-MC/RJ Rel. Min. Celso de Mello, 10.03.2010**. Acesso em 25.03.2020 às 16:00: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2662073>.

- MILESKI, Hélio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.
- NETO, Giuseppe Giamundo. **As garantias do processo no Tribunal de Contas da União**. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019.
- NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador, Juspodivm, 2018.
- PARDINI, Frederico. **Tribunal de Contas da União: órgão de destaque constitucional**. Tese apresentada no Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, Faculdade de Direito da UFMG, 1997.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Coisa julgada – aplicabilidade a decisões do Tribunal de Contas da União**. Revista do TCU, nº 70, 1996.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Forense, 2015.
- SILVA, Artur Adolfo Cotias. Rui Barbosa e as finanças públicas brasileiras. **TCU, Rui Barbosa, uma visão do controle do dinheiro público**. Brasília, Tribunal de Contas da União, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros, 2016.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Em CUNHA FILHO, Jorge Carneiro da; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Anotada: LINDB**. São Paulo, Quartier Latin, 2019, v.1.
- Tribunal de Contas da União (TCU)**. <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/todas-bases/%2522dosimetria%2522?ts=1591284400707>. Acesso 04.06.2020, às 13:21.
- Tribunal de Contas da União (TCU)** <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/todas-bases/%2522LINDB%2522?ts=1591370709154>. Acesso 05.06.2020 às 12:26.



Graduado e Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). De 2012 a 2014, foi Professor Substituto naquela instituição, lecionando as disciplinas de Ciência Política e Políticas Públicas nas Graduações de Direito, Economia e Relações Internacionais. De 2014 a 2017, exerceu o cargo de Analista Administrativo na Advocacia-Geral da União (AGU). Atualmente, exerce o cargo de Analista de Planejamento e Orçamento (APO) na Secretaria de Orçamento Federal (SOF), unidade vinculada ao Ministério da Economia. Na SOF, é Coordenador de Assuntos de Fiscalização e Controle (SOF-COFIC).

Thiago Tavares Reis

(61) 98242-3229

thiago.reis@planejamento.gov.br