



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Tiago Rafael Ittner

A expressão “erro grosseiro” (art. 28, LINDB) na jurisprudência do TCU:
controvérsias e indefinições que fomentam a insegurança jurídica e a “Administração
Pública do medo”

Florianópolis
2024

Tiago Rafael Ittner

A expressão “erro grosseiro” (art. 28, LINDB) na jurisprudência do TCU:
controvérsias e indefinições que fomentam a insegurança jurídica e a “Administração
Pública do medo”

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. José Sérgio da Silva Cristóvam,
Dr.

Coorientador: Leonardo Cristovam de Jesus

Florianópolis

2024

Ittner, Tiago Rafael

A expressão "erro grosseiro" (art. 28, LINDB) na jurisprudência do TCU : controvérsias e indefinições que fomentam a insegurança jurídica e a "Administração Pública do medo" / Tiago Rafael Ittner ; orientador, José Sérgio da Silva Cristóvam, coorientador, Leonardo Cristóvam de Jesus, 2024.

96 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2024.

Inclui referências.

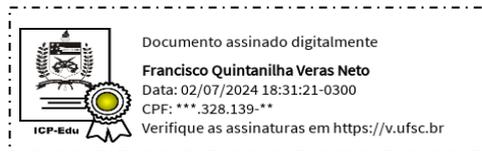
1. Direito. 2. Direito Administrativo. 3. Administração Pública do Medo. 4. Conceitos jurídicos indeterminados. 5. Inteligência Artificial. I. Cristóvam, José Sérgio da Silva. II. Jesus, Leonardo Cristóvam de. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

Tiago Rafael Ittner

A expressão “erro grosseiro” (art. 28, LINDB) na jurisprudência do TCU: controvérsias e indefinições que fomentam a insegurança jurídica e a “Administração Pública do medo”

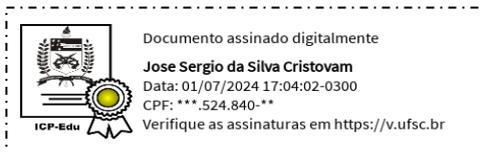
Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis, 27 de junho de 2024.



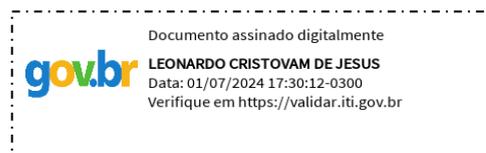
Coordenação do Curso

Banca examinadora



Prof. José Sérgio da Silva Cristóvam, Dr.

Orientador



Leonardo Cristovam de Jesus,

Coorientador



Luisa Tramarin Hoffmann,

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)



Hélio Augusto Gomes dos Santos Junior,

Advogado

Florianópolis, 2024

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A expressão “erro grosseiro” (art. 28, LINDB) na jurisprudência do TCU: controvérsias e indefinições que fomentam a insegurança jurídica e a “Administração Pública do medo””, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Tiago Rafael Ittner**”, defendido em **27/06/2024** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **10 (dez)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 29 de junho de 2024



Documento assinado digitalmente

Jose Sergio da Silva Cristovam

Data: 01/07/2024 17:03:36-0300

CPF: ***.524.840-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

José Sérgio da Silva Cristóvam

Professor Orientador

Documento assinado digitalmente



LEONARDO CRISTOVAM DE JESUS

Data: 01/07/2024 17:27:34-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Leonardo Cristovam de Jesus

Professor Coorientador

Documento assinado digitalmente



HELIO AUGUSTO GOMES DOS SANTOS JUNIOR

Data: 01/07/2024 17:36:46-0300

Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Hélio Augusto Gomes dos Santos Junior

Membro de Banca



Documento assinado digitalmente

LUIZA TRAMARIN HOFFMANN

Data: 01/07/2024 15:42:33-0300

CPF: ***.295.379-**

Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Luisa Tramarin Hoffmann

Membro de Banca

Aos meus pais que, sob muito sol, permitiram
que eu chegasse até aqui, na sombra.

AGRADECIMENTOS

Inúmeras pessoas participaram dessa jornada de cinco anos até a conclusão do curso de graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Certamente, em razão dos limites deste trabalho (e também de minha memória), não farei menção a todas. Mas a quem estiver lendo, se de alguma forma se fez presente em minha trajetória, saiba que estes agradecimentos se estendem igualmente a você.

Agradeço aos meus pais – Sérgio Romeo Ittner e Ivanir Ewald Ittner –, que me ensinaram sobre a vida e as coisas que não se aprende na universidade. Ao meu irmão, que sempre foi fonte de afeto e tornou mais leves, na convivência diária, os anos difíceis da pandemia.

Ao meu companheiro da vida, Paulo Henrique Fernandes, pelo carinho e apoio incondicional que tem me dado desde o feliz dia em que nos conhecemos.

À minha família como um todo, que confia em mim desde o início e é fonte inestimável de apoio e consideração.

Aos amigos da graduação, em especial Beatriz Nunes, Franciele Rupolo Gomes, Karini Nascimento, Ketelin Nauani Dias, Leonardo Cristovam de Jesus, Rebecca Couto Gripp de Melo, Stefhany Sinfrônio Brito e Vitória dos Santos Rosa, por terem tornado esses cinco anos de faculdade mais divertidos.

Ao meu coorientador, Leonardo Cristovam de Jesus (que também é meu amigo), por ter iluminado caminhos que sozinho eu não teria enxergado.

Por fim, ao Professor José Sérgio da Silva Cristóvam, que não hesitou em aceitar a orientação, e por quem nutro profunda admiração e respeito.

[...] trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. [...] Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. (MONTESQUIEU, 2001).

RESUMO

A Lei n. 13.655/2018 acrescentou novos dispositivos à LINDB, com o propósito declarado de conferir maior segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Nessa toada, seu art. 28 reduziu as hipóteses de responsabilização do agente público a duas - dolo ou erro grosseiro. Contudo, em que pese a finalidade declarada, há, nesse dispositivo, a utilização de uma expressão com conceito jurídico indeterminado (“erro grosseiro”), o que possibilita a convivência de intelecções diversas e igualmente razoáveis. Assim, o problema do trabalho se consubstancia na seguinte pergunta: no âmbito da responsabilização administrativa de agentes públicos por parte do Tribunal de Contas da União, há controvérsias e indefinições em torno da categoria jurídica do “erro grosseiro”, ocasionando uma expansão do fenômeno da “Administração Pública do medo”? A hipótese é de que sim, essas controvérsias existem e promovem, diversamente do propósito declarado da Lei n. 13.655/2018, uma maior insegurança jurídica ao agente público. O objetivo geral é investigar a aplicação da categoria jurídica do “erro grosseiro” por parte do TCU, e sua relação com a segurança jurídica e o fenômeno da “Administração Pública do medo”. Ademais, são objetivos específicos: analisar o contexto histórico do fenômeno da “Administração Pública do medo”; identificar as possíveis controvérsias e indefinições da expressão “erro grosseiro” nas decisões proferidas pelo TCU; discutir se a reforma promovida pela LINDB está conferindo maior segurança jurídica ao gestor público, ou se está contribuindo para a expansão do fenômeno da “Administração Pública do medo” e; apontar eventuais correlações entre a utilização da Inteligência Artificial pela Administração Pública na tomada de decisões e a categoria jurídica do “erro grosseiro”. O método utilizado foi o dedutivo, a abordagem qualitativa e a técnica bibliográfica e de análise jurisprudencial. Verificou-se que as alterações promovidas na LINDB não trouxeram maior segurança jurídica ao agente público, conforme previsto no preâmbulo da Lei 13.655/2018; antes disso, foram responsáveis por inaugurar uma divergência de entendimento no âmbito do TCU, a qual persiste até hoje, e consiste na utilização de dois referenciais distintos para a conceituação do “erro grosseiro”: o do “Administrador médio” e o da “culpa grave.” Constatou-se que essa ausência de previsibilidade quanto ao parâmetro a ser utilizado para a responsabilização do agente público gera insegurança jurídica e pode incentivar o uso das estratégias de fuga da responsabilização, promovendo a paralisia da Administração Pública. Estudou-se uma proposta de uniformização conceitual da expressão “erro grosseiro”, valendo-se do referencial da culpa grave, o qual se coaduna com uma maior zona de tolerabilidade ao erro do agente público. Por fim, constatou-se que a utilização da Inteligência Artificial por parte do controle externo, diante de uma base de dados jurisprudencial oscilante, pode agravar ainda mais o cenário de insegurança em que inserido o administrador público, ocasionando a expansão do fenômeno da “Administração Pública do medo”.

Palavras-chave: Administração Pública do medo; erro grosseiro; conceito jurídico indeterminado; inteligência artificial.

ABSTRACT

Law no. 13.655/2018 added new provisions to LINDB, with the declared purpose of providing greater legal certainty and efficiency in the creation and application of public law. In this sense, your art. 28 reduced the possibilities of public agent liability to just two - intention or gross error. However, despite the declared purpose, this provision uses an expression with an indeterminate legal concept ("gross error"), which makes it possible for diverse and equally reasonable ideas to coexist. Thus, the work problem is embodied in the following question: within the scope of the administrative accountability of public agents by the Tribunal de Contas da União, there are controversies and uncertainties surrounding the legal category of "gross error", causing an expansion of the phenomenon of "Public Administration of fear"? The hypothesis is that yes, these controversies exist and promote, contrary to the declared purpose of Law no. 13.655/2018, greater legal uncertainty for public agents. The general objective is to investigate the application of the legal category of "gross error" by the TCU, and its relationship with legal security and the phenomenon of "Public Administration of fear". Furthermore, the following are specific objectives: to analyze the historical context of the phenomenon of "Public Administration of fear"; identify possible controversies and uncertainties regarding the expression "gross error" in the decisions made by the TCU; discuss whether the reform promoted by LINDB is providing greater legal security to the public manager, or whether it is contributing to the expansion of the phenomenon of "Public Administration of fear" and; point out possible correlations between the use of Artificial Intelligence by the Public Administration in decision-making and the legal category of "gross error". The method used was the deductive, qualitative approach and bibliographic and jurisprudential analysis technique. It was found that the changes promoted in LINDB did not bring greater legal security to the public agent, as provided for in the preamble of Law 13,655/2018; before that, they were responsible for inaugurating a divergence of understanding within the scope of the TCU, which persists to this day, and consists of the use of two distinct references for the conceptualization of "gross error": that of the "Average Administrator" and that of "guilt serious." It was found that this lack of predictability regarding the parameter to be used to hold public agents accountable creates legal uncertainty and can encourage the use of strategies to avoid accountability, promoting paralysis of the Public Administration. A proposal for conceptual standardization of the expression "gross error" was studied, using the reference of serious guilt, which is consistent with a greater tolerability zone for public agent error. Finally, it was found that the use of Artificial Intelligence by external control, in the face of an oscillating jurisprudential database, can further aggravate the scenario of insecurity in which the public administrator is inserted, causing the expansion of the phenomenon of "Administration Public of fear".

Keywords: Public Administration of fear; gross error; indeterminate legal concept; artificial intelligence.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Categorização das espécies de ativismo de contas	29
Quadro 2 – O “administrador médio” e a “culpa grave” e o efeito sobre o controle..	49
Quadro 3 – Categorização das estratégias de fuga da responsabilização.....	64
Quadro 4 – Gradação do erro proposto no Acórdão n. 2.391/2018 - TCU - Plenário	68

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MEDO”	14
2.1 ASPECTOS RELEVANTES DA INSEGURANÇA DO AGENTE PÚBLICO .	14
2.1.1 A divisão tripartite dos poderes e sua crise	15
2.1.2 O surgimento de novos atores institucionais no controle da Administração Pública.....	18
2.1.3 Particularidades do controle disfuncional da Administração Pública ..	22
2.2 O ATIVISMO DE CONTAS.....	26
2.2.1 Um conceito de ativismo de contas.....	26
2.2.2 A prática do TCU pode ser considerada ativista?	28
2.3 AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NA LINDB	31
3 “ERRO GROSSEIRO” (ART. 28, LINDB): UMA CATEGORIA COM CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO	37
3.1 OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO ÂMBITO DO CONTROLE EXTERNO	39
3.1.1 A doutrina existente acerca do “erro grosseiro”	43
3.2 O “ERRO GROSSEIRO” NO TCU: DIVERGÊNCIAS CONCEITUAIS	50
4 A EXPANSÃO DO FENÔMENO DA “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MEDO”	61
4.1 A PARALISIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ESTRATÉGIAS DE FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO	61
4.2 UMA PROPOSTA DE UNIFORMIZAÇÃO CONCEITUAL.....	66
4.3 A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO CONTROLE EXTERNO	71
4.3.1 Conceitos e riscos atrelados à IA	71
4.3.2 A Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial	75
5 CONCLUSÃO	80
REFERÊNCIAS	84

1 INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.655/2018 acrescentou novos dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com o propósito declarado de conferir maior segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. É isso, afinal, o que consta de seu preâmbulo. Essa finalidade declarada pode ser entendida como uma resposta ao “apagão de canetas” (MARQUES NETO; FREITAS, 2018), fenômeno advindo da “Administração Pública do medo” e que designa a paralisação de decisões, em razão do temor da responsabilização por um ato que, ainda que justo, seja contrário às orientações cambiantes dos mais diversos órgãos de controle (MOTTA; NOHARA, 2019).

Nessa toada, o art. 28 da LINDB reduziu as hipóteses de responsabilização do agente público a apenas duas (dolo ou erro grosseiro), ao prever a seguinte redação: “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro” (BRASIL, 2018a).

Todavia, em que pese a finalidade declarada, fato é que há, no art. 28 do referido diploma legal, a utilização de uma expressão com conceito jurídico indeterminado, o que permite, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2006), em razão da fluidez dos conceitos, a possibilidade de conviverem intelecções diversas - e igualmente razoáveis.

O que justifica o presente trabalho é justamente isso: a possibilidade de convivência de intelecções diversas acerca do conceito de “erro grosseiro”. Isso porque, se não existe uniformidade quanto ao significado dessa expressão, não há como haver segurança jurídica em sua aplicação. A ausência de previsibilidade das condutas que poderiam vir a ser enquadradas como “erro grosseiro” pode dar azo a interpretações distintas e desarticuladas, ocasionando uma expansão do fenômeno da “Administração Pública do medo”.

A esse respeito, Rodrigo Valgas dos Santos (2020) externalizou sua preocupação de, sob o pretexto de se aplicar a limitação de responsabilidade contida no art. 28 da LINDB, se elevar o nível de decisionismo dos agentes de controle externo sobre os administradores públicos, uma vez que, doravante, todas as condutas passariam a ser “dolo” ou “erro grosseiro”, de forma a prosseguir na velha interpretação de base tipicamente punitivista – a despeito das inovações normativas.

A preocupação de Rodrigo Valgas dos Santos com o futuro da aplicação do art. 28 da LINDB será revisitada ao longo deste trabalho, com o aprofundamento que a temática merece.

Assim, o presente estudo propõe investigar a aplicação do instituto jurídico do “erro grosseiro” (art. 28, LINDB) por parte do Tribunal de Contas da União. Os resultados da pesquisa contribuirão para verificar se a reforma promovida na LINDB pela Lei n. 13.655/2018 está conferindo maior segurança jurídica ao gestor público – conforme disposto em seu preâmbulo -, ou se está contribuindo para a expansão do fenômeno da “Administração Pública do medo”.

Destaca-se, ademais, que o tema é atual, uma vez que, ao se realizar uma pesquisa no sistema de jurisprudência do TCU¹, no campo “Acórdãos”, valendo-se das palavras e comandos “erro ADJ grosseiro E 13.655/2018”, é possível encontrar, em 15/06/2024, 1.752 resultados, sendo 14 de 2018, 65 de 2019, 207 de 2020, 345 de 2021, 293 de 2022, 502 de 2023 e 326 de 2024 (até 15 de junho de 2024). Ou seja, de modo geral, observa-se uma crescente utilização dessa categoria - “erro grosseiro” – no âmbito da responsabilização dos agentes públicos, pelo que sua aplicação merece ser discutida, mormente considerando o risco apontado por Rodrigo Valgas dos Santos (2020) em sua tese de doutorado, qual seja, o de que toda e qualquer coisa passe a ser erro grosseiro.

O problema central da pesquisa está estruturado com base na seguinte pergunta: “no âmbito da responsabilização administrativa de agentes públicos por parte do Tribunal de Contas da União, há controvérsias e indefinições em torno da categoria jurídica do “erro grosseiro”, ocasionando uma expansão do fenômeno da Administração Pública do medo?”.

A hipótese é de que sim, essas controvérsias existem e promovem, diversamente do propósito declarado da Lei n. 13.655/2018, uma maior insegurança jurídica ao agente público, ocasionando uma expansão do fenômeno da “Administração Pública do medo”.

O objetivo geral do presente trabalho é investigar a aplicação do instituto jurídico do “erro grosseiro” (art. 28, LINDB) por parte do Tribunal de Contas da União, e sua relação com a segurança jurídica e o fenômeno conhecido como “Administração Pública do medo”.

¹ O repositório consultado pode ser acessado através do *link*: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>).

Os objetivos específicos, por sua vez, são os seguintes: (i) analisar o contexto histórico do fenômeno da “Administração Pública do medo”; (ii) identificar as possíveis controvérsias e indefinições da expressão “erro grosseiro” nas decisões proferidas pelo TCU; (iii) discutir se a reforma promovida pela LINDB está conferindo maior segurança jurídica ao gestor público, ou se está contribuindo para a expansão do fenômeno da “Administração Pública do medo” e; (iv) apontar eventuais correlações entre a utilização da Inteligência Artificial pela Administração Pública na tomada de decisões e a categoria jurídica do “erro grosseiro”.

O método utilizado foi o dedutivo, a abordagem, qualitativa, e a técnica, bibliográfica e de análise jurisprudencial. Parte-se de uma linha geral relacionada ao contexto histórico do fenômeno da “Administração Pública do medo” e, na sequência, analisa-se a bibliografia e as decisões proferidas pelo TCU a respeito do tema, com o fim de identificar as possíveis controvérsias e indefinições conceituais existentes em torno da categoria jurídica do “erro grosseiro” (art. 28, LINDB).

Faz-se importante situar que a análise realizada neste trabalho se restringe ao âmbito do Direito Administrativo sancionador, uma vez que a jurisprudência do TCU é consolidada no sentido de que o art. 28 da LINDB não é aplicável a casos de ressarcimento ao Erário.

No primeiro capítulo, analisar-se-á o fenômeno conhecido como “Administração Pública do medo”, apontando seu conceito para, em seguida, estudar os aspectos relevantes da insegurança do agente público. Nesse aspecto, será apontada a crise da divisão tripartite dos poderes, o surgimento de novos atores institucionais no controle da Administração Pública e as particularidades do seu controle disfuncional. Em um terceiro momento, será abordada a questão do ativismo de contas, analisando-se se a prática do TCU pode ser considerada ativista. Por fim, ainda nesse primeiro capítulo, serão estudadas as alterações promovidas na LINDB pela Lei n. 13.655/2018, ocorridas com o propósito declarado de conferir maior segurança jurídica ao agente público.

O segundo capítulo enfrenta a questão das definições existentes em torno do “erro grosseiro”, uma categoria com conceito jurídico indeterminado. Para tanto, haverá uma análise do que vem a ser um conceito jurídico indeterminado para, em um segundo momento, serem analisadas as posições doutrinárias e do TCU em torno dessa expressão prevista no art. 28 da LINDB.

Demais disso, no terceiro capítulo, serão abordadas as principais consequências do cenário de insegurança resultante das aplicações desarticuladas da expressão “erro grosseiro” por parte do TCU: a utilização de estratégias de fuga da responsabilização e a paralisia da Administração Pública. Neste último capítulo também será estudada uma proposta de uniformização do entendimento em torno da categoria do “erro grosseiro”, bem como as (possíveis) consequências da utilização da Inteligência Artificial pelo controle externo, especialmente diante de uma base de dados jurisprudencial oscilante em torno de sua aplicação.

2 “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MEDO”

O fenômeno da “Administração Pública do medo” ocorre quando o gestor público passa a declinar de funções e agir de forma a não assumir qualquer risco, ainda que saiba que isto poderá causar graves prejuízos ao interesse público, porque seu principal objetivo passa a ser a blindagem decisória, a autopreservação e o direcionamento da responsabilidade para outras pessoas. É o que aponta Rodrigo Valgas dos Santos, sintetizando que “[...] o risco e o medo do controle externo causam nova espécie de disfunção na Administração Pública.” (SANTOS, 2020, p.26).

Fabício Motta e Irene Patrícia Nohara, nessa mesma linha, definiram a expressão “Administração Pública do medo” da seguinte forma:

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 ser condenado, mesmo quando agiu da melhor forma ante os obstáculos e do contexto de realidade enfrentado.” (MOTTA; NOHARA, 2019).

O “Direito Administrativo do medo”, por seu turno, refere-se à interpretação/utilização das normas de Direito Administrativo e ao exercício da função administrativa pautados no medo de decidir, em razão do significativo risco de responsabilização que decorre de um controle externo disfuncional. Assim, a aplicação das normas de Direito Administrativa se dá priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em detrimento do interesse público (SANTOS, 2020).

Essa última expressão, ao que parece, foi utilizada publicamente pela primeira vez no Direito Administrativo brasileiro em 08 de maio de 2015, por Rodrigo Valgas dos Santos, em conferência denominada “Direito Administrativo do Medo”, realizada no II Congresso da Advocacia Sul Catarinense e III Congresso Catarinense de Direito Eleitoral, ocorrido em Criciúma/SC entre os dias 07 e 08 de maio de 2015, mas o fenômeno vem sendo estudado desde antes da última década (SANTOS, 2020), e sua gênese remonta aos séculos passados.

2.1 ASPECTOS RELEVANTES DA INSEGURANÇA DO AGENTE PÚBLICO

Não é possível estudar a insegurança do agente público sem falar do controle externo disfuncional. Ainda, não é possível abordar a temática do controle externo disfuncional sem compreender a crise existente na tradicional divisão tripartite dos poderes - seja em razão dos conflitos existentes entre os 3 (três) poderes instituídos, seja por causa da ascensão de órgãos públicos que despontam no âmbito da estrutura burocrática como novos poderes não instituídos, a exemplo dos tribunais de contas e do Ministério Público.

Sendo assim, é preciso avançar este estudo por passos. O primeiro deles perpassa por compreender a teoria da divisão dos poderes, sua importância e seus influxos no Direito Administrativo. O segundo tratará da crescente importância dos entes não eleitos no controle da Administração Pública. Diante do cenário que exsurdirá desses dois primeiros tópicos, estudar-se-á as particularidades do controle disfuncional da Administração Pública.

2.1.1 A divisão tripartite dos poderes e sua crise

A divisão tripartite dos poderes, segundo a concepção clássica de Montesquieu externalizada na obra “O Espírito das Leis”, atribui ao Poder Legislativo a tarefa de criar leis ou anular aquelas já feitas; ao Poder Executivo, a função de fazer guerra ou declarar paz, enviar ou receber embaixadas, instaurar a segurança e prevenir invasões; e, por fim, ao Poder Judiciário, o poder de castigar aqueles que cometem crimes ou julgar as querelas entre os cidadãos (MONTESQUIEU, 2001).

Esses poderes, segundo o pensador francês, devem ser separados, uma vez que não existe liberdade quando, na mesma pessoa, o Poder Legislativo está reunido com o Poder Executivo – já que se pode temer que, de acordo com Montesquieu (2001), o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Do mesmo modo, não há liberdade se o Poder Judiciário não for separado do Executivo e do Legislativo, pois caso unido ao primeiro, o juiz teria força de um opressor; e, caso unido ao segundo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário. E, de acordo com o filósofo, tudo estaria perdido se o mesmo indivíduo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares (MONTESQUIEU, 2001).

Dito isso, essa distribuição de funções estatais a poderes distintos permite um exercício de poderes mais legítimo, responsivo e partilhado. É que a distinção funcional do poder teve por finalidade justamente estabelecer um sistema de mútua fiscalização, bem como de pesos e contrapesos - conforme construído na tradição anglo-saxã -, cujo cerne reside na premissa de que o exercício do poder conduz, inexoravelmente, ao seu abuso. É o que alertou o político britânico Lord Acton, mais conhecido como John Emerich Edward Dalberg, em carta escrita ao bispo Mandell Creighton em 1887: “O poder tende a corromper, e o poder absoluto corrompe absolutamente” (DALBERG, 1887).

Esse modelo clássico de divisão de poderes permanece forte nas constituições contemporâneas - entre elas a brasileira. E, em que pese seja um modelo insuficiente para a plena percepção contemporânea do tema, é aspecto fundamental do discurso constitucional, servindo até mesmo de premissa para compreender as novas categorias que possam juntar-se a ele (SANTOS, 2020).

No que tange aos influxos da teoria da separação de poderes no âmbito do Direito Administrativo, é preciso retomar a forma de como foi pensada a divisão de poderes na França revolucionária. Lá, os revolucionários que se ocuparam da organização da Administração Pública, em nome da separação de poderes, proibiram aos tribunais comuns, que atuavam na solução de conflitos entre particulares, de julgarem a própria Administração, que passou, dessa forma, a ser julgada pelo contencioso administrativo - surgindo, com isso, uma justiça especializada com a missão de decidir os litígios propriamente administrativos (SANTOS, 2020).

A instituição de um contencioso administrativo - com a consolidação do Conselho de Estado, responsável por resolver os litígios administrativos - se deu em função da desconfiança dos revolucionários em face dos tribunais, principalmente porque os tribunais franceses tiveram, na fase final do período monárquico, elevada interferência no controle, veto e censura das decisões do monarca, de modo a limitar sua atuação (SANTOS, 2020). Falava-se, pois, já naquela época, em um “governo de juízes” (VASCONCELOS, 2013, p.156), que poderia colocar em risco as conquistas da revolução, uma vez que as autoridades judiciais atuavam em prol dos interesses da nobreza, que não queria abrir mão dos seus privilégios. Com isso, consagrou-se um modelo de controle da Administração Pública realizado por órgãos especializados e não por juízes alheios à Administração (SANTOS, 2020).

Tem-se, desse modo, que o contencioso administrativo surgiu em uma época em que não havia um Judiciário com independência e amplo controle jurisdicional nos moldes hoje compreendidos, sendo equivocada a afirmação de que havia uma nítida intenção dos revolucionários de burlarem o controle da administração, suprimindo aquele a ser efetuado pelos tribunais. As questões eram de natureza muito mais pragmática tendo em vista a experiência anterior. E mesmo uma origem autoritária de alguma instituição não deve ser tomada para projetar no tempo a permanência deste mesmo viés autoritário; do contrário, todas as democracias deveriam ser autoritárias, uma vez que, em sua origem, ela era “pouco democrática”, vedando a participação de mulheres, escravos e metecos na vida política da polis grega (SANTOS, 2020).

Assim, conforme aponta Rodrigo Valgas dos Santos (2020), os motivos para que o Direito Administrativo brasileiro tenha seus rompantes autoritários estão muito mais vinculados aos períodos de exceção pelos quais o Brasil passou em sua democracia, que propriamente nas origens do contencioso francês. O autor destaca que a ausência de uma cultura de Administração como *res publica*, o fisiologismo e o patrimonialismo fizeram com que, por muito tempo, e episodicamente até hoje, se confundisse o interesse e a vontade privada do gestor público com o interesse público.

Embora exista essa necessidade de separação entre o surgimento do contencioso administrativo e os atuais problemas da teoria da separação dos poderes, segundo Santos (2020), existem preocupações em comum, mormente no que se refere a uma maior separação funcional entre os poderes e o temor de que um deles venha a se imiscuir nas competências do outro.

Nessa linha, é pertinente citar o fenômeno do ativismo judicial, mormente quando se externaliza através do decisionismo político, modalidade apontada como a mais nociva entre as espécies de condutas ativistas - tais como a da atuação como legislador positivo e a da desconsideração de precedentes jurisprudenciais -, e na qual se busca encontrar fundamento legal ou jurisprudencial, ainda que incompatível com as exigências do caso concreto, de modo a justificar a adoção de uma decisão predefinida ideologicamente em um momento anterior (TEIXEIRA, 2012).

No presente trabalho, por uma questão de delimitação temática, não se abordará essa questão com maior profundidade. Contudo, o equilíbrio do poder entre as instituições representativas e as instituições judiciais está na pauta do dia e merece atenção. Nesse sentido, em um sistema de alargamento das competências e da atuação judicial, a insegurança do agente público, que passa a ser demasiadamente

controlado por esse outro poder, é patente, ocasionando uma das crises mais evidentes na teoria tradicional da separação dos poderes.

2.1.2 O surgimento de novos atores institucionais no controle da Administração Pública

Além do conflito existente na própria tríade, novos atores institucionais também têm interferido na relação entre poderes, no que Santos (2020, p.74) denomina de “conflito entre burocracia e política”. Nessa linha, a função política deve ser entendida como aquela exercida pelos chefes do poder executivo e membros do Poder Legislativo, eleitos pelo povo para implementar planos de governo e definir políticas públicas. Já a burocracia compreende agentes públicos que exercem função administrativa, mas que carecem de legitimidade política, uma vez que não foram eleitos, sendo detentores apenas de legitimidade técnica, em razão de precisarem prestar concurso público. É o caso dos órgãos do Ministério Público e dos tribunais de contas, por exemplo.

As garantias funcionais dos burocratas - como a estabilidade no serviço público - e sua plena independência ganharam densidade suficiente apenas com a Constituição de 1988, momento em que a burocracia brasileira pôde exercer de forma mais desassombrada suas funções, sem receio de retaliações, e se observou, com o seu fortalecimento, o fenômeno da captura da política pela burocracia, marcado pela postura pouco deferente dessa última para com os agentes públicos (SANTOS, 2020)².

² Não é objeto deste trabalho discutir a deferência dos sistemas de controle à gestão pública, mas, a esse respeito, vale destacar, brevemente, que, de acordo com Gabriela Mafra (2021), a deferência é uma concepção utilizada para abordar a teoria segundo a qual, na esfera do controle, haverá o respeito aos atos e decisões proferidos por outros poderes. Essa teoria baseia-se, sobretudo, na ideia de que algumas instituições se encontram melhor qualificadas para enfrentar questões específicas, em decorrência de sua atuação e do maior aparelhamento institucional. Sua pedra de toque é a concepção da separação de poderes (MAFRA, 2021).

Nessa linha, de acordo com Isaac Kofi Medeiros (2020), um controle deferente (ou moderado) do ato administrativo, na perspectiva da doutrina tradicional, é aquele que não avalia a sua conveniência e oportunidade – cuja análise é reservada ao campo da política –, detendo-se à verificação de cumprimento dos deveres legais básicos para expedir a decisão. Segundo o autor, na prática, esse exame de legalidade englobaria verificar se quem praticou o ato detinha competência para tanto, se a forma de veiculação do ato condizia com a previsão legal, se o objeto era de interesse público, se as razões fático-jurídicas condiziam com a realidade e se a finalidade se adequava àquilo almejado pela legislação. O oposto disso, de acordo com Medeiros (2020), é um controle ativista (ou não deferente), o qual ingressa no mérito, que nada mais é do que a valoração da decisão a ser tomada a partir do binômio conveniência-oportunidade, do ato administrativo. Contemporaneamente, contudo, o autor destaca que as teses neoconstitucionalistas aplicadas ao direito administrativo resultaram na

Para compreender esse fenômeno, faz-se necessário, antes, estudar a forma como essa “burocracia do controle” está prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Nessa linha, o Tribunal de Contas da União, disciplinado pelo art. 71 da Constituição da República de 1988, bem como pela Lei Orgânica do TCU (Lei n. 8.443/1992), foi instituído para assumir um papel de fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, auxiliando o Congresso Nacional na operacionalização do controle externo.

Por vezes, essa atuação é bastante restrita pela CR, como no caso das contas do Presidente da República, em que o TCU apresenta tão somente um parecer a ser apreciado e decidido pelo Congresso Nacional. Entretanto, há diversas ocasiões que conferem à Corte de Contas um poder singular no controle das contas públicas, não encontrado em seus congêneres europeus - nos quais se inspirou (CARVALHO; RODRIGUES, 2018).

No que interessa ao presente trabalho, faz-se referência ao disposto no art. 71, II e VIII, da CR, e no art. 5º, I, da Lei Orgânica do TCU, que conferem à Corte competência para julgar as contas e aplicar sanções aos administradores e demais responsáveis por qualquer verba pública federal, incluindo ordenadores de despesas municipais, quando o Município recebeu alguma espécie de auxílio financeiro federal.

O diferencial - e que torna esses órgãos tão agigantados, principalmente em comparação com os modelos europeus - está na inclusão, no texto constitucional de 1988, do controle de legitimidade e de economicidade, para além do mero controle de legalidade (CARVALHO; RODRIGUES, 2018). Os autores observam que nenhum dos países europeus em que o Brasil se inspirou tornou expresso, em nível constitucional, aspectos tão amplos de controle como se observa no Brasil (art. 70, *caput*, CR)³.

Quando se soma isso à variedade de sanções disposta na Lei n. 8.443/92 - que vai desde a aplicação de multa até a inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública -, tem-se a

superação do paradigma da legalidade em sentido estrito; agora, os órgãos de controle controlam a atividade administrativa tendo por parâmetro o programa constitucional, expressado em boa parte através de princípios elásticos. Com isso, tanto a discricionariedade – exercício do mérito administrativo – dos agentes públicos quanto a deferência dos órgãos controladores se tornam diminutas, uma vez que o ato, ainda que observe a legalidade em sentido estrito, poderá ser submetido aos efeitos do controle caso se entenda que extrapolou algum princípio constitucional (MEDEIROS, 2020).

³ O que fez do TCU o órgão escolhido para ser analisado neste trabalho, ao invés de outros que também auxiliam no controle externo, a exemplo do Ministério Público de Contas (MPC), são justamente esses poderes amplos que lhe são conferidos constitucionalmente, os quais são reforçados por sua Lei Orgânica, a qual prevê uma significativa variedade de sanções passíveis de aplicação.

configuração de um órgão efetivamente poderoso, e que é central para o bom controle da gestão da coisa pública. O problema surge, como mencionado anteriormente, quando, em função de suas garantias institucionais, os controladores passam a exercer postura pouco deferente para com os agentes públicos.

Assim, dada a posição de destaque da burocracia na hodierna configuração da separação de poderes, Bruce Ackerman aponta para a insuficiência do modelo tripartite, destacando que a “santíssima trindade de Montesquieu” nos mantém cegos para a gênese de novas formas institucionais que não podem ser categorizadas como legislativas, judiciárias ou executivas, mas que desempenham um papel cada vez mais importante na modernidade. Tendo isso em vista, o autor aponta para a necessidade de um modelo conceitual com cinco ou seis categorias, ou até mais, dando um “[...] carinhoso adeus a Montesquieu, para então criar novas bases para o direito administrativo comparado, que deem conta dos desafios dos governos modernos.” (ACKERMAN, 2014, p.15).

Nessa linha, Ackerman sugere um sistema de separação de poderes que englobe justamente um “Poder de Integridade”, com função fiscalizatória - papel semelhante ao desempenhado pelo Ministério Público, pelos tribunais de contas e pelas controladorias. O autor, entretanto, destaca que uma atuação altamente independente deste último pode interferir na atuação de agentes públicos com responsabilidade política (ACKERMAN, 2000).

E esse aspecto - para além da já referida crise na tríade tradicional de poderes - agrava ainda mais a insegurança do administrador, especialmente quando se leva em conta que referidos órgãos constitucionais atuam com plena independência, não estando submetidos ao mesmo nível de controle empregado aos demais poderes.

Com efeito, as constituições contemporâneas - tal qual a brasileira - partem da ideia de que a supervisão do Estado Moderno não pode ser realizada apenas pelo Poder Judiciário; preveem, nesse sentido, inúmeros órgãos de controle e novos atores, tais como auditores, superintendentes e promotores, para monitorar o Estado em áreas específicas (SANTOS, 2020).

É verdade que, no caso do Tribunal de Contas, a redação do art. 71 da Constituição de 1988 faz supor a existência de um suposto vínculo com o Poder Legislativo, uma vez que o controle externo, a cargo do parlamento, seria exercido com auxílio da Corte de Contas. Entretanto, Luiz Henrique Lima (2011) ressalta que o vínculo é muito mais para efeitos orçamentários e de responsabilidade fiscal, já que

há uma total independência em relação ao Congresso e às suas Casas. É o que ensina Ayres Britto (2001, p.6):

Tudo fica mais claro quando se faz a distinção entre competências e função. A função de que nos ocupamos é a mesma, pois outra não é senão o controle externo. As competências, no entanto, descoincidem. As do Congresso Nacional estão arroladas nos incisos IX e X do art. 49 da Constituição, enquanto as do TCU são as que desfilam pela comprida passarela do art. 71 da mesma Carta Magna. Valendo anotar que parte dessas competências a Corte Federal de Contas desempenha como forma de auxílio ao Congresso Nacional, enquanto a outra parte sequer é exercida sob esse regime de obrigatória atuação conjugada.

Em outras palavras, ao i) fiscalizarem todos os poderes e ii) não terem subordinação a nenhum deles, os TCs podem ser vistos como órgãos autônomos e independentes. Uma interpretação rígida da teoria da tripartição de poderes formulada por Montesquieu, como bem destacado anteriormente, deve ser superada - tanto que boa parte da doutrina rejeita a interpretação de que a Corte de Contas seria um órgão auxiliar do Congresso Nacional (LIMA, 2011).

Nessa linha, Jarbas Maranhão (2001) assevera que:

O mais adequado seria dizer-se, como preferem aliás a legislação francesa e outras, que, ao invés de auxiliarem elas assistem o parlamento e o governo, para deixar claro a sua exata posição em face dos Poderes, pois, tendo em vista a própria natureza das tarefas que lhes cabem cumprir, haveria a Constituição de assegurar-lhes a necessária independência.

Fernando Jayme (1999, *apud* LIMA, 2011), no mesmo sentido, aponta que a definição mais apropriada é a de Frederico Pardini, segundo o qual o Tribunal de Contas é um órgão especial de destaque constitucional, não estando subordinado a nenhum dos Poderes do Estado, gozando de autonomia administrativa e funcional e com competências constitucionalmente previstas. Dessarte, para Jayme (1999, *apud* LIMA, 2011), o vínculo entre os TCs e o Poder Legislativo seria apenas operacional, de apoio à fiscalização política.

Assim, em síntese, Lima (2011) ensina que as Cortes de Contas não possuem subordinação hierárquica a nenhum outro órgão ou poder - sendo, nesse sentido, inadequada a expressão “órgão auxiliar do Poder Legislativo”; todavia, para fins orçamentários, há vinculação à função legislativa, de sorte que, nas leis orçamentárias, por exemplo, as dotações relativas aos tribunais de contas constam do orçamento do Poder Legislativo.

Apesar dessa autonomia, Rodrigo Valgas dos Santos (2020) faz a ressalva de que não estamos diante de novos poderes instituídos, mas sim de entes estatais

independentes, ou entes não eleitos, cuja natureza se aproxima dos poderes instituídos e cuja influência é não somente jurídica, mas também política, inclusive na vida dos agentes públicos que integram a tríade tradicional.

Nessa linha, tendo em vista que as constituições contemporâneas estão, em boa medida, centradas no estabelecimento de pesos e contrapesos para os poderes tradicionais, há a necessidade de desenvolver um modelo que atribua a esses entes não eleitos contrapesos, para além dos pesos que já possuem. Isso porque, sem que o Ministério Público e os tribunais de contas sejam, além de controladores, minimamente controlados pelos demais poderes - sem que, todavia, se tolha sua autonomia investigativa e decisória -, o risco de graves disfuncionalidades relacionadas a controles desproporcionais que impliquem verdadeira usurpação de função administrativa é bastante significativo (SANTOS, 2020).

Aliás, considerar que esses entes não eleitos possam exercer parcela de poder sem efetivo controle é esquecer mesmo as lições de Montesquieu, segundo o qual todo poder - entendido, nesse caso, como órgão - tende a abusar de seus poderes se não encontrar limites em outro (SANTOS, 2020). Assim, embora não se negue a importância que os entes não eleitos possuam no sistema constitucional contemporâneo, devem eles estar sujeitos a contrapesos, para que não abusem de seus poderes.

O controle disfuncional da Administração Pública - e a consequente insegurança do agente público - está, pois, diretamente vinculado à divisão disfuncional dos poderes, uma vez que o desequilíbrio resultante da ausência de contrapesos para os novos agentes implica na prática de atos de controle inadequados e que não atendem às finalidades públicas (SANTOS, 2020).

2.1.3 Particularidades do controle disfuncional da Administração Pública

Estudada a crise na divisão tripartite dos poderes, bem como o surgimento de novos atores institucionais com autonomia funcional e com pesos, mas sem contrapesos, na ordem constitucional vigente, passa-se agora a estudar especificamente o controle disfuncional que exsurge desse cenário que está posto.

Nesse sentido, é necessário que se conceitue o que é disfunção. Santos (2020), citando Gasparri (1956), refere-se a esse termo como um fenômeno patológico, partindo da premissa de que existem mutações em relação ao

comportamento desenhado pela constituição e demais normas jurídicas como esperado. Para o presente trabalho, as disfunções ocorrem quando os órgãos de controle externo estimulam condutas ou resultados indesejáveis ao exercício da função administrativa (SANTOS, 2020), tais como o uso de estratégias de fuga da responsabilização e a paralisação da administração pública - que serão mais bem estudados no terceiro capítulo, após a análise do controle exercido pelo TCU com base no art. 28 da LINDB.

As causas dessas disfuncionalidades são variadas, perpassando, no que se refere ao controle disfuncional, pelos fundamentos ideológicos do controle externo e pelo mau uso da teoria dos princípios.

No que tange às premissas ideológicas do controle externo, Santos (2020) destaca que muitas delas são significativamente positivas - tais como o escopo de se ter uma Administração Pública mais proba e eficiente e o pleno atendimento do interesse público. Entretanto, outras ensejam um controle disfuncional, tais como a crença de que o espaço da política é, em regra, exercido com desonestidade, o que leva ao menoscabo dos agentes políticos e conduz os órgãos do controle externo à tentação de definirem as escolhas que lhes pareçam mais adequadas e à responsabilização dos agentes públicos pelas decisões tomadas, ainda que em conformidade com o ordenamento jurídico (SANTOS, 2020).

Nessa linha, os episódios de corrupção divulgados diariamente pela mídia - ainda que não representem a regra da atuação do gestor público - acabam sendo suficientes para causar incessante estado de dúvida acerca da credibilidade das decisões tomadas no âmbito da Administração Pública, o que, por seu turno, influencia na crescente interferência dos órgãos de controle externo na atividade administrativa, reduzindo a deferência dos órgãos de controle (SANTOS, 2020).

A espetacularização da corrupção, com a proliferação de um jornalismo irresponsável da bisbilhotice e do escândalo (LLOSA, 2013), e que captura o espectador e neutraliza seu senso crítico (JUSTEN FILHO, 2009), tem suas consequências políticas. É que, com a ausência de debate político público acerca do que está acontecendo, aumenta-se a percepção de corrupção na população, levando essa a crer que “a democracia brasileira é uma farsa”, ou que “todos os políticos são corruptos” (TOSI, 2020).

Isso ocasiona o fenômeno da “antipolítica” - reação generalizada contra a política e os políticos -, e propicia o surgimento de “salvadores da pátria”, que pregam

atalhos autoritários e prometem soluções fáceis para problemas complexos (TOSI, 2020), ainda que inconstitucionais. No âmbito do controle externo, surgem agentes públicos que atuam como paladinos no combate à corrupção, com vistas a se autopromover em um contexto de sensação de impunidade (SALOMÃO, 2023).

O que propicia essas disfuncionalidades dos órgãos de controle são basicamente três aspectos: i) a abertura dos tipos sancionadores; ii) a ênfase na punição de ilícitos em detrimento de sua prevenção e do melhoramento da atividade administrativa; e iii) a sobreposição e a ausência de coordenação e separação clara de competências entre os diversos órgãos de controle (SANTOS, 2020).

Da combinação desses três fatores, é possível observar uma série de distorções no sistema de controle público brasileiro, com decisões contraditórias advindas de diferentes órgãos. A abertura dos tipos sancionadores admite um gradativo decisionismo do órgão controlador sobre a Administração Pública, de forma a colmatar os anseios do agente que exerce a fiscalização sobre as escolhas feitas pelo agente controlado, e abre espaço para que uma mesma conduta que seja vista como ímproba pelo Ministério Público, seja interpretada como estando dentro dos limites da legalidade pelo Tribunal de Contas (SANTOS, 2020).

Além de aumentar a insegurança jurídica na interpretação da norma jurídica, esse sistema de controle fragmentado, punitivista e com tipos abertos, estimula a competição por protagonismo entre os órgãos de controle, o que pode produzir decisões descalibradas em busca de apoio da comunidade jurídica e da sociedade civil (SANTOS, 2020).

Outra causa da disfuncionalidade no controle reconhecida por Santos (2020) é o mau uso da teoria dos princípios. O neoconstitucionalismo tem lugar de destaque nesse debate, haja vista a pretensão, por parte dessa corrente, de superação do positivismo jurídico, de valorização da ponderação na resolução de casos jurídicos e de atribuir centralidade aos princípios constitucionais (SANTOS, 2020).

Nesse aspecto, Robert Alexy estabeleceu que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes no caso concreto. Em outras palavras, são mandados de otimização, cujo cumprimento pode se dar em diferentes graus, a depender das circunstâncias - no que se diferem das regras, que são normas que só podem ser cumpridas ou não, tendo que se fazer exatamente o que elas exigem (AMORIM, 2005).

No Brasil se observam sérios problemas na importação da teoria dos princípios. A teoria alexyana da ponderação dos princípios foi desenvolvida para frear a ação dos juízes alemães; em solo brasileiro, contudo, tem dado azo à permissividade e liberdade para que os órgãos do controle externo ponderem tudo e, em se verificando alguma norma que não lhes satisfaça, invoquem um princípio qualquer e cheguem a uma solução que lhes apeteça (SANTOS, 2020).

Nessa linha, José Sérgio Cristóvam (2019, p.1002-1003) destaca:

Uma trágica espécie de “principiorragia” faz jorrar princípios que passam a funcionar como genuínas “chaves mestras” que abrem todas as portas (fundamentam decisões de todos os matizes), invadindo o discurso judicial sem a menor preocupação teórica e de argumentação racional. Parâmetros como razoabilidade e proporcionalidade viram “mantras de justificação” para toda e qualquer subjetivismo judicial. Como que por um passe de mágica surgem novos princípios, obscuramente drenados de uma Constituição que cada vez mais é aquilo que os tribunais dizem ser e não o resultado da vontade normatizada do legislador constituinte. Não que o Judiciário não seja legítimo intérprete da ordem constitucional, mas isso não o autoriza a funcionar como constante e onisciente legislador constituinte positivo.

Com isso, passou-se a utilizar a teoria dos princípios para resolver problemas que dependem de regras, e até mesmo para desprezar as regras, em um fenômeno denominado de “hiperprincipialismo”, “panprincipialismo”, “principiorragia”, etc. (SANTOS, 2020). É o que aponta Carlos Ari Sundfeld: “Na emoção dos hiperprincípios livrescos, descritos de modo tão bonito e fácil nos manuais, os profissionais do direito administrativo brasileiro estão ignorando o direito positivo, desprezando o direito positivo e substituindo-se a ele” (SUNDFELD, 2014, p. 180-181). Essa prática enfraquece a teoria dos princípios, uma vez que aquilo que serve para qualquer coisa não serve para nada (CRISTÓVAM, 2019).

A possibilidade de exercício do controle com base em categorias com conceito jurídico indeterminado - a exemplo do “erro grosseiro” (art. 28, LINDB) - também pode ser vista como uma causa de disfuncionalidade no controle externo, já que, segundo Santos (2020), sob o pretexto de se aplicar a limitação de responsabilidade contida no art. 28 da LINDB apenas nas hipóteses de dolo ou erro grosseiro, é possível que se eleve o nível de decisionismo dos responsáveis pelo controle externo sobre os agentes administrativos, pois, à vista da indeterminação do conceito, qualquer conduta pode ser entendida como “erro grosseiro”.

Portanto, estudadas as três principais causas que levam à utilização das estratégias de fuga da responsabilização e à paralisia da administração pública (essas últimas entendidas como as consequências de um controle externo disfuncional), as

quais compreendem i) a percepção de que o espaço da política é, em regra, exercido com desonestidade, ii) a inadequada utilização da teoria dos princípios, e iii) o uso de expressões com conceitos jurídicos indeterminados, cabe agora estudar as oportunidades em que esse controle externo disfuncional pode ser exercido.

2.2 O ATIVISMO DE CONTAS

Rodrigo Valgas dos Santos (2020, p.12) elenca três âmbitos do controle externo propícios às disfuncionalidades descritas no tópico anterior, ou seja, que podem produzir significativa carga de medo aos gestores públicos, sendo eles: i) as ações de improbidade; ii) os processos nos tribunais de contas; e iii) os processos na Justiça Eleitoral.

Propositadamente, neste trabalho, deixar-se-á de lado o primeiro e o terceiro âmbitos, centrando-se a análise nas decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União. Isso se deve ao fato de que, caso fossem analisados os problemas desses outros dois aspectos, extrapolar-se-ia o escopo desta pesquisa, que é investigar a utilização da categoria jurídica do “erro grosseiro” por parte do TCU no contexto da “Administração Pública do medo”.

Dito isso, é preciso destacar que as disfunções do controle externo podem ou não decorrer de práticas ativistas. Conforme ficará evidenciado nos próximos dois capítulos, mesmo quando a Corte de Contas atua dentro do seu escopo - julgando as contas dos agentes públicos e aplicando as sanções previstas quando for o caso -, é possível verificar a ocorrência de disfunções advindas desse controle, mormente no uso de termos com conceitos jurídicos indeterminados.

Dedicar-se-á um capítulo inteiro a esses casos em que, mesmo no âmbito de sua competência constitucionalmente prevista, o controle exercido pelo TCU tem a potencialidade de ensejar o uso de estratégias de fuga da responsabilização e a paralisia da gestão pública. Neste primeiro momento, entretanto, tratar-se-á das práticas ativistas da Corte de Contas.

2.2.1 Um conceito de ativismo de contas

A expressão “ativismo de contas” foi utilizada, pela primeira vez, na dissertação de mestrado de José Ricardo Parreira Castro, recebendo uma

conceituação positiva (CABRAL, 2021). Para o autor, o ativismo de contas ocorre quando a atividade do controle externo de atribuição da Corte de Contas é exercida de modo a interferir na Administração Pública, almejando concretizar os valores fixados na Constituição (CASTRO, 2015).

Na mesma linha (positiva) dessa definição, equipara-se o ativismo de contas a uma proatividade do órgão de controle - realizando fiscalizações *in loco*, tendo iniciativa para realizar auditorias, aumentando a eficiência de sua atuação, etc. Flávio Garcia Cabral (2021) concorda com essas premissas - ou seja, as cortes de contas podem e devem ampliar suas auditorias para além da mera conformidade; devem utilizar os mecanismos de controle que lhes são atribuídos pela Constituição de 1988, etc. -, mas destaca que essas atividades já são atribuições próprias dos tribunais de contas, e fazem parte do rol de competências trazidos pelo texto constitucional. Assim sendo, escreve não haver razão para atribuir a terminologia aqui referida a um modo de se comportar que não é novo.

Nesse sentido, reconhece-se a existência de um outro sentido ao termo “ativismo de contas”, e que se deve aos trabalhos de Francisco Sérgio Maia Alves e Carlos Maurício Lociks de Araújo. Nessa segunda perspectiva, o ativismo é a produção de decisões jurisdicionais que ampliam a interpretação das leis e da Constituição de modo a criar normas cuja positivação seria de competência do Poder Legislativo. Também se constata, entre outros aspectos, a atuação processual amplificadora (CABRAL, 2021). O objetivo dos agentes controladores, com isso, é agir politicamente para promover seus próprios projetos institucionais (ARANTES; MOREIRA, 2019).

Cabral (2021), nessa linha, firma sua compreensão de que, quando se utiliza a expressão “ativismo de contas”, está se fazendo referência ao comportamento dos tribunais de contas que, a pretexto de se mostrarem proativos ou de serem vistos como concretizadores de direitos fundamentais, acabam exercendo suas funções em desconformidade com o que permite a Constituição de 1988 e as normas infraconstitucionais, demonstrando a subjetividade na tomada de decisões por parte de seus agentes.

Estabelecendo um paralelo com o ativismo judicial, o fato de a Corte de Contas da União ser ainda hoje um órgão pouco conhecido da sociedade civil - diferentemente do que ocorre com o STF -, faz com que, muito embora o ativismo judicial - em razão da definitividade de suas decisões - seja mais perigoso, o ativismo

de contas esteja submetido a um controle social escancaradamente inferior, o que gera baixo constrangimento para que seus agentes adotem uma postura mais contida e nos limites do texto constitucional (CABRAL, 2021).

Some-se a isso o fato de o Tribunal de Contas poder, em regra, atuar de ofício (art. 71, IV e VII, CR/88), diferentemente do Poder Judiciário. O resultado é que questões políticas lhe são submetidas não necessariamente porque provocado a se manifestar, mas sim porque adotou uma conduta proativa. É dizer: essa permissão de atuação oficiosa admite um leque amplo - muito maior que o do Poder Judiciário - sobre o qual a Corte de Contas pode se comportar de maneira ativista (CABRAL, 2021).

O ativismo de contas também se distingue do judicial em razão do fato de ser mais incentivado pela sociedade em geral, já que frequentemente envolve categorias identificáveis como “inimigos da sociedade” e se dá sob o manto de combate à corrupção. Quando se soma isso ao baixo controle social a que estão submetidas as cortes de contas, o controle pode se mostrar ilimitado (CABRAL, 2021).

Assim, expostos os principais aspectos que caracterizam o que pode vir a ser um ativismo de contas, cabe, no próximo subtópico, investigar se a prática do TCU é passível de receber a adjetivação de ativista.

2.2.2 A prática do TCU pode ser considerada ativista?

Para identificar práticas ativistas nas deliberações do TCU, Cabral (2021) buscou identificar medidas que demonstrem que houve: i) extrapolação das suas competências constitucionais, invadindo âmbitos que seriam de outros órgãos, por vezes ocorrendo substituição do próprio agente público; ii) desrespeito aos precedentes judiciais, ou administrativos da própria Corte de Contas; iii) interpretações que violem a literalidade dos textos normativos; iv) construção de regras concretas e específicas, não advindas do Poder Legislativo, a partir de normas gerais e abstratas de cunho principiológico.

Essas medidas referidas no parágrafo anterior são fonte de insegurança jurídica ao administrador público e estão sintetizadas no Quadro 1, construído a seguir.

Quadro 1 – Categorização das espécies de ativismo de contas

Espécie de ativismo de contas	Medida adotada pelo TCU	Explicação da prática ativista
Ativismo pela interpretação que desrespeita o texto normativo	No Acórdão nº 2.637/2015 - Plenário, o TCU entendeu que a FUNASA havia praticado irregularidades ao não ter procedido com negociação com o licitante vencedor de procedimento licitatório realizado na modalidade pregão - em afronta ao que dispõe o art. 24, §8º, do Decreto n. 5.450/2005.	Tanto o art. 4º, XVII, da Lei do Pregão, quanto o art. 24, §8º, do Decreto n. 5.450/2005 (que a regulamenta), se valem do vocábulo “poderá”, e não “deverá” negociar; ou seja, após o encerramento da etapa de lances da sessão pública, o pregoeiro <i>poderá</i> encaminhar contraproposta. A utilização da conjugação do verbo “poder” indica uma <i>faculdade</i> do pregoeiro, e não uma obrigatoriedade. Assim, o TCU desconsidera a literalidade da lei e do decreto.
Ativismo pela aplicação de normas amplas e abstratas para a construção de regras específicas	No Acórdão n. 728/2019 - Plenário, o TCU constatou que, dos salários pagos aos dirigentes das estatais fiscalizadas - <i>não dependentes de recursos do Tesouro Nacional</i> -, 86% deles eram superiores aos do setor privado. Decidiu-se que, embora referidas empresas não se submetam ao teto constitucional fixado para o funcionalismo público, isso não afastaria a necessidade de observância do princípio da moralidade, nem a garantia da razoabilidade das remunerações pagas.	Percebe-se, nesse caso, a criação de uma exigência com base no princípio da moralidade, sem qualquer indicação quanto ao seu conteúdo que permitiria o desrespeito à isenção à submissão ao teto do funcionalismo. Além disso, há a interferência, por parte do órgão de controle, na remuneração paga por pessoas jurídicas de direito privado, sem a existência de regramento específico a esse respeito. Criam-se limitações com base em um senso próprio de justo e injusto.
Ativismo no uso do poder regulamentar	O TCU editou, em 20 de abril de 2011, a Instrução Normativa 65, que previa que os agentes públicos federais precisariam entregar, por ocasião da posse ou investidura, e quando solicitados, autorização de acesso aos dados das Declarações de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física.	As Leis 8.429/92 e 8.730/93 exigem apenas a apresentação de cópia da declaração de bens e renda, nada dispondo sobre permitir ao TCU a autorização de acesso ao sistema de declaração de bens da Receita Federal do Brasil. Assim, há exigência, via ato administrativo, de obrigação não prevista em lei.
Ativismo pela extrapolação de suas competências constitucionais	No Processo TC-018.933/2019-0, instaurado após representação do Ministério Público de Contas junto ao TCU, requerendo informações em relação à atuação do COAF, uma vez que havia a suspeita de que a Polícia Federal teria pedido para aquele órgão examinar as contas do Jornalista Glenn Edward Greenwald, o Min. Bruno Dantas determinou a oitiva do Ministro da Economia e do Presidente da COAF.	O rol de atribuições do TCU não autoriza o controle de qualquer ato administrativo, mas apenas daquele que tem pertinência imediata e direta com questões patrimoniais/orçamentárias da Administração Pública. A invocação do argumento de que estaria havendo gasto de dinheiro público de forma indevida caso o COAF estivesse sendo usado com desvio de finalidade não serve para atrair a competência do TCU, uma vez que, se assim o fosse, todo e qualquer ato administrativo poderia ser objeto de controle, já que envolve, ainda que indiretamente, gastos públicos.

Quadro 1 – Categorização das espécies de ativismo de contas

Espécie de ativismo de contas	Medida adotada pelo TCU	Explicação da prática ativista
Ativismo pelo não acatamento da jurisprudência do STF	No Acórdão nº 2.573/2018, o TCU entendeu que a OAB deveria ser encarada como unidade prestadora de contas, dado seu dever de “[...] apresentar uma gestão transparente e aberta ao controle público.”	A análise realizada para o julgamento da ADI nº 3.026/DF consolidou a posição de que a OAB se trata de um órgão <i>sui generis</i> , dotado de um regime jurídico distinto daquele pertencente às autarquias, e marcado pela desnecessidade de prestação de contas ao TCU.
Ativismo pela não vinculação a seus precedentes	Ao proferir o Acórdão nº 2.375/2018 - Segunda Câmara, o Ministro Relator, José Múcio Monteiro, afirmou que “não há direito adquirido a determinado entendimento ou à aplicação de determinada jurisprudência do TCU, devendo prevalecer, em cada julgamento, a livre convicção dos julgadores acerca da matéria.”	Há demasiado subjetivismo na decisão apontada ao se invocar que em cada julgamento prevalece “a livre convicção dos julgadores acerca da matéria”. Isso porque deve haver o respeito às posições consolidadas do próprio Tribunal, sob pena de ofensa, inclusive, aos princípios da igualdade, impessoalidade e proteção à confiança legítima. É que, do contrário, admite-se uma abertura quase que plena a comportamentos ativistas.

Fonte: CABRAL (2021, p.11-20)

A essas práticas ativistas, somam-se aquelas apontadas por Santos (2020) em sua tese, dentre as quais destaca-se o julgamento das contas dos administradores. Aqui, faz-se importante a ressalva do autor, de acordo com a qual as contas anuais - prestadas pelo Chefe do Poder Executivo - referem-se a todo o exercício financeiro, e aos três poderes, e são apenas objeto de parecer prévio dos tribunais de contas; o julgamento definitivo somente poderá ser efetuado pelos respectivos parlamentos. Já as contas dos administradores - referentes à gestão de dinheiro ou bens públicos -, serão julgadas pelo Tribunal de Contas. Assim, mesmo os chefes do Poder Executivo, quando ordenam despesas públicas diretamente, deverão ser julgados pelos tribunais de contas por seus atos de gestão (SANTOS, 2006).

No julgamento dessas contas - anuais (pelo parlamento) ou de administrador (pelo tribunal de contas) -, observa-se sua rejeição com base na aferição de ato doloso de improbidade administrativa, matéria reservada à justiça comum. Aqui também se evidencia uma extrapolação de competência, uma vez que não é possível a esses órgãos buscar atos dolosos de improbidade no julgamento das contas dos administradores e nem mesmo apontá-las em parecer prévio para envio ao

parlamento, em razão de tal prerrogativa não encontrar arrimo constitucional (SANTOS, 2020). Até porque, na prestação de contas anual, não se está a julgar o chefe do Poder Executivo, mas sim as contas.

Grande parte desse ativismo se deve ao fato de que a Constituição de 1988 conferiu a órgão atribuições e prerrogativas especialíssimas, entre as quais a possibilidade de avaliar não somente a legalidade, mas a legitimidade e a economicidade na fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial (art. 70, CR/88). Com isso, a fiscalização passa a incidir sobre a razoabilidade e a proporcionalidade da despesa efetuada pelo responsável por dinheiro e/ou bens públicos (SANTOS, 2006).

Quando se soma isso ao fato de o Tribunal de Contas ser encarado como um órgão não subordinado a nenhum dos três poderes clássicos (CABRAL, 2021), o efeito pode ser preocupante, pois se está assumindo que a gestão da coisa pública passa por um controle que, por diversas vezes, desrespeita os limites impostos pela própria ordem jurídica (CABRAL, 2021).

E, ainda que essas deliberações tragam, sob alguma perspectiva, vantagens à Administração Pública, não se pode admitir o desrespeito ao texto constitucional vigente, sob pena de se abrir espaço a um controle arbitrário, pois desvinculado de qualquer limite.

A consequência desse contexto é a paralisia da gestão pública e a utilização de estratégias de fuga da responsabilização, conforme será exposto no terceiro capítulo, após análise das decisões proferidas pelo TCU no âmbito da responsabilização pessoal dos agentes públicos em razão de “erro grosseiro” (art. 28, LINDB).

Entende-se, afinal, como dito antes, que o cenário de insegurança jurídica no qual está inserido o administrador advém não apenas de práticas ativistas, mas também de um controle que, muito embora não extrapole suas competências constitucionais, é oscilante na utilização dos parâmetros para aferição da responsabilidade do agente público.

2.3 AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NA LINDB

À vista do cenário de insegurança do administrador apontado nos dois tópicos antecedentes, e tendo em vista que suas principais consequências (a paralisia da

Administração Pública e a utilização de estratégias de fuga da responsabilização) serão tratadas no terceiro capítulo, cumpre agora estudar as alterações promovidas na LINDB, as quais ocorreram justamente com um propósito de conferir maior segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do Direito Público.

Assim, com esse propósito declarado em seu preâmbulo, a Lei n. 13.655/2018 trouxe novos parâmetros à responsabilização do agente público, com a inserção de dez artigos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Dentre eles, destaca-se o art. 28, que limitou a responsabilização do administrador a casos de dolo ou erro grosseiro, e o art. 22, *caput*, e §1º, que determinaram que, na interpretação de normas sobre gestão pública, devam ser observados os obstáculos e as dificuldades reais enfrentadas pelo administrador, além das circunstâncias práticas que houverem influenciado a ação do agente.

Com a previsão dos novos dispositivos referidos acima, buscou-se conferir maior espaço de tolerabilidade ao erro de certas decisões, ainda que causem algum dano ao Erário. Admitiu-se, finalmente, que faltas leves são praticadas diuturnamente em razão da falibilidade humana, e o mero descumprimento, sem intenção, de norma jurídica não pode configurar uma automática autorização para penalizar o agente público (SANTOS, 2020).

Dito isso, no que tange ao art. 28, é preciso tecer algumas observações no que se refere ao seu alcance. Desde já, é válido destacar que se observou certa divergência doutrinária a esse respeito.

Alcir Moreno da Cruz e Mauro Borges (2018) apontam que a recomposição dos cofres públicos possui a mesma gênese da reparação civil (art. 927, CC): aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187, CC), ocasionar dano a outrem - nesse caso, ao Erário - tem o dever de reparar. E, consoante dispõe o art. 944 do Código Civil, “a indenização mede-se pela extensão do dano” - ressalvada a exceção prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo -, de modo que, para esses autores, seria inadequada a gradação da culpa quando se está a tratar do dever de reparar os danos causados aos cofres públicos.

Valem-se, por fundamento, da doutrina de Marcelo Junqueira Calixto (2010), que, interpretando o parágrafo único do art. 944 do Código Civil, dispõe o que segue:

Este entendimento conduz ainda ao segundo fator a ser lembrado, o qual reside na inadequação de se insistir na própria gradação da culpa. De fato, a culpa levíssima parece não se sustentar mais, uma vez que exige um padrão não humano de conduta, o que se traduz em uma hipótese em que não se verifica culpa alguma, só podendo gerar responsabilidade caso esta

seja objetiva. Da mesma forma, a culpa grave pode perfeitamente ser equiparada ao dolo, em especial quando se trata de proteger a vítima, e, de qualquer forma, não poderia ser invocada como fundamento para a redução da reparação. Resta, portanto, unicamente a culpa leve, a qual pode ser traduzida na própria culpa, sem qualquer qualificação.

A esse respeito, aliás, destacam que o próprio art. 37, §6º, da Constituição de 1988, ao dispor que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”, reforça o entendimento de que a gradação da culpa não se aplica quando há o dever de reparar ou indenizar os danos causados ao Erário. Caso se considerasse que o art. 28 da LINDB abrangeria o ressarcimento pelos danos ao Erário - ainda que em ação regressiva - haveria uma antinomia com a Constituição (MORENO; BORGES, 2018).

É que essa última é expressa ao dispor que o servidor responderá, na ação de regresso, mediante culpa ou dolo, não efetuando qualquer gradação. Já a LINDB limitaria as possibilidades de reparação do dano previstas na CR. Como exemplo, cita-se caso de dano causado por agente público a um particular: o indivíduo será reparado pelo Estado (responsabilidade civil objetiva), e o Estado, caso se aplique a limitação do art. 28 da LINDB a situações de reparação ao Erário, sofrerá restrições para reaver tal prejuízo, tendo que demonstrar não apenas a culpa do sujeito, mas uma modalidade mais gravosa: o erro grosseiro (MORENO; BORGES, 2018).

Os autores referidos nesse último parágrafo, portanto, entendem que, nessas situações de responsabilização financeira por prejuízo ao Erário, não se deve aplicar a restrição contida no art. 28 da LINDB. Esse dispositivo, em conformidade com a previsão contida nos §§ 2º e 3º do art. 22 da citada norma, deve ter sua aplicação limitada ao âmbito do Direito Administrativo sancionador, de sorte que as sanções administrativas - a exemplo da imposição de multas ou de inabilitação para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança - demandem a comprovação de dolo ou erro grosseiro (MORENO; BORGES, 2018).

Situação distinta, como dito, é a do ressarcimento de prejuízos ocasionados aos cofres públicos; nesse caso, não há que se falar em sanção, já que ausente qualquer finalidade punitiva; ao contrário, a medida se aproxima mais da teoria da responsabilidade civil, como aliás, já ensinou o Professor Fábio de Medina Osório (2015), ao destacar que as medidas de cunho ressarcitório não ambicionam a

repressão, mas sim a reparação do dano, assumindo conteúdo restitutivo e submetendo-se, nesse ponto, a princípios mais próximos do Direito Civil.

Segundo Alcir Moreno da Cruz e Mauro Borges (2018), os dispositivos trazidos pela Lei n. 13.655/2018, mormente seus arts. 22 e 28, são mais consentâneos com o Direito Punitivo que com o Direito Civil, sendo três os motivos que os fazem chegar a essa conclusão: i) nessa seara, o potencial lesivo aos direitos fundamentais adquire maior dimensão; ii) a responsabilidade subjetiva possui contornos mais exigentes; e iii) o poder punitivo do Estado encontra maiores limitações (tais como o princípio da legalidade, tipicidade, devido processo legal, ampla defesa e contraditório).

Nessa linha, o art. 28 da LINDB se incursiona especificamente no campo da culpabilidade administrativa, uma vez que traduz a posição de Ferrajoli ao conferir à culpabilidade a noção de exigibilidade ou inexigibilidade de conduta diversa. Com isso, reduz a capacidade sancionadora do Estado, porque, caso não configurada a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, a responsabilidade do agente será afastada no âmbito do Direito Administrativo sancionador. Já o ressarcimento ao Erário estará submetido tão-somente à comprovação da conduta, do dano, do nexos causal entre um e outro, e do dolo ou culpa (MORENO; BORGES, 2018).

O entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o tema já está pacificado, inclusive com a edição do seguinte boletim de jurisprudência (BRASIL, 2023b):

Boletim de Jurisprudência 462/2023

Responsabilidade. Débito. Culpa. Dolo. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Erro grosseiro.

A regra prevista no art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), que estabelece que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica à responsabilidade financeira por dano ao erário. O dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria (art. 37, § 6º, da Constituição Federal).

Rodrigo Valgas dos Santos (2020), por sua vez, não faz essa distinção entre o campo da responsabilidade civil e do direito administrativo sancionador, defendendo sua aplicabilidade a todos os casos. Ressalta, nesse sentido, que o art. 37, §6º, da CR não seria um empecilho para que houvesse algum tipo de restrição ou delimitação da responsabilidade pela via infraconstitucional, mesmo para fins de regresso. Suscita, como argumento, o fato de há muito tempo convivermos com restrições à

responsabilização dos agentes públicos, a exemplo do que ocorre com os magistrados para fins de ação de regresso (art. 143, CPC). O art. 28 da LINDB, nessa linha, teria vindo apenas para consagrar o princípio da isonomia.

Joel de Menezes Niebuhr (2018) aduz o mesmo argumento, acrescentando que o legislador, no referido dispositivo da LINDB, tratou da responsabilidade dos agentes públicos de forma ampla, sem qualquer restrição, não cabendo ao TCU estabelecer restrições não impostas pelo legislador.

Gustavo Binenbojm e André Cyrino (2018), igualmente, destacam que não há qualquer interdição constitucional vedando que o legislador democrático densifique o conceito de culpa ou adote uma intensidade para configurar a responsabilidade do gestor. Os autores afirmam que essa é uma consequência lógica da abertura semântica do termo, que permite construções democráticas de significado ao longo do tempo, não sendo possível congelar o conceito somente por desejo da doutrina.

Entende-se, em síntese, que esse entendimento adotado pelo TCU diminui de forma significativa o alcance do art. 28 da LINDB, já que a forma de responsabilização mais relevante é justamente a reparação de dano ao erário (NIEBUHR, 2023).

Apesar da divergência doutrinária, tendo em vista que a jurisprudência da Corte de Contas é consolidada quanto à restrição de aplicação do art. 28 da LINDB ao âmbito do Direito Administrativo sancionador, neste trabalho não serão analisados casos de ressarcimento ao Erário.

Dito isso, é importante mencionar ainda que Binenbojm e Cyrino (2018) fazem duas ressalvas quanto ao referido dispositivo. A primeira é que seu texto se refere ao agente público. Assim, de plano, são abrangidos os servidores públicos estatutários, os empregados públicos, os agentes políticos e os comissionados. Também deve ser incluído no conceito de agente do art. 28 qualquer sujeito que exerça função pública, ainda que temporariamente, como é o caso dos contratados por tempo determinado, assim como aquele que gerencie recursos públicos por meio de delegação ou subvenção.

A segunda ressalva apontada pelos autores é a de que o art. 28 da LINDB dispõe sobre a responsabilidade pessoal do agente por decisões ou opiniões técnicas. Assim, sua previsão abrange, além das decisões propriamente ditas, o parecer de um especialista, ou a manifestação de advogados públicos no exercício de atividade consultiva (ainda que seu parecer não possua caráter vinculante), por exemplo. Isso significa, por exclusão, que a responsabilização por condutas danosas tais como

acidente automobilístico causado por servidor no exercício da função, não serão, de todo modo, limitadas a casos de dolo ou erro grosseiro (aplicando-se, nesse caso, a literalidade do disposto no art. 37, §6º, da CR).

Logo, a despeito de ainda haver discussão quanto ao alcance do art. 28 da LINDB, fato é que foram significativas as alterações promovidas na LINDB no âmbito da responsabilização do agente público, especialmente na esfera do Direito Administrativo sancionador. Com um propósito declarado de conferir maior segurança jurídica aos administradores, a Lei nº 13.655/2018 trouxe novas previsões - como a de limitação da responsabilidade dos agentes a casos de dolo ou erro grosseiro -, prevendo um suposto maior espaço de “tolerabilidade ao erro” (SANTOS, 2020).

Ocorre que, para tanto, o art. 28 valeu-se de um conceito jurídico indeterminado, que permite intelecções diversas. É dizer: erro grosseiro, a depender da construção doutrinária, pode significar diversas coisas. E isso, por certo, ao invés de reduzir a insegurança jurídica do agente público, a fomenta.

No próximo capítulo, serão estudadas as compreensões doutrinárias e jurisprudenciais do Tribunal de Contas da União em torno dessa categoria com conceito jurídico indeterminado, para que, no último capítulo, verifique-se se, a partir de 2018, há, de fato, maior segurança jurídica ao administrador que está sujeito ao controle externo.

3 “ERRO GROSSEIRO” (ART. 28, LINDB): UMA CATEGORIA COM CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

Como vimos no capítulo anterior, em que pese o art. 28 da LINDB seja entendido como propiciador de um ambiente de maior segurança jurídica ao administrador público (BINENBOJM; CYRINO, 2018), existe o risco, já apontado por Rodrigo Valgas dos Santos em 2020, de que, sob o pretexto de se aplicar a limitação de responsabilidade do art. 28 da LINDB, eleve-se o nível de decisionismo das autoridades controladoras, que passarão a considerar cada vez mais condutas como sendo condutas dolosas ou com “erro grosseiro”, de forma a manter o caráter punitivista do controle externo.

Isso se deve ao fato de que, se até a chegada da nova lei, o *standard* para efeitos de sanção era a conduta do agente público mediano (CRUZ; BORGES, 2018), agora, passa a ser o “erro grosseiro”, categoria que, da mesma maneira que aquela utilizada antes, apresenta um conceito jurídico indeterminado.

Um conceito jurídico caracteriza-se por ser aquele cuja significação possa ser reconhecida uniformemente por um grupo social, de modo a permitir a aplicação das normas com um mínimo de segurança e certeza (GRAU, 1988). Por serem expressos em linguagem natural, muitas vezes são marcados por ambiguidades e imprecisões, já que a mesma palavra pode assumir intelecções diversas (GROTTI, 1995).

Já um conceito indeterminado é, segundo António Manuel da Rocha Menezes Cordeiro (2007), aquele que não permite comunicações claras no que tange ao seu conteúdo, seja por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento. Segundo o autor, a polissemia ocorre quando o termo possui vários sentidos; a vaguidade, quando possibilita uma informação de extensão larga e compreensão escassa; a ambiguidade, quando é possível que se reporte a mais de um dos elementos integrados na proposição em que o conceito se insere; a porosidade, quando ocorre uma evolução semântica com todo um percurso em que o sentido da expressão se deva encontrar - ou seja, quando é possível preencher ou esvaziar o conceito dependendo da situação concreta; e o esvaziamento, sempre que falte qualquer sentido útil.

Assim, um conceito jurídico indeterminado é aquele que não possui definição legal e é composto por termos imprecisos, plurissignificativos ou vagos. Nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho (2020a, p.146), esses conceitos “[...] são termos

ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma.”

José Carlos Barbosa Moreira (1988) pondera que o legislador se vale desse artifício em situações nas quais não convém ou não é possível que a lei delimite com absoluta clareza o campo de incidência de uma regra jurídica, não sendo interessante que a norma preveja pormenorizada e exaustivamente todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.

É o que ocorre, por exemplo, no âmbito da Lei n. 14.133/2021, com a hipótese de inexigibilidade de licitação prevista em seu art. 74, II, atinente à contratação de profissional do setor artístico, desde que consagrado pela “crítica especializada” ou pela “opinião pública”.

Existe, entretanto, divergência doutrinária no que se refere à indicação de onde se encontra a indeterminação - se nos termos que compõem o conceito jurídico ou no próprio conceito jurídico.

Grau (1988), de um lado, afirma que a indeterminação não é dos conceitos, mas dos termos que os definem, referindo-se aos conceitos indeterminados como “termos indeterminados de conceitos.” De outro lado, Bandeira de Mello (2006, p.21) dispõe que a indeterminação é do conceito, asseverando que “as palavras que o recobrem designam com absoluta precisão algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos.”

No caso do entendimento de que conceitos indeterminados possuem termos indeterminados, sendo o conceito único, a Administração Pública deve fazer um esforço de interpretação para definir o significado do conceito jurídico em questão. No outro caso, em que se entende que a indeterminação é uma característica do próprio conceito, a interpretação será dos seus contornos. Assim, é possível afirmar que o conceito jurídico indeterminado se estrutura em uma zona de certeza positiva, seguido de uma zona de dúvida - em que inexiste certeza prévia - e cuja determinação exige estender a ideia nuclear do conceito, e de uma zona de certeza negativa, que define o que não se inclui no conceito (COSTA, 1988).

Dessa forma, passa-se a expor as principais discussões doutrinárias e jurisprudências em torno da expressão “erro grosseiro”, para que se possa verificar se as inovações trazidas à LINDB, de fato, permitiram a construção de um cenário de

maior segurança ao agente público. Antes disso, todavia, importante mencionar as implicações do uso de conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo.

3.1 OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO ÂMBITO DO CONTROLE EXTERNO

Como vimos, possui conceito jurídico indeterminado aquele termo cujo conteúdo e extensão não são aprioristicamente identificáveis. Santos (2020) faz a ressalva de que não se deve confundir um conceito indeterminado com um conceito que suscite dificuldade de interpretação, pois, enquanto esse último tem sua imprecisão condicionada pela linguagem, demandando esforço argumentativo para explicar seu conteúdo -, o primeiro está relacionado a um juízo de prognose sobre como uma pessoa poderá atuar futuramente, já que não existe determinação a esse respeito, ainda que a interpretação seja uma só.

No âmbito da Administração Pública (e não falando ainda da esfera do controle) a utilização desses conceitos jurídicos indeterminados adquire maior relevo, essencialmente ao se relacionar com a matéria relativa à discricionariedade administrativa. Essa é caracterizada como sendo a margem de liberdade remanescente ao agente público para, de acordo com critérios consistentes com a razoabilidade, escolher um dentre ao menos dois comportamentos possíveis, perante o caso concreto, com o fito de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade da lei, quando, por força da fluidez dos termos da lei, ou mesmo da liberdade conferida no dispositivo, dela não seja possível extrair, objetivamente, uma solução única para a situação posta (MELLO, 2006).

Assim, os conceitos indeterminados se mostram como uma ferramenta privilegiada para atribuição de competência às autoridades administrativas, até para que possam reagir a tempo e de forma adequada às intempéries da vida administrativa (DI PIETRO, 1991).

A relação entre conceitos indeterminados e discricionariedade, todavia, não é unívoca. Para aqueles que seguem a perspectiva de Eros Grau, segundo o qual não há conceitos indeterminados, os conceitos indeterminados não dariam margem à discricionariedade, já que, diante deles, a Administração Pública deve fazer um esforço interpretativo e encontrar a única solução possível. Já para aqueles que defendem que há sim conceitos propriamente indeterminados, como Celso Antônio

Bandeira de Mello, esses conceitos podem ou ser vistos como a única fonte de discricionariedade administrativa, ou então como possíveis fontes de discricionariedade administrativa (PIRES, 2013).

Esmiuçando a primeira relação entre conceitos indeterminados e discricionariedade, tem-se que, como a indeterminação do enunciado do conceito não corresponde a uma indeterminação de seu conceito, haveria apenas uma unidade de solução justa em cada caso concreto, uma vez que, sendo seu conceito uno, sua aplicação deveria ser una também (COSTA, 1988).

Em outras palavras, Grau (1988) explica que a aplicação de um conceito indeterminado só permite uma solução justa, pois é o caso de simples aplicação da lei; enquanto o exercício da discricionariedade admite uma pluralidade de soluções justas - cabendo a liberdade de escolha ao agente público. Assim, segundo o autor, enquanto na aplicação de um conceito indeterminado far-se-ia um juízo de legalidade, no exercício da discricionariedade haveria um juízo de oportunidade, escolhendo-se uma dentre diferentes possibilidades juridicamente válidas.

Dessa primeira relação, tem-se que a aplicação de um conceito indeterminado implica na impossibilidade de aplicação da discricionariedade e vice-versa (PIRES, 2013). Criticando essa perspectiva, Bandeira de Mello (2006, p.22) dispõe que:

Em despeito de fatores que concorrem para delimitar o âmbito de intelecção dos conceitos imprecisos seria excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontadas com o caso concreto, ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não. Em inúmeras situações, mais de uma intelecção seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezes de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto.

Assim, segundo o autor, é possível que as normas com conceitos jurídicos indeterminados possuam mais de uma interpretação válida, dando azo à discricionariedade administrativa.

Nessa linha, surgem as duas outras relações entre discricionariedade e conceitos indeterminados, as quais se valem do entendimento de que a indeterminação é aspecto fundamental dos conceitos indeterminados, uma vez que, por vezes, não é possível que a lei delimite com traços de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica (MOREIRA, 1988).

De acordo com quem entende que conceitos indeterminados são a única fonte de discricionariedade, o poder discricionário seria a faculdade de optar por uma entre as várias interpretações presentes em um conceito indeterminado. É dizer: diante de uma incerteza conceitual - e nos limites dela -, o agente público deve se fixar a uma das possíveis interpretações e agir de acordo (QUEIRÓ *apud* NOHARA, 2004).

Contudo, também a essa perspectiva existe uma crítica, já que é comum que a lei, mesmo sem se valer de conceitos jurídicos indeterminados, determine à Administração Pública a escolha de uma entre diversas soluções para o alcance de sua finalidade; ou então que, valendo-se de um conceito indeterminado, não abra margem à discricionariedade (PIRES, 2013).

Assim, passa-se à relação entre discricionariedade e conceitos indeterminados que estabelece que esses últimos podem abrir margem à primeira. Aqui, parte-se da ideia de que é improvável que para todo caso de conceito indeterminado não seja possível a convivência de interpretações distintas igualmente corretas (PIRES, 2013).

Faz-se relevante, entretanto, estabelecer a distinção entre a interpretação de um conceito jurídico indeterminado e o exercício do poder discricionário, pois, ainda que um não exclua a possibilidade do outro (conforme destacado anteriormente), o processo é distinto (PIRES, 2013). Nessa linha, Costa (1988) aduz que a base da distinção está na vontade do agente público que aplica a norma - que é aspecto presente na discricionariedade e ausente na interpretação. Segundo a autora, na discricionariedade, a vontade do administrador acaba sendo a vontade da lei, em razão da existência de uma multiplicidade de alternativas possíveis *in abstracto*. Já na interpretação, a vontade do agente público não se mostra relevante, pois seu objetivo, no caso dos conceitos jurídicos indeterminados, é apenas delimitar a zona de certeza positiva, o halo conceitual e a zona de certeza negativa.

Assim, o processo de interpretação deve preceder ao processo de discricionariedade. Primeiro se verifica se há possibilidade de escolha entre duas ou mais opções igualmente válidas perante o Direito (trabalho interpretativo); posteriormente, escolhe-se uma dessas alternativas (exercício da discricionariedade). É por isso que se afirma que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados pode ou não conferir liberdade discricionária à Administração Pública, pois pode ser que,

de sua interpretação, resulte apenas uma possibilidade juridicamente válida (MELLO, 1994, *apud* PIRES, 2013).⁴

Ainda acerca dessa relação entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados, destaca-se o entendimento de José Sérgio da Silva Cristóvam (2014), segundo o qual a indeterminação conceitual característica e geneticamente constitutiva de determinada expressão não pode ser traduzida em uma pretensa condição de liberalidade ou discricionariedade do agente público para tomar decisões com base em qualquer dimensão vaga dessa expressão. Para ele, em última análise, todas as decisões administrativas são vinculadas, em maior ou menor grau, à ordem normativo-axiológica constitucional e infraconstitucional, de modo que a densificação administrativa do conteúdo do termo somente será legítima caso seja passível de uma recondução racional aos preceitos e princípios constitucional e infraconstitucionalmente previstos.

Fato é que, independentemente das divergências doutrinárias no que se refere à relação entre conceitos indeterminados e discricionariedade, ao se atribuir a um termo legal um *status* de indefinido ou indeterminado, estar-se-á reconhecendo a alguém o poder de decifrar o conceito. Apresentar os contornos da expressão tida como imprecisa é delimitar o campo de aplicação da norma, e, logicamente, as pessoas que serão afetadas pela regra e a forma como o serão (COSTA, 2015).

No âmbito do controle externo, todavia, a ausência de elementos suficientes à determinação de certo conceito jurídico pode promover maior insegurança jurídica aos controlados, que estarão submetidos à atividade interpretativa do julgador. É que, inexistindo previsibilidade das decisões que serão adotadas pelos órgãos de controle, não há que se falar em segurança jurídica (THEODORO JÚNIOR, 2006).

E, como dito anteriormente, a interpretação diante de um conceito jurídico indeterminado é trabalho em que objetiva delimitar sua zona de certeza positiva, seu halo conceitual e sua zona de certeza negativa (COSTA, 1988). Enquanto a zona de certeza positiva contém o conteúdo mínimo indiscutível e a zona de certeza negativa

⁴ A esse respeito, José Sérgio da Silva Cristóvam (2014) destaca que a indeterminação conceitual característica e geneticamente constitutiva de determinada expressão não pode ser traduzida em uma pretensa condição de liberalidade ou discricionariedade do agente público para tomar decisões com base em qualquer dimensão vaga dessa expressão. O autor dispõe que a densificação administrativa do conteúdo do termo somente será legítima caso seja passível de uma recondução racional aos preceitos e princípios constitucional e infraconstitucionalmente previstos.

define o que se exclui do conceito, o halo conceitual é uma zona de dúvida em que várias possibilidades se mostram juridicamente válidas.

Sendo assim, como se está a tratar do controle exercido sobre os agentes públicos - o qual opera consequências jurídicas concretas em suas esferas pessoal e patrimonial -, a indeterminação dos conceitos deve ser reduzida ao seu máximo. Até porque, a certeza quanto às consequências de uma conduta é um dos motes do Estado de Direito, ou deveria ser, se não fosse a imprecisão de inúmeros conceitos jurídicos, cuja significação pode ser construída apenas no caso concreto (COSTA, 2015).

Larenz (2012), acerca disso, expõe que nem sempre esses conceitos jurídicos imprecisos são concretizados pelos órgãos de controle segundo as pautas de valores fundamentais do ordenamento jurídico; por vezes, a concretização tem como base pautas valorativas estabelecidas em decisões proferidas pelo próprio tribunal.

Embora tal constatação não seja reconhecida como problemática por Larenz, é preciso se atentar para o fato de que, como se está a tratar da esfera do controle externo, é possível que, sob as vestes da atividade interpretativa, se passe a substituir a escolha legítima e legalmente feita pelo administrador por aquela feita pelo agente controlador. Esse decisionismo, uma vez que extrapola as competências constitucionalmente atribuídas a cada órgão, configura uma arbitrariedade, caracterizada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2024) como sendo aquele ato que agride a ordem jurídica.

Posto isso, visando reduzir as imprecisões semânticas existentes nos conceitos jurídicos indeterminados e, com isso, aumentar a segurança jurídica daquele que está submetido ao controle externo, doutrina e jurisprudência tentam, muitas vezes, traçar parâmetros objetivos para definir esses termos e reduzir a margem de decisionismo dos órgãos de controle. Com a expressão “erro grosseiro”, contida no art. 28 da LINDB, não é diferente.

Tendo isso em vista, a próxima seção (3.1.1) se destina a estudar essas tentativas de redução da margem de decisionismo dos órgãos de controle, bem como as divergências e imprecisões existentes entre elas.

3.1.1 A doutrina existente acerca do “erro grosseiro”

A noção de erro, de acordo com a doutrina clássica, envolve uma falsa percepção da realidade - fática ou jurídica - que se desdobra na prática de ato que não corresponderia à vontade daquele que o comete caso conhecesse a verdade (BINENBOJM; CYRINO, 2018). Caio Mário da Silva Pereira (2013, p.434), nessa linha, dispõe que, em caso de erro, existe uma “[...] falta de concordância entre a vontade real e a vontade declarada.” A vontade real corresponderia ao desejo do sujeito caso não incorresse em engano (BINENBOJM; CYRINO, 2018).

No âmbito do Direito Civil, o erro substancial é causa de anulabilidade do negócio jurídico (art. 138, Código Civil). Esse é definido como aquele “que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal em face das circunstâncias do negócio”, e se refere a um equívoco que interfere na essência do negócio jurídico. Também na esfera da responsabilização civil são encontradas referências ao erro, como nos casos de responsabilização por erro médico, em que se analisa se o profissional atuou com a cautela necessária - ou se o equívoco era ou não escusável (BINENBOJM; CYRINO, 2018).

Igualmente no campo da responsabilidade administrativa existe a possibilidade de responsabilizar quem age em erro, conforme previsão contida no art. 28 da LINDB. O referido dispositivo tem por objeto a falsa percepção da realidade perpetrada pelo administrador público. Todavia, nem todo erro enseja alguma responsabilidade, somente o erro grosseiro (BINENBOJM; CYRINO, 2018).

Acerca da interpretação da expressão “erro grosseiro”, o Decreto n. 9.830/2019, em seu art. 12, §1º, dispõe que se considera erro grosseiro “[...] aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.” Ocorre que essa configuração não ajuda muito a estabelecer limites à interpretação do referido conceito jurídico. Afinal, conforme questiona José dos Santos Carvalho Filho (2020b), o que seria um erro manifesto, inescusável ou evidente?

Sem uma resposta objetiva a tal questionamento, Carvalho Filho (2020b) entende que os elementos de configuração do erro grosseiro impostos pelo decreto são tão imprecisos e fluidos quanto os aspectos invocados pelo legislador para o mesmo fim. Ou seja, apesar de todo esse esforço para conferir maior objetividade ao significado de “erro grosseiro”, predomina ainda uma dose de subjetivismo para enquadrar a conduta qualificada como tal.

A doutrina, com vistas a conferir maior segurança jurídica ao agente público, tem se debruçado sobre essa categoria jurídica com conceito indeterminado. Enquanto tal, ela compreende uma zona de certeza positiva, dentro da qual ninguém duvida da aplicação do erro grosseiro, e uma zona de certeza negativa, em que é certo que a conduta não está por ele abrangida (MELLO, 2006). Entre as condutas que certamente configuram erro grosseiro, Binenbojm e Cyrino (2018) destacam a aplicação de norma jurídica revogada, a decisão que ignore a ocorrência da prescrição, ou então a aplicação de legislação municipal para fins de licenciamento federal.

Já as condutas que evidentemente não se enquadram na noção de erro grosseiro são aquelas que observam os parâmetros referidos por Pedro de Hollanda Dionísio (2019, p.130-151): i) nível considerável de diligência; ii) distância entre o equívoco cometido pelo administrador e as funções e conhecimentos exigidos pelo cargo que ocupa; iii) significativo nível de incerteza fática/jurídica envolvida na decisão; e iv) coerência entre a decisão e as informações obtidas.

As dúvidas não surgem nesses dois extremos; ou seja, quando, ou o agente atua claramente em erro grosseiro ou, em razão do elevado nível de diligência, não há como se lhe imputar culpa grave. Pelo contrário, as dúvidas surgem no espaço entre essas duas zonas; é dizer, na zona de incerteza. É esse campo que admite construções doutrinárias.

Nessa linha, ao menos três correntes ganham destaque. A primeira delas equipara o erro grosseiro à culpa grave; a segunda, afirma que o erro grosseiro é um erro inescusável; e a terceira define que o erro grosseiro é aquele que o “administrador médio” não cometeria (OLIVEIRA, 2018). No presente trabalho, em razão do maior grau de incidência na jurisprudência do TCU (LEITE, 2021), serão abordadas somente a primeira e a terceira correntes: da culpa grave e do “administrador médio”.

Talvez a teoria com maior número de adeptos seja a primeira (da culpa grave), que se vale da culpa grave como parâmetro para a aferição do erro grosseiro. Nessa linha, tem-se Joel de Menezes Niebuhr (2021), para quem o erro grosseiro é aquele que seria percebido por sujeito com diligência abaixo do normal; é dizer, que teria como ser percebido por indivíduo com nível de atenção aquém do ordinário, ante as circunstâncias postas, mas que não o foi em razão de uma grave inobservância do dever de cuidado.

Igualmente José Anacleto Abduch Santos (2019), que entende que o erro grosseiro é aquele ato comissivo ou omissivo equivocados, praticado sob uma premissa falsa ou incorreta, e qualificado pelo elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia, ou então Alcir Moreno da Cruz e Mauro Borges (2018), que lecionam que o erro grosseiro consiste na inobservância dos mais singelos deveres objetivos de cuidado, em formas graves de negligência, imprudência ou imperícia.

Gustavo Binenbojm e André Cyrino (2018), adeptos dessa primeira corrente, destacam que o erro grosseiro, para fins de responsabilização, não afasta a ocorrência de culpa. Pelo contrário, na noção de “erro grosseiro”, estariam abrangidas as ideias de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves. Afinal, o erro passível de responsabilização - assim como ocorre nas esferas do Direito Civil e Penal - depende de juízo de culpabilidade, pois, do contrário, estar-se-ia negando a própria falibilidade humana (*errare humanum est*), e, como ressaltado anteriormente, inibindo a tentativa de novas práticas administrativas.

Esse elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia, ou então essa grave inobservância do dever de cuidado, apontados por Niebuhr (2021), Santos (2020), Cruz e Borges (2018), e Binenbojm e Cyrino (2018), se traduz na culpa grave, cujo conceito é aprofundado pela doutrina.

Oportuno, nesse sentido, trazer a lição do mestre Pontes de Miranda (1958, p.72), que se refere a essa modalidade de culpa como

[...] a culpa crassa, magna, nímia, como se dizia, que tanto pode haver no ato positivo como no negativo, é a culpa ressaltante, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis. Quem devia conhecer o alcance do seu ato positivo ou negativo incorre em culpa grave.

Washington de Barros Monteiro (1995, p.393) entende que essa modalidade de culpa “é a falta imprópria ao comum dos homens, é a modalidade que mais se avizinha do dolo.” Para Tartuce (2021), a culpa grave se verifica quando existe uma imprudência ou negligência crassa, em que o agente, embora não queira o resultado, age com culpa tamanha que parece que o quer.

Assim, o erro grosseiro está, para a primeira corrente, ligado de forma intrínseca a um agir com desleixo, com desprezo à coisa pública (CRUZ; BORGES, 2018). É o que ocorre, por exemplo, quando há pagamento antecipado sem justificativa do interesse público e sem as necessárias garantias que assegurem o pleno cumprimento do objeto contratado (LEITE, 2021).

Passa-se, agora, à análise da terceira corrente, qual seja, a que se vale da noção de “administrador médio” para definir o que viria a ser o erro grosseiro. Essa linha de pensamento tem como um de seus defensores Odilon Cavallari de Oliveira (2018), que inclusive entende que as duas primeiras correntes, ao fim e ao cabo, igualmente conduziram à necessidade de se adotar a ideia de “administrador médio”.

Explicando sua teoria, no que tange à equiparação do erro grosseiro à culpa grave, Oliveira (2018) dispõe que, tendo em vista que a culpa se manifesta pelas modalidades da negligência, imprudência e imperícia, entender que o erro grosseiro é culpa grave significa afirmar que o erro grosseiro ocorre quando o administrador pratica alguma conduta com negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave, ou seja, com uma grave inobservância do “dever de cuidado objetivo” - assumindo riscos que, se tivesse observado esse dever, não assumiria. Até aqui, não há nenhuma novidade, pois é isso mesmo que sustentam os defensores dessa primeira corrente.

A novidade reside no entendimento do que seja um dever de cuidado objetivo - o que se constrói, conforme o autor, a partir da observação do que é ordinariamente praticado pelos membros da sociedade ou do que se espera desses mesmos membros para que seja viabilizado o convívio social. É que isso conduz à questão de qual membro da sociedade se está tratando - se aquele de diligência alta, média ou baixa. De acordo com Oliveira (2018), a referência é aquele que melhor retrate a realidade da sociedade, ou seja, que age com diligência normal (“administrador médio”). Assim, ter-se-ia que, mesmo na equiparação do erro grosseiro à culpa grave, não seria possível dispensar o critério do “administrador médio” para sua aferição.

Já no que se refere à corrente que assemelha o erro grosseiro ao erro inexcusável, Oliveira (2018) destaca que essa teoria esbarra em saber o que é um erro inexcusável ou indesculpável. Para o autor, a resposta a esse questionamento conduz, novamente, ao parâmetro do “administrador médio”, sendo inexcusável ou indesculpável um erro que esse homem médio não cometeria.

Dessa forma, para essa perspectiva, não haveria como fugir da utilização da noção de “administrador médio” na conceituação de “erro grosseiro”.

De acordo com os ensinamentos de José Anacleto Abduch Santos (2019), o homem médio é, hipoteticamente, aquele que possui inteligência, capacidade cognitiva, grau de conhecimento e outras qualidades e potencialidades, de natureza intermediária, razoavelmente exigível de qualquer outro indivíduo dotado do mesmo

padrão de capacidades e potencialidades. Faz-se referência a essa categoria como parâmetro, segundo o autor, para avaliar determinada atitude humana - no caso, do administrador público; o parâmetro é a representação da realidade fática ou jurídica que um indivíduo comum, dotado de potencialidades e capacidades comuns e medianas, em idêntica situação, produziria.

Oliveira (2018), nessa toada, sintetiza que o homem médio é aquele que representa a conduta ordinária e diligente, mas que eventualmente comete erros de menor importância, razão pela qual são considerados escusáveis/desculpáveis (OLIVEIRA, 2018). Também Gustavo Binenbojm e André Cyrino (2018) fazem a importante ressalva de que o administrador médio, mormente diante da previsão contida no art. 28 da LINDB, está longe de ser um médium, apto a antecipar juízos dos órgãos controladores e analisar todas as consequências de seus atos; ele deve ser entendido como um indivíduo que erra - assim como qualquer outra pessoa (*errare humanum est*). Em outras palavras, “é gente de carne e osso que erra [...] principalmente quando tenta fazer diferente.” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p.215). E erros que não sejam grosseiros devem ser admitidos.

Esse critério, segundo Oliveira (2018), para fins de aferição da culpa *stricto sensu*, remonta ao direito romano e continua sendo utilizado em diversos ordenamentos jurídicos, tanto de *civil law*, quanto de *common law*, e em todas as esferas de responsabilização - civil, penal ou administrativa.

No âmbito da responsabilidade civil, Anderson Schreiber (2011, p.35) assevera que o critério do homem médio para fins de avaliação da culpa se traduz, na realidade do *civil law*, no *bonus pater familias*, e, na realidade do *common law*, no *reasonable man*, sendo, em todos os casos, entendido como o “[...] homem-padrão, o indivíduo prudente.”

Esse critério é amplamente utilizado em razão de que a noção de culpa exige um juízo de valor em cada situação - e que fica dificultado quando não há normas específicas acerca da conduta esperada para comparar com aquela que foi praticada no mundo dos fatos. Nessas situações, segundo Sérgio Cavalieri Filho (2007), o conteúdo do dever objetivo de cuidado só pode ser determinado por meio de um princípio metodológico, que é a comparação do fato concreto com o comportamento que um homem comum teria adotado no lugar do agente.

Na seara da responsabilidade penal, o critério do homem médio é utilizado por ser impossível à legislação prever todas as possíveis violações de cuidados nas

atividades humanas, devendo-se, nesses casos, confrontar a conduta do agente com aquela que teria um homem razoável no lugar do autor do dano (MIRABETE, 1994).

No campo da responsabilidade administrativa, por sua vez, o critério do homem médio - agora denominado de administrador médio, mas com idêntico conteúdo - é usado para aferir a culpa no âmbito do direito administrativo sancionador (OLIVEIRA, 2018). Faz-se a ressalva de que, quanto maior for a qualidade profissional do agente, e quanto maior for o seu nível de responsabilidade, maior será o grau de exigência para que haja o reconhecimento da inevitabilidade do erro (OSÓRIO, 2015).

Oliveira (2018) entende que, caso não se admita o uso do critério do homem médio como parâmetro para fins de aferição do erro grosseiro na responsabilização pelo controle externo, haverá o arbítrio do julgador, que fará o seu juízo de valor sobre a conduta do agente público segundo a sua perspectiva sobre o que seja aceitável como padrão de conduta.

No âmbito do Tribunal de Contas da União, entretanto, pesquisas já demonstraram ser bastante comum a utilização da corrente que assemelha o erro grosseiro à culpa grave - e essas decisões entendem que se trata de uma categoria distinta da do “administrador médio” (LEITE, 2021). Assim, a despeito dos apontamentos de Oliveira (2018), no sentido de que todas as correntes conduziram à necessidade de utilização da ideia de “administrador médio”, faz-se necessário considerar os apontamentos doutrinários feitos por aqueles que separam essas categorias, e que são sistematizados no Quadro 2.

Quadro 2 – O “administrador médio” e a “culpa grave” e o efeito sobre o controle

Parâmetro para aferição do “erro grosseiro” (art. 28, LINDB)	Administrador que seria capaz de perceber o erro	Efeito sobre o controle
Administrador Médio	Com diligência ou grau de atenção normal. Exige-se mera culpa (sem qualificação).	Menos restritivo ao controle. Mais condutas estariam enquadradas no art. 28 da LINDB, uma vez que, se o grau de atenção necessário para perceber o erro é o normal, o erro não precisa ser tão escrachado.
Culpa grave	Com diligência ou grau de atenção abaixo do normal. Exige-se um quase-dolo para a responsabilização pessoal.	Mais restritivo ao controle. Menos condutas estariam enquadradas no art. 28 da LINDB, pois o erro precisa ser escrachado para que uma pessoa com nível de diligência abaixo do normal o perceba.

Fonte: elaborado pelo autor

Superado esse primeiro ponto, qual seja, a verificação das principais posições doutrinárias quanto ao “erro grosseiro”, passa-se na próxima seção (seção 3.2) a verificar qual a posição ou posições do TCU a esse respeito, para que, por fim, se possa constatar se, de fato, o art. 28 da LINDB trouxe maior segurança jurídica ao agente público.

3.2 O “ERRO GROSSEIRO” NO TCU: DIVERGÊNCIAS CONCEITUAIS

Conforme visto até aqui, o “erro grosseiro” nem sempre será de fácil interpretação para o fim de delinear a responsabilização de administradores públicos. É que, tendo em vista seu evidente conceito jurídico indeterminado, poderão surgir dificuldades para a subsunção do fato à norma, sendo possível - e bastante provável - a existência de interpretações divergentes (CARVALHO FILHO, 2020b).

A seguir, analisar-se-ão os diferentes posicionamentos do TCU a respeito desse termo. Para tanto, foram selecionadas algumas decisões e enunciados que acabam servindo de norte aos demais pronunciamentos proferidos pela Corte.

De acordo com um levantamento de decisões da Corte de Contas da União que abordavam a questão do “erro grosseiro” (art. 28, LINDB), feito por Leite (2021), existem, no âmbito desta Corte de Contas, decisões paradigmáticas que norteiam praticamente todas as outras, havendo destaque para os Acórdãos n. 1.628/2018 e 2.391/2018, ambos do Plenário, relatados pelo Ministro Benjamin Zymler, e cujas ementas são transcritas a seguir:

Acórdão 1.628/2018 - Plenário

Relator: Benjamin Zymler

OPERACIONALIZAÇÃO DA GESTÃO E EXECUÇÃO DAS ATIVIDADES E SERVIÇOS DE SAÚDE DE HOSPITAL MUNICIPAL. CONTRATAÇÃO DE PRESTADORES DE SERVIÇOS CUJOS SÓCIOS ERAM EMPREGADOS DA CONTRATANTE. MULTA . INDÍCIOS DE PAGAMENTOS INDEVIDOS. FORMAÇÃO DE PROCESSO APARTADO.

[..]

44. Entendo, pois, que a conduta desse responsável foge do referencial do “administrador médio” utilizado pelo TCU para avaliar a razoabilidade dos atos submetidos a sua apreciação. Tratou-se, a meu ver, de erro grosseiro, que permite que os agentes respondam pessoalmente por seus atos, nos termos do art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (com redação dada pela Lei 13.655/2018) (BRASIL, 2018b)

Acórdão 2391/2018 - Plenário

Relator: Benjamin Zymler

TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SUPOSTAS IRREGULARIDADES NA LIQUIDAÇÃO E PAGAMENTO DE DESPESAS DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE EXECUTIVO. CITAÇÃO. ARGUMENTOS APRESENTADOS INSUFICIENTES PARA ELIDIR A

IRREGULARIDADE. CULPA GRAVE NAS CONDUTAS DOS RESPONSÁVEIS. CONTAS IRREGULARES, DÉBITO E MULTA. AUSÊNCIA DE CULPA GRAVE DE UM DOS RESPONSÁVEIS. AFASTAMENTO DA MULTA. (BRASIL, 2018c).

Embora o presente trabalho não se preste a analisar quais condutas o Tribunal de Contas da União vem considerando como erro grosseiro, mas sim os parâmetros utilizados para sua configuração, cabe tecer uma breve contextualização de ambos os acórdãos paradigmáticos, para entender em que contexto as categorias do “administrador médio” e da “culpa grave” foram utilizadas.

O primeiro deles, o Acórdão n. 1.628/2018 - Plenário, refere-se a uma auditoria realizada na Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú/SC, cuja finalidade era avaliar a legalidade da gestão dos recursos financeiros do Sistema Único de Saúde (SUS) utilizados pelo referido Município para a terceirização das ações de saúde. A fiscalização analisou a forma de contratação de pessoas jurídicas e físicas para o fornecimento de mão-de-obra especializada na área médica - pregão, credenciamento e contratos temporários - para o Hospital Municipal Ruth Cardoso.

Foram apontadas algumas irregularidades, principalmente em relação ao Pregão Presencial 384/2013, cujo objeto era a prestação de serviços médicos. Uma das irregularidades é pertinente à discussão sobre a aplicação do “erro grosseiro” pelo TCU, qual seja a participação no certame de três empresas com sócios em comum, e a contratação de empresas cujos sócios ou médicos prestadores de serviços eram servidores da municipalidade.

No que se refere especificamente a essas ocorrências, o então Secretário de Gestão Administrativa foi instado a se manifestar, uma vez que se demonstrou que ele havia autorizado, ainda que em parte, a contratação por dispensa de licitação de empresas cujos sócios eram funcionários da Prefeitura. Entendeu-se que essa conduta destoava do referencial do “administrador médio”, pois era esperado dele que acionasse a procuradoria municipal para se manifestar sobre a matéria. Com isso, lhe foi aplicada a penalidade de multa prevista no art. 58, II, da Lei n. 8.443/1992, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

O conceito de “administrador médio”, segundo Niebuhr (2023), é antigo na Corte de Contas, sendo utilizado como régua para analisar a responsabilidade dos agentes públicos desde antes do advento da Lei n. 13.655/2018. A decisão paradigmática que continuou aplicando essa categoria diante do art. 28 da LINDB é o

já mencionado Acórdão n. 1.628/2018 - Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler. Porquanto igualmente uma categoria com conceito jurídico indeterminado, a definição quanto ao que vem ser o administrador médio para o TCU é sintetizada por Juliana de Palma (2018):

Mas quem é o administrador médio do TCU? Para o Tribunal, o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (Ac. 1781/2017; Ac. 243/2010; Ac. 3288/2011). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (Ac. 3493/2010; Ac. 117/2010). Quanto ao grau de conhecimento técnico exigido, o TCU titubeia. Por um lado, precisa ser sabedor de práticas habituais e consolidadas, dominando com mestria os instrumentos jurídicos (Ac. 2151/2013; Ac. 1659/2017). Por outro, requer do administrador médio o básico fundamental, não lhe exigindo exame de detalhes de minutas de ajustes ou acordos administrativos que lhe sejam submetidos à aprovação, por exemplo (Ac. 4424/2018; Ac. 3241/2013; Ac. 3170/2013; 740/2013). Sua atuação é preventiva: ele devolve os valores acrescidos da remuneração por aplicação financeira aos cofres federais com prestação de contas, e não se apressa para aplicar esses recursos (Ac. 8658/2011; Ac. 3170/2013). Não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade (Ac. 4636/2012), não descumpra determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas (Ac. 2139/2010).

O Acórdão n. 2.391/2018 - Plenário, por seu turno, referia-se a uma tomada de contas especial instaurada pela Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) em decorrência de supostas irregularidades na execução do Contrato n. 7/2006, cujo objeto era a prestação de serviço de transporte executivo a servidores e dirigentes da FUNASA (locação de veículos executivos, motorista, combustível, etc.). O acordo foi firmado com a empresa Ágil Serviços Especiais LTDA. e, conforme sua cláusula quinta, a FUNASA deveria pagar mensalmente à contratada o valor de R\$ 2,72 por quilômetro efetivamente rodado, totalizando um valor estimado anual de R\$ 342.420,96.

A tomada de contas foi instaurada em razão da cobrança por quilometragens acima dos limites franqueados entre os meses de abril de 2006 e setembro de 2007, perfazendo um débito de R\$ 678.415,01. O pagamento restou ordenado sem que fosse apresentado pela contratada os Boletins Diários de Tráfego com a indicação dos trechos percorridos pelos veículos, em afronta ao disposto no contrato como condição para que houvesse o pagamento por distâncias percorridas além dos limites franqueados. Ademais, a média de utilização dos veículos (172km/dia por carro) estava bem acima do histórico da entidade nos anos anteriores (69km/dia por carro).

Apurou-se, no Relatório de Tomada de Contas Especial, que o Coordenador-Geral de Recursos Logísticos do Departamento de Administração da FUNASA teve

ingerência direta na definição da forma de fiscalização do Contrato n. 7/2006, tendo dispensado a utilização dos boletins diários de tráfego pelos motoristas e tolhido a atuação dos fiscais do contrato, o que teria facilitado a cobrança de valores além do limite estipulado.

Assim, diante dessa fiscalização deficiente - que permitiu à empresa contratada apresentar notas fiscais contendo quilometragens muito superiores à média histórica da FUNASA e sem qualquer documento de suporte/ boletim diário de tráfego -, entendeu-se configurada a “culpa grave” do Coordenador-Geral de Recursos Logísticos do Departamento de Administração da FUNASA e a ele foi aplicada a penalidade de multa no valor de R\$ 200.000,00 (art. 57, Lei n. 8.443/1992).

Além disso, o agente restou inabilitado para o exercício de cargo em comissão ou função de confiança no âmbito da Administração Pública, nos termos do art. 60 da Lei n. 8.443/1992, pelo prazo de 5 (cinco) anos. Também houve condenação em ressarcimento ao erário pelo débito apurado.

Nesse segundo acórdão, o erro grosseiro aparece conceituado como sendo aquele 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.” Em outras palavras, definiu-se que “[...] o erro grosseiro é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave” (BRASIL, 2018c).

Já o erro leve, nas palavras do Ministro Benjamin Zymler, “[...] 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” (BRASIL, 2018c). E, por isso mesmo, não é passível de responsabilização no âmbito do art. 28 da LINDB, seja qual for o parâmetro adotado pela Corte de Contas.

Assim, enquanto o Acórdão 1.628/2018 - Plenário adota a compreensão de que o “erro grosseiro” é a conduta culposa que extrapola o esperado do “administrador médio”, que é aquele que costuma adotar grau de diligência normal, o Acórdão 2.391/2018 parte da ideia de que o erro grosseiro é aquele que seria evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, ou que seria percebido por pessoa com diligência abaixo do normal. Ou seja, para essa segunda posição, o administrador, para incorrer na responsabilização pessoal prevista no art. 28 da

LINDB, precisaria ter uma conduta quase que intencional/dolosa - motivo pelo qual essa segunda posição é mais restritiva ao controle que a primeira.

Esse dissenso prolongou-se para além de 2018, e permanece até os dias de hoje. No que tange às decisões que se valem do parâmetro do administrador médio, faz-se referência aos seguintes acórdãos para fins de amostra⁵ do dissenso:

- Acórdão 1.264/2019 - Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, em que se entendeu que as condutas do agente público em questão evidenciaram “[...] que esses responsáveis não desempenharam suas atribuições da forma que seria esperada do administrador médio, ou seja, suas condutas foram contrárias à ação que se espera de um gestor diligente, denunciando descaso, temeridade e falta de cuidados indispensáveis” (BRASIL, 2019a);
- Acórdão 918/2020 – Plenário, de relatoria do Ministro Bruno Dantas, em que se concorda com a análise empreendida pela secretaria especializada, a qual apontou que “utilizando-se o conceito do homem médio (administrador médio), não parece razoável admitir como imperceptível o fato de que a empresa Alserv não possuía capacidade operacional” (BRASIL, 2020a);
- Acórdão 10.679/2021 - Primeira Câmara, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, em que se menciona que “[...] as falhas apuradas no caso concreto consistem em erros grosseiros, que poderiam ser verificados por qualquer gestor com padrão médio de diligência” (BRASIL, 2021a);
- Acórdão 8.501/2022 - Segunda Câmara, de relatoria do Ministro Antonio Anastasia, em que se entendeu que, “[...] as duas irregularidades observadas demonstram condutas que não seriam praticadas por um gestor médio diligente, visto que indicam a não comprovação da regular execução física e financeira do ajuste, logo caracterizam falhas graves” (BRASIL, 2022a);

⁵ A pesquisa no sistema de jurisprudência do TCU (<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/pesquisa/acordao-completo>) ocorreu com base nas palavras e comandos “erro grosseiro” E “administrador médio”. Posteriormente, nas decisões referidas nas páginas 56 e 57 deste trabalho, as palavras e comandos foram “erro grosseiro” E “culpa grave”. A finalidade dessa busca foi a seleção de decisões representativas de cada posicionamento, não havendo a intenção de se analisar a frequência de cada posicionamento na jurisprudência da Corte de Contas.

- Acórdão 13.751/2023 - Primeira Câmara, de relatoria do Ministro Weder de Oliveira, em que se adotou a compreensão de que a irregularidade verificada no caso concreto ocorreu porque a conduta do responsável “[...] se distanciou daquela que seria esperada de um administrador médio, a revelar grave inobservância no dever de cuidado no trato com a coisa pública, num claro exemplo de erro grosseiro a que alude o art. 28 da LINDB” (BRASIL, 2023e);
- Acórdão 3.114/2024 - Segunda Câmara, de relatoria do Ministro Antonio Anastasia, no qual igualmente se entendeu que “[...] a conduta da responsável se distanciou daquela que seria esperada de um administrador médio, a revelar grave inobservância no dever de cuidado no trato com a coisa pública, num claro exemplo de erro grosseiro a que alude o art. 28 da LINDB (Acórdão 1689/2019-TCU-Plenário, Relator Min. Augusto Nardes; Acórdão 2924/2018-TCU-Plenário, Relator Min. José Mucio Monteiro; Acórdão 2391/2018-TCU-Plenário, Relator Min. Benjamin Zymler)” (BRASIL, 2024b).

É interessante observar que, a partir de 2023, as decisões encontradas se valem da noção de “administrador médio” travestida do referencial da “culpa grave”, uma vez que o que revelaria uma “grave inobservância do dever de cuidado no trato com a coisa pública” é a conduta praticada com culpa grave, e não com a culpa normal contida na noção do “administrador médio”. Essa junção de duas teorias, em princípio divergentes, fica evidente quando, para fundamentar a utilização do parâmetro do “administrador médio”, utiliza-se do Acórdão 2.391/2018 - Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que, como exposto anteriormente, inaugurou a corrente que refuta a ideia de que o erro grosseiro seria aquele percebido por agente público com nível normal de diligência (que é a tese defendida por aqueles que se valem do referencial do “administrador médio”).

Assim, o fenômeno que se observa é o seguinte: vale-se do referencial do administrador médio, entendendo-se que configura erro grosseiro aquela conduta que se distancia do esperado de um administrador com nível normal de diligência (e que não se trata de um erro escrachado, portanto) e, em seguida, afirma-se que essa conduta revela grave inobservância no dever de cuidado no trato com a coisa pública (culpa grave). Em outras palavras: responsabiliza-se um agente público por um erro que seria evitado por um administrador médio (com nível normal de diligência) como

se estivesse a responsabilizá-lo por um erro (escrachado) que seria evitado por um administrador com nível de diligência abaixo do normal.

Talvez em razão das divergências existentes e da insegurança causada, buscou-se conferir fundamento diverso à utilização do referencial do “administrador médio”, passando-se a entender que todo administrador que se distancia de um nível médio de diligência incorre em grave inobservância no dever de cuidado no trato com a coisa pública - noção que antes era restrita àqueles agentes que cometessem erros com falta de diligência extremada (quase dolo).

Na prática, observa-se que essa mudança de fundamento causa o efeito de se continuar responsabilizando aqueles administradores cuja conduta se distancia da esperada de um administrador médio - seja esse distanciamento entendido como uma grave inobservância do dever de cuidado, seja como uma inobservância a um nível normal de diligência exigido.

Feitas essas considerações, no sentido de demonstrar que o referencial do “administrador médio” - que já era utilizado antes das alterações promovidas na LINDB - continua sendo aplicado 6 (seis) anos após as alterações efetuadas pela Lei n. 13.655/2018, cumpre agora trazer decisões que se valem, efetivamente, do referencial da “culpa grave”, entendendo que o erro grosseiro seria aquele percebido por pessoa com nível de diligência abaixo do normal. Para tanto, faz-se menção aos seguintes Acórdãos (que, assim como os anteriores, foram selecionados para fins de amostra, atentando-se apenas para que fosse mencionada uma decisão de cada ano a partir de 2019):

- Acórdão 3.327/2019 - Primeira Câmara, de relatoria de Vital do Rêgo, em que se entendeu que o entendimento emprestado à expressão “erro grosseiro” “[...] evoluiu no sentido de se considerar como erro grosseiro aquele que pode ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou, dito de outra forma, aquele que poderia ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário”, sendo “[...] decorrente de grave inobservância de dever de cuidado” (BRASIL, 2019b);
- Acórdão 4.447/2020 - Segunda Câmara, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, em que se adotou a compreensão de que o agente público tinha incorrido em erro grosseiro por ter tido uma conduta que “[...]”

decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave” (BRASIL, 2020b);

- Acórdão 18.901/2021 - Primeira Câmara, de relatoria do Ministro Augusto Sherman, em que se entende que a compra de determinado produto com preço em patamar bem superior ao de mercado - tratando-se de produto de aquisição rotineira naquele órgão - configura “[...] erro grosseiro e, por consequência, culpa grave” (BRASIL, 2021b);
- Acórdão 7.163/2022 - Segunda Câmara, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, em que se entendeu que “[...] para a finalidade de aplicação de sanções administrativas, há que se verificar a ocorrência de culpa grave ou dolo do administrador público.” A primeira corresponde a “[...] uma grave inobservância de um dever de cuidado” (BRASIL, 2022b);
- Acórdão 63/2023 - Primeira Câmara, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, no qual se destaca expressamente que o erro grosseiro deve estar relacionado à culpa grave, sendo o referencial do “administrador médio” inadequado: “[...] associar culpa grave à conduta desviante da que seria esperada pelo homem médio significa tornar aquela absolutamente idêntica à culpa comum ou ordinária, visto que este sempre foi o parâmetro para se aferir tal modalidade de culpa.” Nessa linha, prossegue defendendo que “além de inadequada, essa posição parece negar eficácia às mudanças promovidas pela Lei 13.655/2018, que buscou instituir um novo paradigma de avaliação da culpabilidade dos agentes públicos, tornando mais restritos os critérios de responsabilização.” Por fim, conclui que sua posição é “[...] a de que o termo melhor se amolda à conduta que destoa da de um agente com diligência abaixo do normal” (BRASIL, 2023f);
- Acórdão 903/2024 - Plenário, de relatoria do Ministro Weder de Oliveira, em que se concorda com precedente que dispõe que “[...] 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” (BRASIL, 2024c).

Portanto, é evidente que ambas as correntes continuam possuindo relevância no âmbito da Corte de Contas, havendo inclusive a edição de Enunciados de Jurisprudência a esse respeito - os quais, embora não vinculativos, representam o

entendimento de decisões reiteradas. Em pesquisa efetuada no sítio eletrônico do TCU com os comandos “erro grosseiro” E “art. 28”, foram encontrados 41 (quarenta e um).

Boa parte desses enunciados representa um esforço de tipificar as condutas passíveis de responsabilização por erro grosseiro - o que, por si só, já se revela problemático, tendo em vista a disposição contida no art. 22 da LINDB, que exige uma análise casuística da situação, considerando-se outros fatores além do mero ato (LEITE, 2021). Mas, ainda que não fosse esse problema da criação de presunções de erro grosseiro, mesmo entre os enunciados é possível encontrar divergência de entendimento quanto ao referencial utilizado para valorar esse conceito jurídico indeterminado.

Apenas a título de exemplo, faz-se referência a alguns deles, tanto de 2024, quanto de 2023 - até mesmo para demonstrar a atualidade da discussão -, nos quais ora se utiliza do referencial do “administrador médio”, ora se utiliza do referencial da culpa grave. No que tange àqueles que se valem do primeiro parâmetro, colaciona-se os seguintes enunciados:

Boletim de Jurisprudência 485/2024

Responsabilidade. Culpa. Erro grosseiro. Conduta. Avaliação.

O erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018, fica configurado quando a conduta do agente público se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto. (BRASIL, 2024a)

Boletim de Jurisprudência 471/2023

Responsabilidade. Culpa. Erro grosseiro. Conduta. Referência.

Incorre no erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), entendido como grave inobservância do dever de cuidado e zelo com a coisa pública, o gestor que falha nas circunstâncias em que não falharia aquele que emprega nível de diligência normal no desempenho de suas funções, considerados os obstáculos e as dificuldades reais apresentados à época da prática do ato impugnado. (BRASIL, 2023d)

Também são vários aqueles que se valem do referencial da culpa grave para a valoração do “erro grosseiro”, a exemplo dos que se transcreve a seguir - os quais, inclusive, tecem críticas à utilização do parâmetro do “administrador médio”, já que associar culpa grave à conduta desviante da que seria esperada do administrador médio significaria tornar aquela idêntica à culpa comum/ordinária, negando eficácia às mudanças promovidas na LINDB:

Boletim de Jurisprudência 464/2023

Responsabilidade. Culpa. Erro grosseiro. Transferências voluntárias. Prestação de contas.

O descumprimento da previsão legal de demonstrar a regular aplicação de recursos federais recebidos por meio de transferência voluntária constitui grave inobservância do dever de cuidado no trato com a coisa pública, revelando a existência de culpa grave, uma vez que se distancia do que seria esperado de um administrador minimamente diligente, o que caracteriza erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb) (BRASIL, 2023c).

Boletim de Jurisprudência 433/2023

Responsabilidade. Culpa. Erro grosseiro. Caracterização. Referência. Conduta.

Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, considera-se erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) aquele que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que poderia ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância do dever de cuidado. Associar culpa grave à conduta desviante da que seria esperada do homem médio significa tornar aquela idêntica à culpa comum ou ordinária, negando eficácia às mudanças promovidas pela Lei 13.655/2018 na Lindb, que buscaram instituir novo paradigma de avaliação da culpabilidade dos agentes públicos, tornando mais restritos os critérios de responsabilização (BRASIL, 2023a).

Isso demonstra que a divergência quanto ao parâmetro utilizado para a aferição do “erro grosseiro” (art. 28, LINDB) permanece, como dito, calorosa e atual na esfera do controle externo.

Com vistas a tentar reduzir essas discussões, o TCU vem editando enunciados que, como mencionado, elencam condutas passíveis de responsabilização por erro grosseiro - ainda que aprioristicamente. Entre os 41 (quarenta e um) enunciados encontrados, destacam-se, apenas a título de exemplo, dada as limitações de extensão do presente trabalho, os seguintes atos do agente público que podem vir a se enquadrar no art. 28 da LINDB: i) contratação indiscriminada de comissionados para consecução de atividades rotineiras da respectiva entidade, as quais prescindem da relação de confiança inerente aos cargos em comissão; ii) inobservância de ato normativo da própria entidade pelo agente público; iii) direcionamento da licitação para empresa específica sem a necessária justificativa técnica; iv) pagamento antecipado sem justificativa do interesse público e sem as devidas garantias ao cumprimento do objeto pactuado; v) ato administrativo que desconsidera, imotivadamente, parecer da consultoria jurídica respectiva; vi) inobservância imotivada de determinação expedida pelo TCU; vii) ausência de comprovação da boa e regular aplicação de recursos federais em face da omissão no dever de prestar contas; e viii) atestação, pelo fiscal do contrato, da execução de serviços de engenharia com fulcro apenas na medição efetuada pela própria empresa

contratada, sem rigorosa e efetiva verificação dos quantitativos realizados, documentada em memória de cálculo.

Ocorre que, apesar dessa tentativa de tipificar as condutas, como visto antes, há outros enunciados excessivamente genéricos e contraditórios entre si - que ora consideram que o erro grosseiro resta configurado quando a conduta se distancia daquela esperada do “administrador médio”, ora o definem como sendo aquele que seria evitado por administrador com nível de diligência abaixo do normal. Esses últimos enunciados fazem com que o esforço de se criar presunções de erro grosseiro tenha resultados praticamente nulos, uma vez que, ainda que existam condutas que se sabe que são consideradas pelo TCU como “erro grosseiro”, há uma infinidade de outros atos que podem ser enquadrados nos enunciados genéricos e divergentes entre si referidos anteriormente - o que irá depender do entendimento mais ou menos restritivo ao controle adotado pelo Ministro prolator da decisão.

Assim, a insegurança jurídica do gestor público, que, em princípio, era para ser atenuada com as alterações promovidas na LINDB pela Lei n. 13.655/2018, não encontra ainda bases sólidas para sê-lo. É o que será aprofundado no próximo capítulo - o último deste trabalho.

4 A EXPANSÃO DO FENÔMENO DA “ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO MEDO”

À vista do cenário de insegurança do administrador construído e revelado nos dois capítulos antecedentes, cumpre agora tratar de suas principais consequências: a paralisia da Administração Pública e a utilização de estratégias de fuga da responsabilização. Posteriormente, estudar-se-á uma proposta de uniformização do entendimento em torno da categoria do “erro grosseiro”, bem como as (possíveis) consequências da utilização da Inteligência Artificial pelo controle externo, especialmente diante de uma base de dados jurisprudencial oscilante em torno de sua aplicação.

4.1 A PARALISIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS ESTRATÉGIAS DE FUGA DA RESPONSABILIZAÇÃO

Ainda que, como visto anteriormente, a legislação (no caso, o art. 12, §1º, do Decreto n. 9.830/2019), a doutrina e a jurisprudência tenham tentado definir o “erro grosseiro” ao destacar fatores a serem considerados, nas decisões analisadas no capítulo anterior observa-se que não existe uma aplicação uniforme do referido conceito jurídico indeterminado. Até porque, enquanto tal, ele admite intelecções diversas por parte do intérprete, e não permite que se afirme que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado (MELLO, 2006).

Nessa linha, o “erro grosseiro”, como todo conceito indeterminado, estrutura-se em uma zona de certeza positiva - que, no presente estudo, engloba também as condutas descritas nos Enunciados de Jurisprudência do TCU -, seguida de uma zona de dúvida e cuja determinação exige estender a ideia nuclear do conceito - que é o que fizeram, em grande parte, as decisões individuais analisadas e referidas anteriormente -, e uma zona de certeza negativa, que define o que não se inclui no conceito.

Diante da utilização, pela Corte de Contas, de duas correntes divergentes na atribuição de significado ao “erro grosseiro” - ora utilizando a régua mais alta do “administrador médio”, ora se valendo da régua mais baixa do “nível de atenção aquém do ordinário” (culpa grave) -, tem-se que a zona de dúvida desse conceito jurídico indeterminado é bastante volátil.

A isso se soma o fato de que, ainda que se esteja no âmbito de uma mesma corrente doutrinária, o aplicador da norma - no caso, o TCU - precisa, diante do caso concreto, valorar a situação que lhe é posta, para verificar se há incidência ou não do art. 28 da LINDB (CARVALHO FILHO, 2020b).

É que se está diante de um conceito de valor, que nada mais é que um conceito cujo processo de definição de alcance e de conteúdo demanda uma valoração, a exemplo de “dignidade” e “bons costumes” (MORAES, 1999). Essa valoração compreende - e não poderia ser diferente - um processo eivado de subjetividade, o que acentua a incerteza quanto ao que se virá a obter. Trata-se, portanto, de uma indeterminação intrínseca à noção de erro grosseiro, o que impossibilita uma prognose dos comportamentos que virão a ser enquadrados nessa categoria e dos que não.

Diante disso, faz-se necessário admitir dois níveis de imprevisibilidade: i) o primeiro quanto ao ponto de partida (corrente doutrinária) do qual se valerá o controlador; e ii) o segundo quanto à valoração do caso concreto no âmbito da corrente escolhida.

A implicação dessa ausência de elementos suficientes à determinação do “erro grosseiro” é a promoção de maior insegurança jurídica àqueles submetidos ao controle - que estarão vinculados à atividade interpretativa do julgador (THEODORO JÚNIOR, 2006). É que, conforme aponta Pedro de Hollanda Dionisio, nesse cenário, é bastante provável que o administrador público, ao ponderar acerca das opções decisórias, confronte-se com entendimentos contrapostos dos órgãos de controle. Isso, por seu turno, acaba incentivando a inércia na gestão pública, uma vez que administradores submetidos a essas condições dificilmente tomarão decisões inovadoras para os problemas vinculados à sua área, o que, “[...] no limite, ossifica a Administração Pública” (DIONISIO, 2019, p.31).

Nessa linha, Carlos Ari Sundfeld, já em 2014, alertava para o problema dos excessos do controle, destacando certa obsessão dos órgãos de controle em punir os gestores públicos, comumente por questões formais ou diferença de opinião, o que poderia incentivar a acomodação e a paralisia (SUNDFELD, 2014). Fernando Vernalha Guimarães denominou o fenômeno de “crise de ineficiência pelo controle” (GUIMARÃES, 2016).

Na mesma toada, Gustavo Binenbojm e André Cyrino alertaram para os riscos da gestão administrativa associada ao medo do gestor, uma vez que não se abre

espaço à criatividade, lembrando a figura de Marcos Juruena que comumente sentenciava “dorme tranquilo quem indefere” (BINENBOJM; CYRINO, 2018).

Também quem está dentro dos órgãos de controle observa esse problema. O Min. Bruno Dantas, do Tribunal de Contas da União, por exemplo, defende que deve haver um equilíbrio entre a gestão e o controle, sob pena de se ter um “apagão decisório” em razão do “temor semelhante ao de crianças inseguras educadas por pais opressores” que os gestores estariam a desenvolver (DANTAS, 2018).

Esse fenômeno do “apagão decisório” ou “apagão de canetas” já foi conceituado por Fabrício Motta e Irene Patrícia Nohara (2019, p.24) como “[...] a paralisação de decisões, por causa do temor de responsabilização, perante a Administração Pública ‘do medo’”, uma vez que os bons administradores ficam com receio de decidir e futuramente sofrer alguma responsabilização, ainda que sua decisão seja justa, por mera divergência em relação às orientações dos diversos órgãos de controle.

É que, nesses casos - em que o agente público não sabe se sua conduta será vista como “erro grosseiro” para fins de responsabilização -, antes de qualquer outro valor constitucional - tal como o interesse público -, ele busca a blindagem decisória e a autoproteção, questionando-se o seguinte (SANTOS, 2020, p.34):

- i) o que irá acontecer comigo se tomar tal decisão?
- ii) estarei sujeito a uma ação de improbidade?
- iii) posso sofrer uma ação penal?
- iv) meu patrimônio pessoal corre algum risco?
- v) ficarei inelegível?
- vi) estou sujeito a algum processo disciplinar se decidir de tal maneira?
- vii) posso perder meu cargo em consequência de minha decisão?
- viii) que dirá a mídia e a opinião pública acerca de minha decisão?

Com vistas a evitar algum desses problemas, o agente é levado à inação administrativa, buscando, em detrimento da boa administração pública, a autoblindagem e as estratégias de fuga da responsabilização. Com isso, as ideias inovadoras ficam em segundo plano (SANTOS, 2020).

Assim, pode-se afirmar que o controle externo disfuncional é costumeiramente enfrentado não sob a ótica de uma gestão de riscos e, pois, sistemática, mas sim de forma a evitar a responsabilização individual pela tomada de decisão, nem que para isso não seja proferida decisão alguma, ou que os ônus da decisão sejam transferidos a terceiros. E aqui, diferentemente do que ocorre em programas de integridade, não se foca na proteção da organização e no desenvolvimento de um compromisso de

atuar corretamente, mas sim apenas na blindagem do próprio agente (SANTOS, 2020).

Essas estratégias podem ser usadas consciente ou inconscientemente pelos agentes públicos. Entretanto, cada vez mais, em razão do aumento da insegurança jurídica ocasionado pelo controle externo disfuncional, os administradores se valem de tais mecanismos de forma planejada e consciente (SANTOS, 2020).

Além disso, não se olvida que as estratégias de fuga da responsabilização podem ser previstas de forma transparente e institucional, o que as aproxima da ideia de gestão de riscos. É o caso da estratégia de delegação, em que a norma jurídica prevê a delegação ou a responsabilidade solidária dos envolvidos no processo de tomada de decisão, o que é equivalente ao compartilhamento do risco enquanto espécie de tratamento do risco. Contudo, muitas dessas estratégias são disfuncionais, conforme listado no Quadro 3 (SANTOS, 2020).

Quadro 3 – Categorização das estratégias de fuga da responsabilização

Estratégias	Definição
Manipulação da opinião pública	Consiste em apresentar uma versão dos fatos com o fito de manipular a impressão que a opinião pública tem deles. Para tanto, se vale de algumas técnicas, tais como a divulgação da notícia em um momento em que a cobertura midiática está direcionada a outros eventos.
Atuação objetivando transferir a outros agentes a responsabilidade ou grau de exposição ao risco	Consiste na atribuição ou desvio da responsabilização para outros gestores públicos ou pessoas estranhas à Administração Pública, por meio da técnica de eleição de <i>bodes expiatórios</i> . As técnicas empregadas consistem em delegação de responsabilidades, coletivização das decisões, privatizações, etc.
Políticas públicas ou estratégias operacionais	Essas estratégias têm como objetivo estruturar a Administração Pública de modo a manter processos operacionais que compreendam i) a protocolização (estabelecimento de rotinas a serem seguidas pelas autoridades administrativas, de modo que o atendimento ao cidadão se torne impessoalizado); ii) gregarismo (decidir de forma coletiva, pulverizando a responsabilização); iii) individualização da responsabilização para elementos externos, tais como a sociedade civil e os prestadores de serviço público; e iv) inação ou imobilismo decisório (tida pelo autor como uma arte da sobrevivência civil, política e penal do agente público).
Judicialização ou substituição decisória externa	Por meio dessa estratégia, ocorre a atribuição a outros poderes ou órgãos constitucionais do poder de decisão exclusivo do administrador, com o objetivo de proteger-se de eventual responsabilização. É o que ocorre, por exemplo, em situação de ressarcimento de danos causados aos particulares pela Administração. Nesses casos, existe o medo, por parte do ordenador primário de despesas, caso venha a determinar o pagamento, de ser responsabilizado em eventual ação de improbidade que questione o <i>quantum</i> indenizatório pago. Com a decisão sendo tomada judicialmente, o agente, para todos os fins, terá apenas cumprido a decisão judicial, de sorte que nada poderá lhe ocorrer.

Quadro 3 – Categorização das estratégias de fuga da responsabilização

Estratégias	Definição
Relacionamento informal interadministrativo	Consiste na adoção, por parte do agente público, de atuação informal junto aos órgãos de controle externo visando demonstrar o acerto de sua decisão, ou buscando orientação, consulta ou mesmo aprovação informal dos atos administrativos. É o que ocorre com o fenômeno das consultas ao Tribunal de Contas, com vistas a buscar sua aquiescência prévia.
Blindagem ou proteção patrimonial	Consiste em levar para a esfera da proteção pessoal o patrimônio do gestor público. Para tanto, podem ser utilizados mecanismos lícitos ou ilícitos. Caso seja praticada com o fim de fraude ou abuso de direito, pode haver a desconsideração da personalidade jurídica, sendo possível atingir o patrimônio do agente público nesse caso.

Fonte: SANTOS, 2020

Expostas as principais estratégias de fuga da responsabilização, Santos (2020) aponta seus aspectos positivos e negativos. Entre os efeitos positivos, está a preocupação do gestor em pensar de modo consequencialista sua decisão, já que, parafraseando Dostoiévski, em uma sociedade sem culpa, tudo é permitido (SANTOS, 2020).

A delegação também pode trazer resultados positivos, a partir de uma divisão de responsabilidades mais eficiente, de modo que cada qual dê o seu melhor com vistas a afastar qualquer sanção (SANTOS, 2020).

Os efeitos negativos, por seu turno, têm crescido nos últimos tempos, ainda mais quando se toma em conta a crise da divisão das funções estatais - com os conflitos entre os poderes instituídos e a ampliação da importância e autonomia das estruturas burocráticas. Dentre os efeitos apontados pelo autor, destaca-se, no que se refere às estratégias de manipulação, a existência de cada vez mais gestores mais preocupados em se proteger no curso da carreira ou mandato que se desincumbir de sua atividade técnica (SANTOS, 2020).

Na esfera das estratégias de atuação, é preciso destacar a excessiva pulverização das responsabilidades por delegação, o que dificulta a fiscalização daqueles que efetivamente causam danos. A terceirização, nesse aspecto, também possui suas externalidades negativas, haja vista ser mais custosa à Administração Pública (SANTOS, 2020).

No que se refere às estratégias de política pública, é possível encontrar a excessiva impessoalização da Administração Pública, o não enfrentamento de temas relevantes, o imobilismo decisório, a substituição decisória do administrador pelo magistrado e a blindagem patrimonial.

Portanto, o que se observa do exposto nesta seção é que, cada vez mais, o controle disfuncional - como aquele constatado no capítulo anterior - tem incrementado a autoproteção do gestor em detrimento do interesse público, conduzindo ao resultado oposto daquele pretendido.

4.2 UMA PROPOSTA DE UNIFORMIZAÇÃO CONCEITUAL

Diante desse cenário, com vistas a atenuar as externalidades negativas advindas da insegurança causada ao agente público pela ausência de uniformidade de entendimento quanto ao referencial a ser utilizado para a conceituação do “erro grosseiro” (art. 28, LINDB), a doutrina tem se debruçado em uma proposta de uniformização do referencial a ser utilizado na referida conceituação.

Para adentrar nessa discussão, todavia, é preciso tratar da justificativa utilizada pelo TCU para a utilização dos referenciais do “administrador médio” e da “culpa grave”, para, em seguida, analisar a proposta doutrinária de uma uniformização do conceito de “erro grosseiro”.

Quanto ao primeiro parâmetro, a Unidade de Auditoria Especializada em Tomada de Contas Especial (AudTCE) já dispôs, no corpo do Acórdão n. 2.837/2023 - Segunda Câmara, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, que considerar o erro grosseiro como culpa grave, mas mantendo o referencial do Administrador Médio, é a medida que melhor se adequa ao princípio fundamental da boa administração pública, uma vez que não seria coerente exigir do administrador público, por um lado, uma atuação diligente e eficiente, e, por outro lado, admitir sua responsabilização apenas quando o erro que lhe for atribuído puder ser percebido por pessoa com nível de atenção “aquém do ordinário” (BRASIL, 2023g). Entende-se que, se tal compreensão prevalecesse, não existiria correspondência na relação entre deveres e responsabilidades. Em poucas palavras, a Unidade de Auditoria (BRASIL, 2023g) sintetiza afirmando que:

Ora, se for possível imaginar abstratamente que qualquer outra pessoa (no caso, um gestor), exposta às mesmas circunstâncias, mas que empregasse um nível normal de diligência no seu trabalho, não cometeria a falha que o gestor hipotético apresentou, significa dizer, portanto, que este deixou de adotar um dever de cuidado objetivo que se esperaria da média de seus pares, o que não pode ser encarado como um erro desculpável (escusável).

Assim, ainda de acordo com a Unidade de Auditoria, deixar de responsabilizá-lo nesses casos significa aceitar uma métrica de reprovabilidade de condutas que somente atingiria os agentes públicos que fossem minimamente diligentes - de modo que se criaria uma “faixa de isenção” para aqueles que cometeram equívocos abaixo da média dos demais gestores públicos, mas que não cometeram erros que teriam como ser percebidos por agentes que agissem com nível de atenção aquém do ordinário.

A principal justificativa para a utilização do referencial do “administrador médio”, portanto, estaria no fato de que o princípio constitucional da eficiência na gestão pública não poderia albergar um regime de responsabilização de agentes públicos que fosse complacente com o cometimento de erros resultantes da aceitação de níveis de diligência “abaixo do normal” no desempenho da atividade administrativa. Balizar o grau de diligência a ser exigido daqueles que respondem pela administração do patrimônio público pelo mínimo aceitável seria, por via oblíqua, conformar-se com um padrão de serviços públicos minimamente eficiente.

Com isso, que o referencial do administrador médio para aferição do “erro grosseiro” do art. 28 da LINDB precisa ser mantido pelas decisões do TCU nos termos do voto que conduziu o Acórdão 2.012/2022 - Segunda Câmara (BRASIL, 2022c), de relatoria do Ministro Antônio Anastasia, no qual se dispôs que incorre em erro grosseiro o agente público que falha nas mesmas circunstâncias em que o administrador médio não falharia.

A justificativa para a utilização do parâmetro da “culpa grave”, por sua vez, pode ser melhor observada no voto proferido pelo Ministro Benjamin Zymler, relator do Acórdão 63/2023 (BRASIL, 2023f, em que assevera que “[...] associar culpa grave à conduta desviante da que seria esperada pelo homem médio significa tornar aquela absolutamente idêntica à culpa comum ou ordinária, visto que este sempre foi o parâmetro para se aferir tal modalidade de culpa.” E, além de inadequada, segundo o Ministro, essa posição estaria negando eficácia às alterações promovidas pela Lei n. 13.655/2018, que justamente teria buscado a instituição de um novo paradigma de valoração da culpabilidade dos administradores públicos, tornando os critérios de atribuição de responsabilidade mais restritos.

Destaca-se, ademais, que, para a utilização desse segundo referencial, o Ministro Benjamin faz referência às ponderações trazidas no voto condutor do Acórdão 2.391/2018 - Plenário, oportunidade em que destacou que, nos termos do

art. 138 do Código Civil, o erro que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal (Administrador Médio) é o erro normal, sem nenhum tipo de qualificação quanto à sua gravidade, e não o erro grosseiro (BRASIL, 2018c).

À vista disso, o Ministro Benjamin Zymler, nos autos do Acórdão n. 2.391/2018 – TCU – Plenário (BRASIL, 2018c) desenvolveu um quadro com a gradação do erro, a pessoa que seria capaz de percebê-lo e os efeitos sobre a validade do negócio jurídico, o qual é ilustrativo sobre a qualificação do erro (Quadro 4).

Quadro 4 – Gradação do erro proposto no Acórdão n. 2.391/2018 - TCU - Plenário

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

Fonte: BRASIL, 2018c.

Disposto o embasamento de que se vale o TCU para justificar a utilização dos referenciais do “administrador médio” e do “nível de diligência abaixo do normal” (culpa grave), cumpre agora trazer as principais considerações doutrinárias a esse respeito, em uma proposta de uniformização conceitual do que vem a ser “erro grosseiro.”

Como ponto de partida, é válido destacar novamente que o art. 12, §1º, do Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, tratou de considerar o “erro grosseiro” como sendo “[...] aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.” Assim, desde já, entende-se que não há como fugir do referencial da culpa grave, já que sua previsão é normativa.

Essa regulamentação foi aplaudida por boa parte da doutrina, uma vez que, ao definir o que seria o erro grosseiro e, em seu §2º, dispôs o que não se enquadraria nesse conceito, o dispositivo forneceu, em princípio, um cenário de maior segurança e previsibilidade aos agentes públicos (LEITE, 2021).

Com vistas a continuar aplicando o parâmetro do administrador médio, entretanto, o Ministro Antônio Anastasia sustenta, no Acórdão 2.012/2022 - Segunda Câmara (BRASIL, 2022c), que o correto seria considerar o erro grosseiro como culpa grave, mas mantendo o referencial do administrador médio. Essa técnica

argumentativa, entretanto, revela algumas contradições, pois o nível de diligência exigido é diferente a depender do referencial utilizado.

Joel de Menezes Niebuhr (2023), nessa linha, ensina que a régua do “administrador médio” é uma espécie de “*bonus pater familias*” adaptada ao contexto do Direito Administrativo, e era utilizada pelo TCU de forma mais ampla até o advento da Lei n. 13.655/2018. Dessa forma, o raciocínio empregado pelo Tribunal de Contas era pela responsabilização do administrador caso sua conduta destoasse de um grau de diligência normal, “[...] o que corresponde ao grau de culpa leve.” O autor, assim, defende que, com a lei que promoveu as alterações na LINDB e trouxe a previsão de seu art. 28, a régua não poderia mais ficar na altura desse “administrador médio”, uma vez que a responsabilização dependeria de um nível de desatenção acima da média.

Tendo isso em vista, Niebuhr (2023) argumenta ser correto o Acórdão n. 2.391/2018, ao dispor que a responsabilização do agente público demandaria culpa grave, a qual é caracterizada pela falta de diligência extremada, quase que intencional - *culpa lata dolo aequiparatur* (culpa grave é equiparada ao dolo).

Na mesma toada, Rodrigo Valgas dos Santos (2020), dispõe que o erro grosseiro, a partir da regulamentação procedida pelo Decreto 9.830/2019, não apenas está associado à culpa grave, mas também é caracterizado por um elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia

A manutenção do referencial do “administrador médio” para aferir a ocorrência de culpa grave, desse modo, acaba por ferir a própria noção doutrinária do que vem a ser essa modalidade de culpa, a qual, de acordo com os ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015), é caracterizada por uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na inobservância de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam.

Também nessa linha, Washington de Barros Monteiro (1995, p.393) destaca que a culpa grave “é a falta imprópria ao comum dos homens, é a modalidade que mais se avizinha do dolo”, e Flávio Tartuce (2021) ensina que ela ocorre quando existe uma imprudência ou negligência crassa, de modo que o agente, mesmo não querendo o resultado, age com tamanha culpa que parecia que o quisesse. É por isso que, como afirmou Niebuhr (2023) anteriormente, nesses casos, o efeito é o mesmo do dolo.

Ainda, de acordo com Pontes de Miranda (1958, p.72), a culpa grave é “a culpa crassa, magna, nímia, como se dizia, que tanto pode haver no ato positivo como

no negativo, é a culpa ressaltante, a culpa que denuncia descaso, temeridade, falta de cuidados indispensáveis.”

Observa-se ser majoritária a doutrina ao dispor que, para a configuração da culpa grave, o administrador age com tamanha falta de diligência que parece que está a agir com dolo. Assim, não podem restar dúvidas quanto à falta de cuidado e do quanto a ação ou omissão do agente público deve ser quase intencional para configurar essa modalidade de culpa - o que não é o mesmo que se utilizar do referencial do “administrador médio”, cujo nível de atenção exigido é o ordinário. Observa-se que a junção dos dois parâmetros, da forma que realizada no Acórdão 2.012/2022 (BRASIL, 2022c), acaba trazendo ainda mais insegurança jurídica, uma vez que a margem de valoração da conduta diante da norma acaba sendo ainda maior.

À vista disso, se mostram adequadas as decisões do TCU que, diante da regulamentação promovida pelo Decreto n. 9.830/2019, estão afastando a figura do “administrador médio” - parâmetro incompatível com as alterações promovidas na LINDB, e que, demais disso, na acepção de Rodrigo Valgas dos Santos (2020, p.174), representa grande perigo, já que inspirada na superada noção de homem médio, que efetivamente não existe no mundo fenomênico. O autor destaca que “[...] o que existe - parafraseando Ortega y Gasset - é o homem circunstancial que age dentro do contexto de um caso concreto e não diante de uma figura abstrata e idealizada de administrador médio.”

Assim, Rodrigo Valgas dos Santos defende uma posição semelhante a de Joel de Menezes Niebuhr, qual seja a que entende ser inerente à noção de erro grosseiro que este não seja trivial, exigindo grau de diligência abaixo do esperável de um sujeito em situação análoga, e evidentemente desbordando para uma grave inobservância dos deveres de cuidado.

Doutra banda, dispõe ser possível associar as categorias do “erro grosseiro” e da “culpa grave”, vez que a culpa não deixa de ser um erro de conduta cometido por aquele que, atuando em desconformidade com o direito, causa dano a outrem, sem a intenção de prejudicar, e sem a consciência de que seu comportamento poderia causá-lo. Ou seja, se o indivíduo deveria observar o cumprimento de norma jurídica e, porventura, deixar de fazê-lo - quer por imperícia, negligência ou imprudência -, terá cometido um erro de conduta, agindo culposamente (SANTOS, 2020).

A possibilidade dessa correlação também é atestada por Gustavo Binenbojm e André Cyrino (2018), para quem o erro grosseiro não afasta a incidência de culpa, uma vez que no conceito de erro grosseiro estão abrangidas a imprudência, negligência e imperícia, quando seja evidente a gravidade.

Rodrigo Valgas dos Santos (2020), entretanto, destaca que, para essa perspectiva vingar e passar a ser amplamente utilizada no âmbito do controle externo - ainda muito acostumado a se valer de um hipotético administrador médio como parâmetro para aferir a responsabilidade de agentes públicos -, faz-se necessário aguardar que o art. 28 da LINDB seja adequadamente decantado pela doutrina e jurisprudência como referencial de controle dos administradores públicos.

Até que haja a decantação do art. 28 da LINDB pela doutrina e jurisprudência, a tendência dos órgãos de controle ainda será aplicar hermenêutica *old fashion way* – para se valer da expressão utilizada por Santos (2020) –, em que se procura responsabilizar amplamente os administradores públicos que tomam decisões em típica função administrativa, mesmo sem incorrer em dolo ou erro grosseiro, mas mera culpa.

4.3 A UTILIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL PELO CONTROLE EXTERNO

Por fim, e abrindo-se caminho para o desenvolvimento de trabalhos futuros, faz-se necessário ampliar a discussão para o âmbito da utilização da Inteligência Artificial (IA) pelo controle externo, assim como suas possíveis implicações no fenômeno da “Administração Pública do medo”.

É que, se vimos no tópico anterior que uma possível uniformização do referencial a ser utilizado para a conceituação do “erro grosseiro” poderia vir a reduzir a insegurança jurídica do agente público controlado no contexto atual, a utilização da Inteligência Artificial pelos órgãos de controle, em um cenário em que esse controle é exercido com base em conceitos jurídicos indeterminados, pode trazer resultados opostos.

4.3.1 Conceitos e riscos atrelados à IA

Para iniciar esse debate, é necessário, antes, que se conceitue o que vem a ser Inteligência Artificial. A esse respeito, embora não haja um consenso científico, existem algumas definições interessantes ao presente trabalho. O Grupo Independente de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial - GPAN IA, criado pela Comissão Europeia, definiu a IA como sistemas de *software* ou *hardware* que, diante de um objetivo complexo, atuam digital ou fisicamente para tomar conhecimento do ambiente em que estão inseridos, através da aquisição de dados estruturados ou não, interpretando-os ou processando as informações obtidas desses dados, com o fito de decidir as melhores ações a serem adotadas para alcançar o objetivo predefinido (UNIÃO EUROPEIA, 2019b).

Miles Brundage (2018) estabelece que a inteligência artificial pode ser percebida como um corpo de pesquisa e de engenharia que se vale da tecnologia digital para construir sistemas que possuem aptidão para realizar atividades que, geralmente, demandam a inteligência humana.

Fabiano Hartmann Peixoto (2020), em complemento, afirma que a inteligência artificial está relacionada à reprodução artificial da capacidade humana de organização de informações com o objetivo de solucionar um problema de maneira aceitável.

Entretanto, não se pode afirmar que a IA se resume a simular e inteligência humana, observando-a e imitando-a. Na maior parte das vezes, o que ocorre é que a inteligência artificial aprende a resolver problemas estudando as informações e os dados que lhe são postos (MCCARTHY, 2007, *apud* SCHIEFLER, 2023).

De acordo com Harry Surden (2014), o aprendizado da inteligência artificial - ou *machine learning* - está relacionado com a capacidade de aprender a partir da experiência e, com isso, aperfeiçoar o seu desempenho ao longo do tempo. Em outras palavras, segundo o autor, os algoritmos são capazes de modificar o seu comportamento a partir da experiência, conforme os dados que lhes são disponibilizados para análise.

Esse recurso do *machine learning* viabiliza que o sistema de inteligência artificial otimize seu desempenho sem que um ser humano necessite explicar ou programar como a atividade no caso em concreto deve ser realizada (SCHIEFLER, 2023).

Tendo em vista que a máquina precisa aprender a partir da experiência - e que, para isso, há a necessidade de um banco de dados organizados e catalogados -

, a efetividade do seu treinamento depende da qualidade dos dados que lhe são disponibilizados, de sorte que, se a máquina dispõe de *inputs* com baixa qualidade (*dirty data*), é grande a probabilidade de que o *output* (solução ou resposta ao problema específico) não corresponda às expectativas de quem desenvolveu o sistema (SURDEN, 2014).

Trazendo a discussão para a temática do presente trabalho, existindo uma base jurisprudencial oscilante e muitas vezes rasa do que vem a ser “erro grosseiro” (*input* de baixa qualidade), é provável que a situação apresentada diante do sistema de inteligência artificial seja valorada de maneira equivocada, produzindo uma decisão/*output* que não corresponde ao esperado.

Também na esfera da gestão administrativa seu uso é problemático, uma vez que, se a máquina for alimentada com dados de baixa qualidade e a solução ao problema específico não for a adequada, não se sabe ao certo a quem seria atribuída a responsabilidade por eventual resultado danoso.

Eduardo Schiefler (2023) destaca que, nesses casos em que um “robô” toma decisões, o controle possui especificidades e depende da transparência do processo racional decisório, isto é, dos elementos que foram levados em conta pelo sistema para obter a conclusão final. Há, pois, o dever de motivação dos atos administrativos para que se legitimem (SCHIEFLER; HARTMANN PEIXOTO; DEZAN, 2020); o ato administrativo desmotivado representa uma arbitrariedade e um ferimento à legitimidade administrativa, já que os seus destinatários possuem o direito de exercer seu controle jurídico (SCHIEFLER, G., 2018).

Fato é que, em que pese a existência de benefícios trazidos pela tecnologia à Administração Pública (eficiência e celeridade, por exemplo), o uso descontrolado dos sistemas de inteligência artificial - muitas vezes com um *dataset* de qualidade ruim ou enviesada - pode aprofundar a crise de legitimidade da administração pública (SCHIEFLER, 2023), bem como aumentar a insegurança jurídica do agente público e expandir o fenômeno da “Administração Pública do medo”.

Nessa linha, entende-se que a inteligência artificial deve assumir um papel de auxílio, mas não de substituição ao administrador público e aos órgãos de controle, alertando-os quanto a eventual existência de erro grosseiro ao redigir uma decisão, transcrevendo audiências, sugerindo palavras durante a escrita, propondo teses jurídicas, etc. (SCHIEFLER; HARTMANN PEIXOTO, 2020).

Isso porque o emprego de ferramentas de inteligência artificial, embora seja uma necessidade frente às demandas da sociedade contemporânea (GUERRA, 2016), e embora seja capaz de ampliar os níveis de transparência, democratização, impessoalidade e eficiência das relações entre os cidadãos e o Estado (SCHIEFLER, 2023), quando feito de maneira incorreta, pode violar os princípios que regem o agir da Administração Pública (MARRARA, 2011). Juan Gustavo Corvalán (2018, p.81-82, *apud* SCHIEFLER, 2023, p.141) destaca que

[...] um dos desafios recentes mais complexos, cujo enfrentamento é indispensável para o regular desenvolvimento da sociedade, consiste em compatibilizar a inteligência artificial com os direitos humanos, especialmente em dois cenários: (i) com a garantia da intervenção humana nas hipóteses em que o sistema de inteligência artificial entrega decisões ou previsões; e (ii) com a definição quantitativa e qualitativa dessa intervenção, a fim de garantir um resultado, proveniente do processamento de dados, que seja legítimo e adequado e que promova a efetividade dos direitos humanos.

Assim, por exemplo, se, por um lado, a utilização da inteligência artificial pode otimizar a impessoalidade da atuação administrativa e controladora, já que suas decisões restringem a influência de opiniões pessoais do gestor público e do agente controlador, por outro lado, as funções administrativa e de controle podem ficar inflexíveis e potencialmente violadoras de direitos, tendo em vista a limitação que a máquina pode ter para dar uma solução a casos complexos de forma “humanamente adequada” - o que, no cenário atual, só pode ser corrigido por uma atuação pessoal daquele responsável pela tomada da decisão (MARRARA, 2011).

O risco, diante desse cenário, é o de que o uso da tecnologia desumanize a Administração Pública e estimule um sentimento de insegurança jurídica no agente público, o qual terá sua conduta apreciada por uma máquina cuja percepção acerca das categorias de conceito jurídico indeterminado (“erro grosseiro”, “administrador médio”, “culpa grave”, etc.) nem se sabe qual é.

Importante destacar, como o fez Schiefler (2023), que não se está pretendendo afirmar que a inteligência artificial não é capaz de se adaptar a situações excepcionais cujas peculiaridades exigem um tratamento diferenciado pela Administração Pública. O que se pretende trazer é que os sistemas de inteligência artificial podem causar distorções práticas quando estiverem no desempenho de funções administrativas essenciais, bem como de controle - como é a situação de atos decisórios acerca de assuntos sensíveis aos direitos pessoais dos administradores públicos e dos demais cidadãos.

Diante desse contexto, passa-se a estudar as principais estratégias previstas para que o uso da IA no âmbito da Administração Pública não se mostre violador dos paradigmas que regem um Estado Democrático de Direito - a exemplo do respeito à Constituição.

4.3.2 A Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial

Expostos os riscos atrelados ao uso da Inteligência Artificial, mormente na esfera do controle - a qual gera consequências diretas na vida dos agentes públicos - , cabe agora analisar algumas diretrizes para evitar ao máximo a concretização desses riscos.

Abre-se, antes, um parêntese para destacar que, no Brasil, já existem diversos casos de utilização bem-sucedida de sistemas de IA em órgãos públicos, destacando-se, a esse respeito, o próprio TCU, que possui a “Alice - Análise de Licitações e Editais”, que lê editais nos Diários Oficiais e aponta se há indícios de fraude, a “Sofia - Sistema de Orientação sobre Fatos e Indícios para o Auditor”, que auxilia o auditor ao escrever um texto, apontando possíveis erros e sugerindo informações relacionadas às partes envolvidas (validade do CPF, por exemplo), e a “Monica - Monitoramento Integrado para Controle de Aquisições”, a qual traz informações sobre as compras públicas na esfera federal.

Dito isso, o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, através da Portaria do Gabinete do Ministro n.º 4.617, de 6 de abril de 2021, instituiu a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), que é um documento que possui a função de nortear as ações do Estado brasileiro em prol do desenvolvimento de soluções em Inteligência Artificial, assim como estabelecer parâmetros para seu uso ético.

A EBIA é baseada em alguns pilares, dentre os quais se destaca o desenvolvimento de parâmetros jurídicos, regulatórios e éticos para orientar a aplicação da IA, e a governança de IA. No âmbito do primeiro pilar, encontra-se a preocupação em estabelecer um ponto de equilíbrio entre a proteção de direitos e a preservação de estruturas adequadas de incentivo ao desenvolvimento dessa tecnologia (BRASIL, 2021c).

Nesse aspecto, tem ganhado destaque o debate em torno do estabelecimento de parâmetros éticos a serem adotados por atores públicos e privados no que se refere ao uso da inteligência artificial - através de códigos de conduta, manuais de

boas práticas, diretrizes, etc. Algumas iniciativas nesse sentido - tais como os Princípios da OCDE sobre Inteligência Artificial (2019) e as Orientações Éticas para uma IA de Confiança (UNIÃO EUROPEIA, 2019b) - indicam que o desenvolvimento da IA deve observar a harmonização dos princípios que norteiam a noção de Estado de Direito, inclusive o respeito aos direitos humanos e a inclusão de salvaguardas que possibilitem a intervenção humana sempre que necessária, de modo a garantir uma sociedade justa (BRASIL, 2021c).

Outro ponto de discussão refere-se à transparência e à divulgação responsável acerca dos sistemas de IA, destacando-se a necessidade de adoção de medidas para garantir a compreensão dos processos associados à tomada de decisões automatizadas, tornando possível identificar vieses envolvidos (BRASIL, 2021c).

A EBIA, nesse sentido, destaca que um dos principais atributos da IA é a capacidade de tomar decisões sem intervenção humana, mas há a necessidade de se avaliar quais tipos de decisão podem ser delegadas a uma máquina e quais demandam, necessariamente, a supervisão humana. A esse respeito, aliás, a LGPD dispõe sobre o direito dos indivíduos de solicitarem a revisão das decisões tomadas apenas com base no processamento automatizado de dados pessoais, bem como de obterem informações claras e adequadas acerca dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada (BRASIL, 2021c).

Dierle Nunes (2021), nessa linha, em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, destaca que:

[...] a atribuição de decisões sensíveis às máquinas deve ser absorvida com bastante cuidado [...] e deve ser objeto de um monitoramento rigoroso [...], para que modelos algorítmicos enviesados não possam gerar erros em escala exponencial ou que modelos precisos não sejam utilizados com o intuito de agravar a situação de alguns grupos que já sofrem preconceito.

Em áreas como a debatida neste trabalho - em que se está a julgar a responsabilidade de administradores públicos -, quando se tem uma decisão incorreta, a intervenção humana, na linha do exposto, se mostra um elemento central para fornecer a reparação necessária. Essa supervisão se trata de um importante fator de mitigação de riscos, e deve ser considerada pelo setor público, quando da utilização da IA.

De igual forma é desejável que as decisões tomadas por sistemas automatizados sejam passíveis de explicação e de interpretação. No documento que

instituiu a EBIA, destaca-se que, mesmo que tecnologias de *machine learning* sejam comumente caracterizadas como “sistemas fechados”, existem algumas possibilidades, tais como o uso de mecanismos para facilitar a rastreabilidade do processo decisório e o desenvolvimento e emprego de técnicas de explicabilidade (BRASIL, 2021c).

Acerca desse ponto, cabe tecer uma breve crítica à EBIA. É que, embora a Estratégia mencione a importância da implementação desses mecanismos de rastreabilidade como uma cautela necessária para garantir o direito de explicação sobre as decisões tomadas pela IA, mormente diante de um sistema fechado (“caixa preta”), o documento não fundamenta essas preocupações a nível jurídico ou político, e nem mesmo recomenda soluções (BARBOZA; FERNEDA; CRISTÓVAM, 2022).

No caso deste trabalho, supondo que a IA seja treinada para se valer do referencial utilizado por cada Ministro do TCU, haverá a necessidade de que as etapas desse processo de aprendizado/treinamento de máquina que resultaram em uma inferência sejam rastreáveis, e as variáveis que pesaram na tomada de decisão, analisáveis. A explicabilidade e a auditabilidade são, afinal, aspectos relevantes da transparência que deve permear a utilização de sistemas automatizados.

As preocupações com a dignidade humana e com a valorização do bem-estar humano devem, demais disso, estar sempre presentes. O desenvolvimento de uma Sociedade do Futuro centrada no ser humano é uma das diretrizes adotadas pelo “G20 - Declaração Ministerial sobre Comércio e Economia Digital - Princípios para IA Centrada nos Humanos (2019)”, ao tratar sobre inteligência artificial, economia digital e formas para que as políticas digitais maximizem benefícios e minimizem desafios (BRASIL, 2021c).

Diante desse cenário, a EBIA propõe diversas ações estratégicas, sendo algumas delas especialmente interessantes à presente pesquisa: i) elaborar política de controle de qualidade de dados para o treinamento do sistema de IA; ii) estabelecer parâmetros acerca da intervenção humana em contextos em que o resultado de uma decisão automatizada implica um alto risco de dano ao indivíduo; iii) desenvolver mecanismos de revisão em contextos de utilização da IA; iv) estimular a produção de IA ética por meio do financiamento de projetos de pesquisa que objetivem aplicar soluções éticas; v) estimular ações de transparência no que se refere à utilização de sistemas de Inteligência Artificial; e vi) promover a observância, por esses sistemas, dos direitos humanos e dos valores democráticos (BRASIL, 2021c).

Para implementar muitas dessas medidas, a EBIA aponta para a necessidade de estabelecer estruturas de governança de IA, as quais assegurem a adoção dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito. Entre os mecanismos, sugere (i) a designação de agentes no interior da organização para promover a conformidade com os princípios, (ii) a adoção de medidas para aumentar a conscientização interna acerca da necessidade dessa conformidade (treinamentos, por exemplo), e (iii) a criação de conselhos de revisão de dados ou comitês de ética voltados à Inteligência Artificial. Esse último mecanismo, em específico, impulsiona *accountability* (responsabilidade)⁶ dentro dos órgãos, promovendo tomada de decisões responsáveis (BRASIL, 2021c).

Em se tratando do controle externo, a utilização da IA pode ser considerada como de alto-risco, de sorte que a ideia de *accountability* deve ser guiada pelo princípio da precaução. A necessidade de intervenção regulatória, em razão disso, deve ser maior.

Enfim, a utilização da Inteligência Artificial demanda aprofundamento teórico estranho ao objeto deste trabalho, mas que poderá vir a ser desenvolvido posteriormente. É preciso, afinal, discutir e buscar soluções para os problemas referidos acima, sem esquecer de destacar os benefícios sociais que os sistemas automatizados têm a oferecer à população e à Administração Pública.

Por ora, e para os fins desta pesquisa, é preciso que fique consolidado apenas que qualquer movimento ao encontro da regulamentação dessas questões deve observar alguns princípios, tais como: i) aprimorar estruturas legais já existentes - tais como a LGPD; ii) realizar um teste de equilíbrio entre riscos e benefícios centrado no ser humano; e iii) avaliar o impacto contextual (BRASIL, 2021c), principalmente na esfera do controle.

⁶ Acerca do conceito de *accountability*, é preciso considerar, inicialmente, que a palavra não possui exata e unívoca tradução para a língua portuguesa (CRISTÓVAM; BERGAMINI, 2021). Assim, para sua compreensão, os autores buscaram o significado original do termo a partir da língua inglesa. Nesse aspecto, o Dicionário de Cambridge o classifica como um substantivo, definido através do adjetivo *accountable*, atribuível a alguém totalmente responsável pelo que faz e que presta conta dos seus atos. O *Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo – CLAD* (2000), nessa mesma linha, associa a *accountability* ao cumprimento de uma obrigação do agente público de prestar contas. No âmbito da ciência política, Rebello (2009) destaca que a tradução desse termo se direciona ao controle dos agentes públicos. Aprofundando o tema, Guillermo A. O'Donnel (1994) estabeleceu a já clássica divisão bidimensional entre *accountability* vertical e horizontal. Em sua dimensão vertical, os próprios órgãos do Estado avaliam e impõem sanções decorrentes das ações ou omissões ilegais cometidas por outros órgãos ou agentes estatais; em sua dimensão horizontal, os cidadãos monitoram e exigem a prestação de contas dos detentores de funções estatais através de mecanismos próprios a esse fim (O'DONELL, 1994).

A adoção de referenciais éticos na utilização dos sistemas inteligentes, bem como a existência de mecanismos de controle que garantam a transparência da inteligência artificial, são essenciais para que sejam mitigados ao máximo os riscos de concretização de danos aos indivíduos - administrados e administradores.

São esses, e não outros, os *standards* internacionais - a exemplo daqueles adotados pela União Europeia - e nacionais - trazidos pelo EBIA - que devem ser observados por todas as esferas na implementação da Inteligência Artificial. Só assim, afinal, será possível mitigar, e não expandir ainda mais o fenômeno da “Administração Pública do medo”.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou aprofundar a efetividade das alterações promovidas pela Lei n. 13.655/2018 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Referido diploma, ao acrescentar o art. 28 à LINDB, buscou reduzir as hipóteses de responsabilização do agente público a apenas duas – dolo ou erro grosseiro. Contudo, em que pese a finalidade declarada, há, nesse dispositivo, a utilização de uma expressão com conceito jurídico indeterminado (“erro grosseiro”), o que possibilita a convivência de intelecções diversas e igualmente razoáveis.

O problema central da pesquisa foi estruturado através da seguinte pergunta: “no âmbito da responsabilização administrativa de agentes públicos por parte do Tribunal de Contas da União, há controvérsias e indefinições em torno da categoria jurídica do “erro grosseiro”, ocasionando uma expansão do fenômeno da Administração Pública do medo?”.

A hipótese foi de que sim, essas controvérsias existem e promovem, diversamente do propósito declarado da Lei n. 13.655/2018, uma maior insegurança jurídica ao agente público.

Com o fim de responder ao problema de pesquisa, o objetivo geral do presente trabalho foi investigar a aplicação da categoria jurídica do “erro grosseiro” por parte do TCU, e sua relação com a segurança jurídica e o fenômeno da “Administração Pública do medo”. Para que isso fosse possível, o intento se desdobrou em quatro objetivos específicos cujas conclusões relacionadas a cada capítulo contribuíram para a resposta ao problema principal.

Dessa forma, no primeiro capítulo, analisou-se o fenômeno conhecido como “Administração Pública do medo”, apontando seu conceito e os aspectos relevantes da insegurança do agente público. Dessa análise, conclui-se que referido fenômeno ocorre quando, diante da proliferação de oportunidades de responsabilização, o gestor passa a declinar de funções e agir de forma a não assumir qualquer risco, ainda que isso cause prejuízos ao interesse público, porque seu principal objetivo passa a ser sua autoproteção. Entre os principais aspectos que levam a essa inação, está o controle externo disfuncional, que, por sua vez, possui relação direta com a crise existente na tradicional divisão tripartite dos poderes e a ascensão de órgãos públicos que despontam no âmbito da estrutura burocrática como novos poderes não instituídos (a exemplo dos tribunais de contas e do Ministério Público). Esse controle

externo disfuncional, conforme demonstrado, encontra manifestação em práticas ativistas do TCU – mas também naquelas que não exorbitam à sua competência constitucionalmente prevista, conforme se demonstrou no capítulo seguinte. As alterações promovidas na LINDB pela Lei 13.655/2018, nesse sentido, vieram com a proposta declarada de proporcionar maior segurança jurídica ao agente público.

No segundo capítulo, enfrentou-se a questão das definições existentes em torno do “erro grosseiro”, uma categoria com conceito jurídico indeterminado. Analisou-se o que é um conceito jurídico indeterminado para, em seguida, apontar-se as posições doutrinárias e do TCU em torno dessa expressão prevista no art. 28 da LINDB. Concluiu-se que o “erro grosseiro”, enquanto expressão com conceito jurídico indeterminado, possui uma zona de certeza positiva, com conteúdo mínimo indiscutível, uma zona de certeza negativa, em que se estabelece o que se exclui do conceito, e uma zona de dúvida que admite várias possibilidades. No que se refere a essa terceira zona, duas correntes doutrinárias ganham destaque ao traçar parâmetros para definir esse termo e, com isso, reduzir a margem de decisionismo dos órgãos de controle: uma que se vale do referencial do “Administrador Médio”, e outra que equipara o “erro grosseiro” à “culpa grave.” Esses parâmetros, divergentes entre si, são ambos adotados pelo TCU, de sorte que ora se encontram decisões que se utilizam de uma régua mais alta de responsabilização (a do “Administrador Médio”), ora de uma régua mais baixa (a da “culpa grave”), criando uma zona de dúvida bastante volátil na definição dessa categoria jurídica.

Por fim, no terceiro capítulo, foram abordadas as principais consequências do cenário de insegurança resultante das aplicações desarticuladas da expressão “erro grosseiro” por parte do TCU: a utilização das estratégias de fuga da responsabilização e a paralisia da Administração Pública. Concluiu-se que, nesse cenário, ao ponderar acerca das opções decisórias de que dispõe, é provável que o agente público se defronte com entendimentos contrapostos dos órgãos de controle, o que acaba incentivando sua inércia, pelo medo da responsabilização. Ainda, a ausência de tomada de decisões inovadoras para problemas contemporâneos, por seu turno, ossifica a Administração Pública. Com vistas a atenuar essas externalidades negativas, debruçou-se em uma proposta de uniformização do conceito de “erro grosseiro”, partindo-se do referencial da “culpa grave”. Para finalizar, ampliou-se a discussão para o âmbito da utilização da IA pelo controle externo, concluindo-se que seu uso alimentado por uma base jurisprudencial oscilante e muitas vezes rasa do

que vem a ser “erro grosseiro” pode trazer ainda mais insegurança ao agente público, ocasionando uma expansão do fenômeno da “Administração Pública do medo.” Faz-se necessária, nesses casos, a intervenção humana em prol da garantia dos parâmetros básicos que regem um Estado Democrático de Direito – a exemplo do respeito à Constituição.

Dessa forma, diante do que se verificou em cada um dos capítulos, pode-se afirmar que a hipótese de pesquisa se confirmou, no sentido de que não há uniformidade na aplicação do “erro grosseiro”, no âmbito do Tribunal de Contas da União, categoria com conceito jurídico indeterminado, ocasionando uma expansão do fenômeno da “Administração Pública do medo”, em razão da maior insegurança jurídica causada ao agente público. Se antes a incerteza era quanto às condutas que fugiam do referencial do “Administrador Médio”, agora, além de ter essa preocupação – pois continuam existindo decisões que se valem desse parâmetro –, o agente público precisa lidar com a imprevisibilidade quanto ao referencial que será utilizado para definir o que vem a ser o “erro grosseiro” previsto no art. 28 da LINDB.

Assim, diversamente de seu propósito declarado, a Lei n. 13.655/2018, ao menos no que se refere à responsabilização do administrador público, não atingiu seu escopo de promover maior segurança jurídica. Para modificar esse cenário, faz-se necessária uma uniformização conceitual que equipare o “erro grosseiro” à culpa grave, uma vez que somente assim estar-se-á admitindo um espaço de maior tolerabilidade ao erro – compatível com o art. 28 da Lei n. 13.655/2018 e necessário para que o agente público possa tomar decisões inovadoras sem o medo da responsabilização.

Essa uniformização, no contexto da Administração Pública digital, faz-se ainda mais relevante, pois, em um contexto em que decisões de controle externo passem a ser tomadas por sistemas de inteligência artificial, uma base jurisprudencial oscilante e muitas vezes rasa ocasionaria resultados de baixa qualidade, bem longe do esperado, promovendo um agravamento ainda mais expressivo da insegurança do agente público.

Como linha de pesquisa para futuros estudos sobre o assunto, sugere-se aprofundar a relação entre o uso da Inteligência Artificial e o fenômeno da “Administração Pública do medo”, investigando mais a fundo as possíveis consequências advindas de cenários em que o controle externo recaia sobre uma decisão proferida por um sistema automatizado que incorreu em erro grosseiro; ou,

então, de cenários em que o controle externo é realizado por uma Inteligência Artificial, que necessita interpretar e aplicar conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo do “erro grosseiro.”

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, 2000. v. 113, n. 3, p. 633-725, jan. 2000. Disponível em: https://www.palermo.edu/derecho/eventos/pdf/Ackerman_The_New_Separation_of_Powers_HLR.pdf. Acesso em: 01 mai. 2024.

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13–23, jan./ abr., 2014. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/18909>. Acesso em: 30 abr. 2024.

AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. *Revista de informação legislativa*, v. 42, n. 165, 2005.

ARANTES, Rogério B.; MOREIRA, Thiago M. Q.. Democracia, instituições de controle e justiça sob a ótica do pluralismo estatal. *Opin. Publica*, Campinas, v. 25, n. 1, abr. 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/y9dCbmHBdT8QJTDZh563fFx/?lang=pt>. Acesso em: 07 mai. 2024.

BARBOZA, Hugo Leonardo; FERNEDA, Ariê Scherreier; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial no Paradigma do Governo Digital. *Revista do Direito*, n. 67, p.1-18, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/17460>. Acesso em: 07 jun. 2024.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O artigo 28 da LINDB — A cláusula geral do erro administrativo. *Revista Direito Administrativo*, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB) (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/77655>. Acesso em: 05 abr. 2024.

BRASIL. Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2018a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão n. 1.628/2018 – Plenário*, de Relatoria do Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF: TCU, 2018b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão n. 2.391/2018 – Plenário*, de Relatoria do Ministro Benjamin Zymler. Brasília, DF: TCU, 2018c.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão n. 1.264/2019 - Plenário*, de relatoria do Ministro Augusto Nardes. Brasília: DF: TCU, 2019a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão 3.327/2019 - Primeira Câmara*, de relatoria de Vital do Rêgo. Brasília: DF: TCU, 2019b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão 918/2020 – Plenário*, de relatoria do Ministro Bruno Dantas. Brasília: DF: TCU, 2020a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão 4.447/2020 - Segunda Câmara*, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, de relatoria de Vital do Rêgo. Brasília: DF: TCU, 2020b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão 10.679/2021 - Primeira Câmara, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler*. Brasília: DF: TCU, 2021a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão 18.901/2021 - Primeira Câmara*, de relatoria do Ministro Augusto Sherman. Brasília: DF: TCU, 2021b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão 8.501/2022 - Segunda Câmara*, de relatoria do Ministro Antonio Anastasia. Brasília: DF: TCU, 2022a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão 7.163/2022 - Segunda Câmara*, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz. Brasília: DF: TCU, 2022b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão 2.012/2022 - Segunda Câmara*, de relatoria do Ministro Antônio Anastasia. Brasília: DF: TCU, 2022c.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão 13.751/2023 - Primeira Câmara*, de relatoria do Ministro Weder de Oliveira. Brasília: DF: TCU, 2023e.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão 63/2023 - Primeira Câmara*, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler. Brasília: DF: TCU, 2023f.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão 2.837 – Segunda Câmara*, de relatoria do Ministro Aroldo Cedraz. Brasília: DF: TCU, 2023g.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão 3.114/2024 - Segunda Câmara*, de relatoria do Ministro Antonio Anastasia. Brasília: DF: TCU, 2024b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Acórdão 903/2024 - Plenário*, de relatoria do Ministro Weder de Oliveira. Brasília: DF: TCU, 2024c.

BRASIL. *Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial - EBIA*. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, jul. 2021c. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivos/inteligenciaartificial/ebia-documento_referencia_4-979_2021.pdf. Acesso em: 30 mai. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência 433/2023*. Para fins do exercício do poder sancionatório do TCU, considera-se erro grosseiro (art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 - Lindb) aquele que poderia ser percebido por pessoa com diligência abaixo do normal ou que poderia ser evitado por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário, decorrente de grave inobservância do dever de cuidado. Associar culpa grave à conduta desviante da que seria esperada do homem médio significa tornar aquela idêntica à culpa comum ou ordinária, negando eficácia às mudanças promovidas pela Lei 13.655/2018 na Lindb, que buscaram instituir novo

paradigma de avaliação da culpabilidade dos agentes públicos, tornando mais restritos os critérios de responsabilização. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2023a. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/>. Acesso em: 12 mai. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência 462/2023*. A regra prevista no art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), que estabelece que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica à responsabilidade financeira por dano ao erário. O dever de indenizar prejuízos aos cofres públicos permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, tendo em vista o tratamento constitucional dado à matéria (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2023b. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/>. Acesso em: 12 mai. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência 464/2023*. O descumprimento da previsão legal de demonstrar a regular aplicação de recursos federais recebidos por meio de transferência voluntária constitui grave inobservância do dever de cuidado no trato com a coisa pública, revelando a existência de culpa grave, uma vez que se distancia do que seria esperado de um administrador minimamente diligente, o que caracteriza erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb). Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2023c. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/>. Acesso em: 12 mai. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência 471/2023*. Incorre no erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lindb), entendido como grave inobservância do dever de cuidado e zelo com a coisa pública, o gestor que falha nas circunstâncias em que não falharia aquele que emprega nível de diligência normal no desempenho de suas funções, considerados os obstáculos e as dificuldades reais apresentados à época da prática do ato impugnado. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2023d. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/>. Acesso em: 12 mai. 2024.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência 485/2024*. O erro grosseiro a que alude o art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), incluído pela Lei 13.655/2018, fica configurado quando a conduta do agente público se distancia daquela que seria esperada do administrador médio, avaliada no caso concreto. Brasília, DF: Tribunal de Contas da União, 2024a. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/>. Acesso em: 12 mai. 2024.

BRITTO, Ayres. O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. I, no 9, dezembro, 2001. Disponível em: http://www.facape.br/ivan/constitucional/tribunal_de_contas.pdf. Acesso em: 03 abr. 2024.

BRUNDAGE, Miles. Scaling up humanity: The case for conditional optimism about artificial intelligence. *Should we fear artificial intelligence*, 2018. Disponível em: [https://doc989.consiglio Veneto.it/oscc/resources/EPRS_IDA\(2018\)614547_EN.pdf](https://doc989.consiglio Veneto.it/oscc/resources/EPRS_IDA(2018)614547_EN.pdf). Acesso em: 06 abr. 2024.

CABRAL, Flávio Garcia. O ativismo de contas do Tribunal de Contas da União (TCU). *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura-RDAI*, v. 5, n. 16, p.215-257, 2021.

CALIXTO, Marcelo Junqueira. Breves considerações em torno do art. 944, parágrafo único, do Código Civil. *Âmbito Jurídico*, 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/breves-consideracoes-em-torno-do-art-944-paragrafo-unico-do-codigo-civil/>. Acesso em: 17 mai. 2024.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa; RODRIGUES, Ricardo Schneider. O tribunal de contas no Brasil e seus congêneres europeus: um estudo comparativo. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional da CAPES*, 2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/844>. Acesso em: 29 mai. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Gen/Atlas, 34. ed., 2020a.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Afinal, o que é “erro grosseiro”? *GenJurídico*, 2020b. Disponível em: <https://blog.grupogen.com.br/juridico/areas-de-interesse/administrativo/o-que-e-erro-grosseiro/>. Acesso em: 24 mai. 2024.

CASTRO, José Ricardo Parreira. *Ativismo de contas – controle das políticas públicas pelos Tribunais de Contas*. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – Unirio, Rio de Janeiro, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CLAD. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. La responsabilización múltiple. Consideraciones finales. In: CLAD. *La responsabilización en la nueva gestión pública latinoamericana*, Buenos Aires: Clad; BID; Eudeba, 2000.

COSTA, Regina Helena. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Revista PGE/SP. jun, 1988.

COSTA, Antonio França da. Controle de Legalidade e Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista Controle: Doutrinas e artigos*, v. 13, n. 2, p. 163-180, 2015. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6167533>. Acesso em: 10 mai. 2024.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *O Conceito de Interesse Público no Estado Constitucional de Direito: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2014.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Menos princípios, mais regras: a teoria da ponderação na encruzilhada do decicionismo. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 5, n. 3, p. 9931023, 2019. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/3/2019_03_0993_1023.pdf. Acesso em: 11 mai. 2024.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; BERGAMINI, José Carlos Loitey. A centralidade da noção de accountability como instrumento de concretização do modelo de Administração Pública sustentável. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 21, n. 84, p. 87-108, 2021. Disponível em: <https://revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1372>. Acesso em: 06 jun. 2024.

CRUZ, Alcir Moreno da; BORGES, Mauro. O artigo 28 da LINDB e a questão do erro grosseiro. *Revista Consultor Jurídico*, mai. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/opiniao-artigo-28-lindb-questao-erro-grosseiro/>. Acesso em: 27 abr. 2024.

DALBERG, John Emerich Edward. *Letter to Archbishop Mandell Creighton (Apr. 5, 1887)*. Excerpt of the full text at the Online Library of Liberty. Disponível em: <https://history.hanover.edu/courses/excerpts/165acton.html>. Acesso em: 29 abr. 2024.

DANTAS, Bruno. O risco de 'infantilizar' a gestão pública. *O Globo*, Rio de Janeiro, 6 jan. 2018. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401>. Acesso em: 07 de abr. de 2024.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 1 ed. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

FARIAS, Cristiano Chaves de. ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GRAU, Eros. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musseti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista dos Tribunais*. Ano 3, n.12, jul/set. 1995.

GUERRA, Sérgio. Inovações Tecnológicas, Regulação e o Direito Administrativo. *Revista Colunistas de Direito de Estado*, n.163, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/sergio-guerra/inovacoes-tecnologicas-regulacao-e-o-direito-administrativo>. Acesso em: 10 abr. 2024.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo: a crise da ineficiência pelo controle. *Revista Colunistas - Direito do Estado*, Salvador, n. 71, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando->

vernalha-guimaraes/o-direitoadministrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle. Acesso em: 02 abr. 2024.

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. *Direito e Inteligência Artificial*. Coleção Inteligência Artificial e Jurisdição. Volume 2. DR.IA. Brasília, 2020.

JAYME, Fernando Gonzaga. Tribunal de Contas: jurisdição especial e a prova no procedimento de julgamento de contas. *Revista do TCE-MG*, ano XVII, 1999, vol. 3.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. *Fórum Administrativo*, v. 100, jun. 2009.

LARENZ, K. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LEITE, Bernardo Ramos. *A responsabilização de agentes públicos segundo o art. 28 da LINDB: uma análise sistemática da jurisprudência do TCU*. Monografia – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas (FGV). Rio de Janeiro, 2021.

LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria, jurisprudência e mais de 500 questões*. 4a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Tradução: Ivone C. Benedetti. São Paulo: Objetiva, 2013.

MAFRA, Gabriela. *Limites ao controle judicial da atividade administrativa discricionária: os permissivos legais constantes nos artigos 20, 21 e 22 da LINDB como parâmetros à deferência judicial no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2021.

MARANHÃO, Jarbas. Heraclio Salles e o Tribunal de Contas. *Revista de Informação Legislativa*, a. 38, no 149, jan/mar 2001. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/792/851>. Acesso em: 29 abr. 2024.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. A LINDB e o regime jurídico para o administrador honesto. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, maio 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridicoadministrador-honesto>. Acesso em: 03 abr. 2024.

MARRARA, Thiago. Direito administrativo e novas tecnologias. *Revista de Direito Administrativo*, v. 256, p. 225-521, 2011. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/8500>. Acesso em: 11 abr. 2024.

MEDEIROS, Isaac Kofi. *Ativismo judicial e o princípio da deferência à administração pública*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 37. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2024 São Paulo: Malheiros, 2014.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

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

MONTESQUIEU. O espírito das leis. *DHNET*, 2001. Disponível em: chrome-extension://efaidnbnmnnibpcajpcgkclefindmkaj/https://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf. Acesso em: 10 mai. 2024.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. *Temas de Direito Processual*. 2ª série. São Paulo, Saraiva: 1988.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no direito público: Lei 13.655/2018*. São Paulo: Thompson Reuters, 2019. (*E-book* - Coleção Soluções de Direito Administrativo - Leis Comentadas Volume 10).

NIEBUHR, Joel. O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. *Blog Zênite*, nov. 2018. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>. Acesso em 20 mai. 2024.

NIEBUHR, Joel de Menezes. A LINDB esvaziada. *Menezes Advocacia*, set. 2021. Disponível em: <https://www.mnadvocacia.com.br/a-lindb-esvaziada/>. Acesso em: 20 mai. 2024.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Erro grosseiro na visão do TCU: a divergência entre Anastasia e Benjamin. *Revista Consultor Jurídico*, mar. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-10/joel-niebuhr-tcu-divergencia-erro-grosseiro/>. Acesso em: 20 mai. 2024.

NOHARA, Irene Patrícia. *O Motivo no Ato Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

NUNES, Dierle. A supervisão humana das decisões de inteligência artificial reduz os riscos. *Revista Consultor Jurídico*, jun. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jun-25/nunes-supervisao-humana-decisoes-ia-reduz-riscos/>. Acesso em: 10 abr. 2024.

O'DONELL, Guillermo A. Delegative democracy. *Journal of democracy*, Baltimore, v. 5, n. 1, p. 55-69, jan. 1994. Disponível em: <http://muse.jhu.edu/issue/12222>>. Acesso em: 05 jun. 2024.

OLIVEIRA, Júlio Marcelo de. Por que o controle da administração pública incomoda tanto?. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, ago. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-ago-28/contas-vista-controle-administracao-publicaincomoda-tanto>. Acesso em: 07 abr. 2024.

OSÓRIO, Fabio de Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo, RT, 2015.

PALMA, Juliana de. Quem é o administrador médio do TCU? *JOTA*, 22 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-mediodo-tcu-22082018>. Acesso em: 24 mai. 2024.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2013. v. I.

PIRES, Leonardo Lobo. *O conceito jurídico indeterminado de elementos de projeto básico: posições do Tribunal de Contas da União e do poder concedente no acompanhamento das concessões rodoviárias*. Monografia (Especialização) – Faculdade de Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2013.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado, t. XXIII*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

REBELLO, Maurício Michel. *A capacidade de premiar ou punir: responsabilização eleitoral, responsividade e legitimidade do regime democrático do Brasil*. 2009. 128 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/18451/000729296.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 jun. 2024.

SALOMÃO, Luis Felipe. “Juiz não é vingador”, diz Luis Felipe Salomão, corregedor do CNJ. *Veja*, 2023. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/paginas-amarelas/juiz-nao-e-vingador-diz-luis-felipe-salomao-corregedor-do-cnj>. Acesso em: 20 mai. 2024.

SANTOS, José Anacleto Abduch. Erro grosseiro no processo de contratação pública. *Blog Zênite*, 13 de agosto de 2019. Disponível em: <https://zenite.blog.br/erro-grosseiro-no-processo-da-contratacao-publica/>. Acesso em: 20 mai. 2024.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Procedimento administrativo nos tribunais de contas e câmaras municipais: contas anuais, princípios e garantias constitucionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Disfunções Do Controle Externo Sobre Os Agentes Públicos: Risco, Medo E Fuga Da Responsabilização*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2020.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. *Contratações Públicas & Inteligência Artificial*. São Paulo: Dialética, 2023.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. *Administração Pública Digital e o Acesso à Justiça: a simbiose entre o Código de Processo Civil de 2015, o processo administrativo eletrônico e a inteligência artificial*. I Encontro Virtual do CONPEDI, Acesso à Justiça II. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. 2020. p.63-83. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/olpbq8u9/7z966d20/11td4gDBdA3b0929.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2024.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; HARTMANN PEIXOTO, Fabiano; DEZAN, Matheus Lopes. A decisão administrativa robótica e o dever de motivação. *JOTA*, 1 set. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/a-decisao-administrativa-robotica-e-o-dever-de-motivacao-01092020>. Acesso em: 13 abr. 2024.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. *Diálogos público-privados*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Chega de axé no direito administrativo. *The Huffington Post*, 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/45397884/Chega_de_ax%C3%A9_no_direito_administrativo. Acesso em: 05 abr. 2024.

SURDEN, Harry. Machine learning and Law. University of Washington. School of Law. *Washington Law Review*, Volume 89, Number 1, 2014. Disponível em: <https://scholar.law.colorado.edu/articles/81/>. Acesso em: 13 abr. 2024.

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

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. *Revista direito GV*, v. 8, p. 037-057, 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/dr6L3MVvFz4MsrCShHytnrQ/>. Acesso em: 29 abr. 2024.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica*. In.: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, p. 103, abr. 2006. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/20687/onda_reformista_direito_positivo.pdf. Acesso em: 18 mai. 2024.

TOSI, Giuseppe. As “lições” de Bobbio para a democracia brasileira em tempo de crise. *Democracia no Século XXI: Crise, desafios e perspectivas*, p. 167, 2020. Disponível em: <https://www.anpof.org/wlib/arqs/publicacoes/50.pdf>. Acesso em: 03 mai. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Uma definição de IA: principais capacidades e disciplinas científicas*. Comissão Europeia. Grupo Independente de Peritos de Alto Nível sobre a

Inteligência Artificial - GPAN IA. Bruxelas, 2019a. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>. Acesso em: 13 abr. 2024.

UNIÃO EUROPEIA. *Orientações Éticas para uma IA de Confiança*. Grupo Independente de Peritos de Alto Nível sobre a Inteligência Artificial - GPAN IA. Bruxelas, 2019b. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-pt/format-PDF>. Acesso em: 14 abr. 2024.

VASCONCELOS, Marta Suzana Lopes. O Estado de Direito e o Poder Judiciário: relato de uma migração conceitual. *Revista de Informação Legislativa*, v. 50, n. 200, p. 153-164, 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/200/ril_v50_n200_p153. Acesso em: 10 mai. 2024.