

idp

idp

MESTRADO PROFISSIONAL

EM ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A LEI N. 13.655/2018 E A TOMADA DE DECISÃO: O REESTABELECIMENTO DA CONFIANÇA ENTRE CONTROLE E GESTÃO COMO ELEMENTO PARA SUPERAÇÃO DO IMOBILISMO DECISÓRIO

DANIEL PICOLO CATELLI

Brasília-DF, 2021

DANIEL PICOLO CATELLI

A Lei n. 13.655/2018 e a tomada de decisão: o reestabelecimento da confiança entre controle e gestão como elemento para superação do imobilismo decisório

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Administração Pública, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador

Professor Doutor Humberto Falcão Martins

Brasília-DF 2021

DANIEL PICOLO CATELLI

A Lei n. 13.655/2018 e a tomada de decisão: o reestabelecimento da confiança entre controle e gestão como elemento para superação do imobilismo decisório

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Administração Pública, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Aprovado em 06 / 07 / 2021

Banca Examinadora

Prof. Dr. Humberto Falcão Martins - Orientador

Profa. Dra. Leany Lemos

Prof. Dr. Francisco Gaetani

C358| Catelli, Daniel Picolo

A Lei n. 13.655/2018 e a tomada de decisão: o reestabelecimento da confiança entre controle e gestão como elemento para superação do imobilismo decisório / Daniel Picolo Catelli. – Brasília: IDP, 2021.

136 p.

Inclui bibliografia.

Trabalho de Conclusão de Curso (Dissertação) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Curso de Mestrado Profissional em Administração Pública, Brasília, 2021.

Orientador: Prof. Dr. Humberto Falcão Martins.

1. Sanções – Administração Pública. 2. Governança. 3. Agentes públicos.
4. Segurança jurídica – decisões. I. Título.

CDDir 341.3

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Ministro Moreira Alves
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

RESUMO

O problema objeto da pesquisa é como minimizar as externalidades negativas dos atos de controle interno e externo (mais especificamente o cognominado “apagão das canetas”) no âmbito da União sem inviabilizar as ações controladoras e com o estabelecimento de critérios que ampliem a segurança jurídica para tomadores de decisão.

Com efeito, constatou-se que o denominado apagão das canetas, ou seja, uma tendência absenteísta em matéria de tomada de decisão pelos gestores da alta administração, é empiricamente comprovado e que tal imobilismo decisório impacta na implementação de inovações e melhorias no serviço público.

As conclusões foram baseadas em ampla pesquisa bibliográfica e com base em dados colhidos diretamente de agentes públicos da alta administração e dos órgãos de controle e convergiram para a hipótese sustentada na dissertação, que foi a demonstração, a partir da análise da obra de Jacques Chevallier e dos dados coletados, que a forma de aplicação das normas de responsabilização dos gestores públicos baseada numa racionalidade pragmática e consequencial é mais eficiente para gestores e controladores que o modelo puro baseado na coerção.

Essa racionalidade pragmática e consequencial pode ser obtida pelo incremento de elementos consensuais, de governança e de transparência no processo decisório e de responsabilização, uma vez que tais elementos reforçam a legitimidade do direito (hoje de índole procedimental, segundo Chevallier) e abrandam a tendência absenteísta do gestor público.

Palavras-chaves: agentes públicos, responsabilização, apagão das canetas, consensualidade, sanções, boa-fé, segurança jurídica, legitimidade do direito, consequencialismo, governança, órgãos de controle.

ABSTRACT

The research problem is how to minimize as negative externalities the acts of internal and external control (more specifically the so-called "pen blackout" in Brazil) within the Federal Government without making the control actions unfeasible and with the establishment of criteria that increase the legal certainty for decision makers.

Indeed, it was found that the so-called "pen blackout", that is, an absentee tendency in decision-making by senior management, is empirically proven and that such decision-making immobilism impacts the implementation of innovations and improvements in the service public.

The conclusions were based on extensive bibliographical research and based on data collected directly from public agents of the top management and control bodies and converged to the hypothesis supported in the dissertation, which was the demonstration, based on the analysis of the work of Jacques Chevallier and from the collected data, that the form of application of the accountability norms of public managers based on a pragmatic and consequential rationality is more efficient for managers and controllers than the pure model based on coercion.

This pragmatic and consequential rationality can be obtained by increasing consensual, governance and transparency elements in the decision-making and accountability process, since such elements reinforce the legitimacy of the law (now of a procedural nature, according to Chevallier) and mitigate the absentee tendency of the public manager.

Keywords: public agents, accountability, "pen blackout", consensus, sanctions, good faith, legal certainty, legal legitimacy, consequentialism, governance.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....10

- 1.1 A necessidade de reflexão sobre a forma de responsabilização do gestor público no cenário atual.....10
- 1.2. Do problema de pesquisa 15
- 1.3 Dos objetivos..... 15
- 1.4. Da hipótese sustentada na dissertação 17
- 1.5. Da metodologia e das técnicas de pesquisa 17

2. CONTROLE EXTERNO E SUA INDISPENSABILIDADE PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 20

3. DA RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO 24

- 3.1 Uma breve introdução à responsabilidade civil24
- 3.2. Responsabilidade Solidária..... 27
- 3.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva 28
- 3.4. Responsabilidade perante o Tribunal de Contas da União..... 31

4. O ELEMENTO BOA-FÉ NA JURISPRUDÊNCIA DO TCU E O ADVENTO DA LEI N. 13.665, DE 2019, E DO DECRETO N. 9.830, DE 2019: NOVAS PERSPECTIVAS NO PROCESSO DE RESPONSABILIZAÇÃO39

- 4. 1. O elemento boa-fé na jurisprudência do TCU antes do advento da Lei nº 13.655 e do Decreto nº 9.830 39
- 4.2. O advento do art. 28 da Lei n. 13.655, de 2018, e do Decreto n. 9.830, de 2019: novos paradigmas para a responsabilização do agente público.....41
- 4.3. O debate sobre a constitucionalidade da Lei n. 13.655, de 2018. 55
- 4.4. Da interpretação do Tribunal de Contas da União relativamente ao art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro..... 66
- 4.5. Segurança jurídica, Proteção da Confiança e boa-fé 73

SUMÁRIO

5. CRÍTICA DOUTRINÁRIA AO MODELO COERCITIVO TRADICIONAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO77

6. O APAGÃO DAS CANETAS: O IMOBILISMO DECISÓRIO 87

7. PESQUISAS SOBRE O IMPACTO DAS AÇÕES DE CONTROLE E CORREIÇÃO NOS AGENTES PÚBLICOS E SEUS REFLEXOS NA OCUPAÇÃO DE CARGOS E DESEMPENHO DE ATIVIDADES.....92

7.1. Análise do quadro crescente de funcionários públicos responsabilizados por irregularidades: conclusões do estudo do Ipea e sua conexão com o tema 92

7.2. Percepção dos gestores públicos do Executivo federal acerca das dificuldades de tomada de decisão e da ação dos órgãos de controle99

7.3. Percepção de amostra de controladores federais acerca das principais deficiências na tomada de decisão dos gestores públicos federais.106

8. NOVOS PARADIGMAS EMPREGADOS PELO TCU: A BUSCA DE UM MODELO EQUILIBRADO ENTRE CONTROLE E GOVERNANÇA..... 117

9. CONCLUSÃO 121

BIBLIOGRAFIA 127



1

1

INTRODUÇÃO



1. INTRODUÇÃO

1.1 A necessidade de reflexão sobre a forma de responsabilização do gestor público no cenário atual

A última década tem experimentado um incremento sensível do aparato de controle¹ da Administração².

Com efeito, não só os pesquisadores do setor Público, mas também a população em geral tem percebido o vigor de órgãos como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, que ocuparam um espaço de destaque no cenário jornalístico do combate à corrupção e à ineficiência administrativa.

Os avanços são notórios e louváveis, mas, em meio a tantos acertos, despontam também efeitos indesejáveis. É um dos efeitos

¹ Uma das classificações usuais do controle o subdivide em externo e interno, conforme tenha origem em ação “de órgão integrante ou não da própria estrutura em que se insere o órgão controlado”. “É interno o controle que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes. É externo o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro; como também o controle da Administração Direta sobre a Indireta”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 799.

² André Rosilho apresenta importante estudo onde examina as origens contemporâneas do controle externo exercido pelas Cortes de Contas, passando pela análise do arcabouço normativo desde as constituições de 1967 e de 1988, até o advento da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União - LOTCU. Ele mapeia e expõe com clareza os movimentos que levaram à expansão dos aparatos do controle, abordando aspectos pouco conhecidos do processo legislativo que redundou nas regras previstas na Constituição de 1988 sobre o Tribunal de Contas da União e sobre a elaboração do projeto de lei que redundou na edição da Lei Orgânica do TCU, na época do Governo Collor. Registra, inclusive, que deveria haver uma definição mais objetiva dos limites para a chamada jurisdição indireta (que abarca as atividades de editar normas, levantar dados, produzir informações, formular orientações gerais e representar), não obstante reconheça que o momento político em que editada a LOTCU tenha contribuído sobremaneira para a “crença do legislador de que órgãos de controle deveriam ter primazia sobre os administradores” (**Tribunal de Contas: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo: Quartier Latim, 2019, p. 353-375).

colaterais (ou das chamadas externalidades negativas³) pois, que trataremos nessa pesquisa⁴.

O conceito de externalidade é oriundo da economia, mas é hoje amplamente empregado em áreas como o direito. Uma definição simples é de que a “externalidade é a consequência indireta que uma atividade pode produzir sobre terceiros”. A externalidade, portanto, ocorre na hipótese em que “um efeito externo é causado sobre quem não possui relação direta com a ação”.

Temas de grande apelo atual na Administração Pública, tais como *a desburocratização, a modernização da gestão e a conformidade dos processos decisórios*, não mais podem ser compreendidos adequadamente se não considerarmos o dilema *temor versus eficiência*⁵.

³ REIS, Tiago. **Externalidade: analisando os efeitos indiretos que uma empresa pode causar**. Disponível em:

<<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/externalidade/#:~:text=Externalidade%20positiva%3A%20Quando%20a%20atividade%20proporciona%20ganhos%20indiretos%20C,%C3%A9%20um%20conceito%20basicamente%20econ%C3%B4mico%20originado%20da%20microeconomia>>. Acesso em: 26 de nov. de 2020.

Conforme Emília Salgado Soares, “a questão das externalidades tem sido estudada de forma multidisciplinar, cada área ressaltando seus próprios interesses e analisando o problema com uma ótica distinta. A primeira referência ao que se conhece hoje como externalidades foi feita por Alfred Marshall, em 1925, em relação à curva de oferta com inclinação descendente de uma indústria em regime de concorrência. O problema das externalidades ocorre quando os agentes econômicos interagem no mercado, gerando, sem intencionalidade, malefícios ou benefícios para indivíduos alheios ao processo. Entre as inúmeras definições de externalidades, Carlos Alberto Longo (1983) oferece a seguinte: ‘Uma externalidade é uma imposição de um efeito externo causado a terceiros, gerada em uma relação de produção, consumo ou troca’. As externalidades podem ser positivas ou negativas. Como um exemplo de externalidade positiva, podemos citar a proximidade de um produtor de maçãs e um produtor de mel; é fácil verificar que a ‘florada das maçãs’ exerce efeito positivo sobre a produção de mel. (...) O exemplo mais facilmente encontrado de externalidade negativa é a poluição do ar, muito embora, além dos resíduos gasosos, existam outras formas de externalidades, como os resíduos sólidos e os resíduos líquidos”. SOARES, Emília Salgado. **Externalidades negativas e seus impactos no mercado**. São Paulo: EAESP/FGV, 1999. Veja-se, ainda, SILVEIRA, Stefano José Caetano da. **Externalidades negativas: as abordagens neoclássicas e institucionalista**. Rev. FAE, Curitiba, v.9, n.2, p.39-49, jul./dez. 2006.

⁴ É ilustrativo dessa realidade o artigo **A Administração Pública do Medo**, de Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracaopublica-do-medo-23112017>>. Acesso em 5 de mai. de 2018.

⁵ Sobre esse problema, veja-se, também Guimarães, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Disponível em:

<<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-domedo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em 5 de mai. de 2018

A dimensão dos esforços que a Administração tem empreendido com os controles não decorre de simples resenha de doutrina⁶: há também pesquisas nesse sentido.

Com efeito, estudo recente realizado pela Escola Nacional de Administração Pública, intitulado *Capacidades estatais para produção de políticas públicas: resultados do survey sobre serviço civil no Brasil*⁷, revelou algo já intuitivamente percebido pelos agentes públicos: que a capacidade analítica da Administração⁸ “(...) não estaria sendo empregada diretamente na produção de subsídios para a melhoria da política pública, mas para o atendimento de demandas de controle e fiscalização”.

Alguns estudos⁹ têm apontado que a instabilidade e a fluidez dos entendimentos e modos de agir nem sempre uniforme dos órgãos de controle tem acarretado um deletério imobilismo na Administração Pública, cognominado de “apagão das canetas”¹⁰. A face mais visível dessa instabilidade está no processo de responsabilização dos agentes públicos.

Note-se que não é apenas o controle externo que tem gerado gargalos de decisão: o gestor, como modo de proteção ou de indevido controle do processo decisório, tem criado mecanismos internos de controle que nem a própria instituição gerida, por vezes, tem condições de cumprir. Essa própria forma de autodefesa gera ineficiência e

⁶ Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o artigo de Francisco Gaetani “A governabilidade da Administração Pública em jogo”, publicado no Jornal Valor Econômico. Disponível em: <<https://www.valor.com.br/opiniao/5468781/governabilidade-da-administracao-em-jogo>>. Acessado em 25 de jul. de 2018.

⁷ Capacidades estatais para produção de políticas públicas: resultados do survey sobre serviço civil no Brasil. Brasília: Enap, 2018. 74 p.: il. (Cadernos Enap, 56).

⁸ Isto é, a operacionalização de bases de dados e sistemas de informação e elaboração de pareceres e notas técnicas para a tomada de decisão.

⁹ MENEGUIN, F.B. e BUGARIN, Maurício. **Incentivos à corrupção e à inação no serviço público: Uma análise de desenho de mecanismos**. Estud. Econômicos. Online. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0101-416146142mbf>>. Acesso em: 13.06.2021. Veja-se, também, CUNHA, Alexandre Santos e outros. **Análise do quadro crescente de funcionários públicos responsabilizados por irregularidades (2003-2018)**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: 2020.

¹⁰ O termo é utilizado com frequência no meio da gestão pública e do setor produtivo. Nesse sentido, veja-se: GLOBO, O. Conflito entre órgãos é entrave para investir, analisam especialistas (Setor privado critica ‘apagão das canetas’, em que gestores têm receio de processos). Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/conflito-entre-orgaos-entrave-para-investir-analisam-especialistas-22941776>>. Acesso em 03 de fev. 2019.

burocratização procedimental, o que foi recentemente reconhecido em Lei como situação indesejável - no caso, a Lei nº 13.726, de 8 de outubro de 2018, que “racionaliza atos e procedimentos administrativos (...) mediante a supressão ou a simplificação de formalidades ou exigências desnecessárias ou superpostas, cujo custo econômico ou social, tanto para o erário como para o cidadão, seja superior ao eventual risco de fraude”.

Não se pode esquecer, ainda, da recente Lei n. 14.129, de 2021, que dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública. Uma importante disposição deste diploma legal estatui que o controle interno “deverá adicionar valor e melhorar as operações das organizações para o alcance de seus objetivos, mediante [uma] abordagem sistemática e disciplinada” com a finalidade de “melhorar a eficácia dos processos de governança, de gestão de riscos e de controle” (art. 49).

Os dois normativos acima citados são bons exemplos de esforços para redirecionar os controles e a burocracia estatal para a geração de resultados e de valor público, buscando a superação do paradigma formalista.

Dito isso, cumpre salientar que no presente trabalho buscar-se-á investigar as principais razões pelas quais os órgãos de controle têm seguidamente abstraído a complexidade das estruturas administrativas e dos processos decisórios, inclusive minimizando o fato de que o agente público fiscalizado está premido pela necessidade de apresentação de resultados e de que está incumbido da efetivação de políticas públicas das quais nem sempre participou da formulação.

Será demonstrada a existência de incentivos¹¹ para a *abstenção* do gestor no momento da tomada de decisões importantes, não só

¹¹ Entende-se por incentivos, para fins deste trabalho, a definição prevista no tópico Análise Econômica do Direito, da Enciclopédia jurídica da PUC-SP, de autoria de Bruno Meyerhof Salama: “Incentivos são preços implícitos. Nos mercados, indivíduos procuram maximizar seus benefícios realizando escolhas que minimizem seus custos e maximizem seus benefícios. Assim, consumidores geralmente irão consumir menor quantidade de um bem quando o preço subir, e maior quantidade quando o preço cair. Já os produtores geralmente seguirão o caminho inverso, e produzirão maior quantidade quando o preço subir e menor quantidade quando o preço cair. (...) **Muito do direito pode ser explicado pensando-se dessa forma. Aqui a ideia de fundo é a de que o Direito proveja incentivos para as pessoas, e que as regras jurídicas tenham sido concebidas a fim de incentivar determinadas condutas, mas não outras.** Com base nisso, é possível formular-se argumentos úteis tanto para o debate legislativo quanto judicial. A segunda versão é a de que a AED possa ser utilizada para prever as consequências das regras e interpretações jurídicas. Trata-se, então, de tentar identificar os prováveis efeitos de diferentes posturas jurídicas sobre o comportamento dos atores sociais relevantes em cada caso. As condutas humanas, inseridas em determinado contexto institucional, podem seguir uma dinâmica parecida. Por exemplo: de acordo com o Código Nacional de Trânsito, exceder o limite de velocidade em uma rodovia enseja o pagamento de multa. Portanto, ao dirigir um automóvel em alta velocidade cada motorista irá sopesar, de um lado, (a) o benefício

pela seleção de pesquisas que corroboram tal afirmação, mas também pela realização de consulta estruturada a agentes públicos acerca dos seus problemas cotidianos acerca das dificuldades em tomar decisões relevantes¹².

Realizadas tais investigações, serão abordados os principais instrumentos de controle da Administração e a justa medida de sua aplicação em face do complexo processo de gestão da coisa pública. Como controlar sem inibir o gestor de exercer as suas funções? Buscar-se-á direcionar os estudos para pesquisar o estado da arte em matéria de responsabilização dos agentes públicos, com ênfase no exame crítico do arcabouço institucional de controle atualmente vigente no Brasil e nas mais recentes inovações, notadamente a Lei n. 13.655 e o Decreto n. 9.830, ambos de 2019.

Também buscaremos demonstrar a necessidade de construir um ambiente de transparência, colaboração e confiança entre gestores e controladores federais, com ênfase nos elementos boa-fé e motivação das decisões, para aumento da segurança jurídica e superação do

com o aumento da velocidade (por exemplo, por conta do prazer de dirigir rapidamente ou do menor tempo do percurso) e, de outro, (b) o custo da multa por excesso de velocidade ponderado pela probabilidade de que haja autuação e imposição da multa. Neste caso específico, os incentivos legais resultam do limite de velocidade estabelecido em lei, do valor da multa e da eficácia da fiscalização". SALAMA, Bruno Meyerhof. **Análise econômica do direito**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>>. Acesso em: 07 de abril de 2018.

¹² Cabe, aqui, mencionar as denominadas "escolhas trágicas". Sobre o assunto, trago trecho do artigo de Maria Victória Rodrigues intitulado "A teoria das escolhas trágicas na Administração Pública à luz da Lei nº 13.655/2018", que bem contextualiza os dilemas pelos quais passa o administrador: "Situações de escolha, qualquer que sejam elas, colocam o indivíduo perante a seguinte questão: o que deve ser feito? Essa é a chamada escolha óbvia, a qual está sempre presente. Em algumas situações está também presente a denominada escolha trágica: alguma das opções de escolha é livre de transgressão moral? O estudo dessas questões, por meio da filosofia, literatura e observação da vida contemporânea, tem relevante importância na reflexão sobre os direitos dos cidadãos e os interesses públicos, os quais, para serem concretizados, demandam, na maioria das vezes, a realização de escolhas trágicas, para as quais a análise do custo-benefício, feita na escolha óbvia, não é suficiente (NUSSBAUM, 2001, p.169). A questão trágica não é, pois, decidida apenas por meio de um critério de custo benefício, pois este reside na primeira etapa. Ela deve ser decidida por meio de uma análise da redução de danos, ou seja, no caso concreto, qual seria a opção que traria menos danos (...). (...) Nesse contexto, rememora-se que a escolha trágica se conceitua por envolver opções complexas e relevantes, e aquela opção não eleita pelo gestor público corresponde a uma parcela significativa de interesses públicos. Destarte, é necessário o juízo de ponderação de prioridades, dentro da realidade jurídico-fática específica." (em Revista Jurídica da Presidência Brasília v. 22 n. 128 Out. 2020/Jan. 2021 p. 614-635 632. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2021v22e128-1988>>. Acesso em: 20 de jun. de 2021).

imobilismo decisório, abordando, inclusive, recentes avanços do Tribunal de Contas da União na autocontenção e contribuição para um ambiente de construção colaborativa de boa governança nos órgãos públicos¹³.

1.2. Do problema de pesquisa

O problema objeto da pesquisa é como minimizar as externalidades negativas dos atos de controle interno e externo (mais especificamente o cognominado “apagão das canetas”) no âmbito da União sem inviabilizar as ações controladoras e com o estabelecimento de critérios que ampliem a segurança jurídica para tomadores de decisão?

1.3 Dos objetivos

Conforme já delineado, o objetivo geral é demonstrar a necessidade de construir um ambiente de transparência, colaboração e confiança entre gestores e controladores federais, com ênfase nos elementos boa-fé e motivação das decisões, para aumento da segurança jurídica e superação do fenômeno do immobilismo decisório – mais conhecido como “apagão das canetas”.

Não nos furtaremos, se for o caso, de propor novos mecanismos que minimizem, ainda mais, a insegurança jurídica hoje reinante no ato de gerir a máquina pública. Vale dizer: procurar-se-á - além indicar a importância de construção de um ambiente de confiança -, o delineamento de caminhos jurídicos e de gestão eficazes (e seguros) para municiar o gestor no ato decisório, em especial por meio da adequada aplicação dos dispositivos a serem incorporados ao ordenamento jurídico pela Lei 13.665, de 2018, e pelo Decreto n. 9.830, de 2019.

Cumprе consignar, por se tratar de um mestrado profissional, que a pesquisa levada a cabo trará evidentes resultados para a atividade profissional do autor deste trabalho (e, arrisca-se a dizer) para a Administração Pública Federal, uma vez que, na qualidade de procurador federal, responsável pela análise jurídica dos procedimentos e normativos do Poder Público, uma orientação adequada ao gestor acarretará um estímulo para que estes adotem

¹³ Nesse sentido, veja-se BRAGA, André de Castro O. P. **Resolução 315 do TCU: início de uma revolução no controle?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/resolucao-315-do-tcu-inicio-de-uma-revolucao-no-controle-10032021>>. Acesso em: 14 de março de 2021.

políticas inovadoras e implementem soluções mais dinâmicas no cotidiano da Administração.

Por sua vez, os objetivos específicos da presente pesquisa são:

a) identificar a percepção dos gestores públicos¹⁴ do Executivo federal acerca das dificuldades de tomada de decisão. Não será definido marco temporal, pois se trata de pesquisa de percepção. Nesse caso, utilizar-se-á questionários estruturados enviados por e-mail aos dirigentes;

b) identificar a percepção de amostra de controladores federais¹⁵ acerca das principais deficiências na tomada de decisão dos gestores públicos federais. Não será definido marco temporal, pois se trata de pesquisa de percepção. Nesse caso, utilizar-se-á questionários estruturados enviados por e-mail aos controladores;

c) analisar os resultados de trabalhos científicos¹⁶ indicativos de que as dificuldades na tomada de decisão

¹⁴ Para fins deste trabalho, entendemos como gestores públicos os ocupantes dos cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superiores (DAS) níveis 6, de natureza especial ou de Ministros de Estado. Trata-se de critério usado pelo Executivo Federal para definir o grupo denominado como da Alta Administração, nos termos do art. 2º, II, do Decreto n. 9.207, de 2017 (Art. 2º Para os efeitos do disposto neste Decreto, considera-se: ... III - alta administração - Ministros de Estado, ocupantes de cargos de natureza especial, ocupantes de cargo de nível 6 do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e presidentes e diretores de autarquias, inclusive as especiais, e de fundações públicas ou autoridades de hierarquia equivalente). Frise-se que os Presidentes ou Diretores-Gerais de autarquias e fundações públicas federais são ocupantes, como regra, de DAS de nível 6, ou equivalentes. É preciso registrar que no curso desta pesquisa foi editada a Medida Provisória nº 1.042, de 14 de abril de 2021, convertida na Lei nº 14.204, de 16 de setembro de 2021, a qual “simplifica a gestão de cargos em comissão e de funções de confiança, autoriza o Poder Executivo federal a transformar, sem aumento de despesa, cargos em comissão, funções de confiança e gratificações, prevê os Cargos Comissionados Executivos - CCE e as Funções Comissionadas Executivas – FCE” e dá outras providências. Diante desse novo marco normativo, os cargos do Grupo DAS poderão ser, pois, transformados em Cargos Comissionados Executivos – CCE, equivalendo o DAS 6 ao CCE-17. Tais modificações, ainda em fase de implementação, não afetam a pesquisa realizada, uma vez que não se vislumbra modificação no grupo de análise que continua a ser o de mais elevado poder decisório do Executivo Federal.

¹⁵ Para fins de pesquisa, consideraremos como controladores federais os auditores que atuam perante os ministérios, autarquias e fundações, bem como os auditores e técnicos com atuação no Tribunal de Contas da União e na Controladoria-Geral da União, que exerçam ou tenham exercido atividade de controle. Foram ouvidos mais de dez controladores de órgãos diferentes, com no mínimo cinco anos de experiência na área.

¹⁶ Nesse sentido, por exemplo, MENEGUIN, F.B. e BUGARIN, Maurício. **Incentivos à corrupção e à inação no serviço público: Uma análise de desenho de mecanismos**. Estud. Econômicos. Online. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0101-416146142mbf>>. Acesso em: 13.06.2021. Veja-se, também, CUNHA, Alexandre Santos e outros. **Análise do quadro crescente de funcionários públicos responsabilizados**

experimentadas gestores públicos – que contam com incentivos para a abstenção – contribuem para a existência do denominado apagão das canetas e inibem a inovação no setor público.

1.4. Da hipótese sustentada na dissertação

A hipótese sustentada na dissertação é demonstrar, a partir da análise da obra de Jacques Chevallier¹⁷ e dos dados coletados, que a forma de aplicação das normas de responsabilização dos gestores públicos baseada numa racionalidade pragmática e consequencial é mais eficiente para gestores e controladores que o modelo puro baseado na coerção.

Essa racionalidade pragmática e consequencial pode ser obtida pelo incremento de elementos consensuais, de governança e de transparência no processo decisório e de responsabilização, uma vez que tais elementos reforçam a legitimidade do direito (hoje de índole procedimental, segundo Chevallier) e abrandam a tendência absenteísta do gestor público.

1.5. Da metodologia e das técnicas de pesquisa

Serão utilizados na dissertação a seguinte metodologia e técnicas de pesquisa:

- a) pesquisa qualitativa;
- b) método de estudo de caso: exame de dois grupos específicos, gestores públicos federais e controladores federais, conforme indicado nos objetivos específicos;
- c) resenha bibliográfica sobre controle, responsabilização de agentes públicos, governança, proteção da confiança e análise econômica do direito;
- d) questionários destinados aos gestores públicos federais, assim considerados os ocupantes de cargos de Direção, Chefia e Assessoramento Superiores equivalentes ao nível 6, de Natureza Especial ou Ministros de Estado, na forma apontada nos objetivos específicos; e

por irregularidades (2003-2018). Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: 2020.

¹⁷ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.** Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.



e) questionários destinados aos controladores (auditores da CGU e TCU), nos termos expostos nos objetivos específicos.



2

2

**CONTROLE EXTERNO E SUA
INDISPENSABILIDADE PARA A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

2. CONTROLE EXTERNO E SUA INDISPENSABILIDADE PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A necessidade de controle da administração é inerente ao próprio estado democrático de direito.

A sistemática clássica de divisão dos poderes, consagrada como cláusula pétrea da Constituição (art. 2º da CF), impõe essa necessidade intrínseca como forma de limitação e contenção do poder.

A contenção de excessos e arbitrariedades é a primeira decorrência lógica do modelo. Outro desvio cuja correção é possível é o do fenômeno da corrupção¹⁸, que merece algumas considerações especiais, na medida em que muitos dos mecanismos de controle atuais estão vocacionados ao seu combate.

Com efeito, no estudo do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea intitulado “Análise do quadro crescente de funcionários públicos responsabilizados por irregularidades (2003-2018)”, coordenado por Alexandre dos Santos Cunha, registrou-se que “em países cujas autoridades se envolvem sistematicamente em atos de corrupção, os cidadãos deixam de se sentir parte de uma nação, pois não veem seus interesses representados no corpo político.”^[19]

No caso, as pessoas, “ao invés de se enxergarem como parte de um todo social nacional, (...) passam a se identificar apenas com pequenos grupos (a família, os amigos, as pequenas comunidades etc.)”^[20].

Explica o pesquisador do Ipea que

(...) a corrupção sistêmica praticada pelos agentes do Estado acarreta uma espécie de fragmentação social, situação em que não pode subsistir uma comunidade política nacional. Aliás, a etimologia da palavra corrupção já conota fragmentação, divisão. Daí porque é tão importante atentar para um bom

¹⁸ Veja-se, por exemplo, FURTADO, Lucas Rocha. **Brasil e corrupção: análise de casos (inclusive da Operação Lava Jato)**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

¹⁹ CUNHA, Alexandre dos Santos et all. **Análise do quadro crescente de funcionários públicos responsabilizados por irregularidades (2003-2018)**. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro: 2019, p. 24.

²⁰ Id. Ibid.

padrão ético da conduta dos agentes públicos: sem ele, o Estado não pode atingir seus fins coletivos, o bem comum é desprezado, quebra-se a confiança nas instituições públicas e se desfaz a própria coesão social.²¹

A existência de uma corrupção sistêmica e generalizada, continua Cunha²², acarreta um enfraquecimento e erosão dos “ideais e princípios do Estado democrático moderno”, notadamente do princípio da igualdade (ou isonomia) entre os cidadãos, o qual, na sua concepção primeva, estabelece que todos são iguais perante a lei, ostentando os mesmos direitos e deveres. Isso porque, na prática, consagra-se um grupo de pessoas não abrangidas (e acima) da lei.

Conclui Cunha que a propagação desse sentimento de impunidade e de diferenciação “corrói a confiança no Estado, nas instituições e nas próprias leis, indo de encontro aos princípios republicanos” [23].

Eis, pois, duas das justificativas mais evidentes da existência de um controle da administração: a preservação do direito fundamental à isonomia e a confiança nas instituições.

Não obstante a clarividente justificativa e necessidade de existência de um controle externo para a Administração Pública, há recente corrente acadêmica, da qual fazem parte pesquisadores como André Rosilho²⁴ e Rodrigo Valgas dos Santos²⁵, que buscam investigar os efeitos indesejados da ação controladora sobre a gestão pública, sempre reconhecendo a sua imprescindibilidade²⁶.

²¹ Id. Ibid.

²² Id. Ibid.

²³ Id. Ibid.

²⁴ **Tribunal de Contas: competências, jurisdição e instrumentos de controle.** São Paulo: Quartier Latim, 2019.

²⁵ **Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização de agentes públicos.** 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

²⁶ Não se pode, ainda, olvidar da recentíssima alteração da Lei de Improbidade Administrativa promovida pela Lei n. 14.230, de 2021. A mais significativa das modificações reside no fato de que, agora, não há mais improbidade culposa. Com efeito, a antiga tese de que a improbidade deveria se aplicar ao gestor desonesto – e não ao inábil - acabou por ser positivada.

Nesse ponto, convém rememorar que desde a edição do Decreto-Lei n. 200, de 1967, há previsão²⁷ no sentido de que as atividades administrativas deverão ser racionalizadas “mediante simplificação de processos e supressão de controles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”. Os controles deveriam, pois, estar direcionados à mitigação de riscos e entrega de resultados.

²⁷ Tal previsão consta do art. 14 do Decreto-Lei n. 200, de 1967.

3

3

**DA RESPONSABILIZAÇÃO DE
AGENTES PÚBLICOS PERANTE O
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

3. DA RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS PERANTE O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

3.1 Uma breve introdução à responsabilidade civil

De início, cumpre delimitar o âmbito do exame que se realizará sobre a questão da responsabilização de agentes públicos.

O enfoque, para manter o rigor científico e metodológico, é a responsabilização na esfera civil e administrativa, não abarcado, portanto, a esfera criminal.

Assim, a responsabilização de que se tratará acarreta imposição de multas, bloqueio de bens ou consequências eleitorais, não ocasionando sanções restritivas de liberdade.

Dito isso, passa-se ao conceito de responsabilidade a ser adotado nesse trabalho.

No caso, a responsabilidade corresponde ao dever de assumir consequências jurídicas relativas à violação de um dever jurídico.

Conforme mencionam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona²⁸, o vocábulo tem sua origem na palavra latina “respondere”, estando a indicar que as pessoas devem responder por seus atos que violem as normas ou os direitos de terceiros.

Normas jurídicas geram, pois, deveres jurídicos. Tais deveres, frise-se, não se corporificam em mero conselho ou exortação: traduzem, em verdade, uma obrigação imposta pelo Estado, cujo descumprimento sujeita o violador às consequências previstas em lei.

Como regra, a responsabilidade decorre do cometimento de um ato ilícito, que configura, na essência, uma conduta (comissiva ou omissiva) em desacordo com o ordenamento jurídico, ofensivo às leis e aos princípios jurídicos estabelecidos.

O ato ilícito é, por sua vez, é a violação de um dever jurídico e, caso essa ofensa gere dano a alguém, surge um novo dever jurídico, que é o de reparação do prejuízo.

²⁸ **Novo Curso de Direito Civil**. V. 3, 17 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 20.

Como bem salienta Carlos Roberto Gonçalves²⁹, para melhor compreender a origem³⁰ da responsabilidade, é importante distingui-la do termo “obrigação”. Nesse sentido:

Obrigação é o vínculo jurídico que confere ao credor (sujeito ativo) o direito de exigir do devedor (sujeito passivo) o cumprimento de determinada prestação. (...). A obrigação nasce de diversas fontes e deve ser cumprida livre e espontaneamente. Quando tal não ocorre e sobrevém o inadimplemento, surge a responsabilidade. Não se confundem, pois, obrigação e responsabilidade. Esta só surge se o devedor não cumpre espontaneamente a primeira. A responsabilidade é, pois, a consequência jurídica patrimonial do descumprimento da relação obrigacional.

Obrigação ‘é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, consequente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. E, sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obrigação (a imagem é de Larenz), sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos de observar a quem a lei imputou a obrigação ou dever originário’.

Em síntese, em toda a obrigação há um dever jurídico originário, e na responsabilidade se tem o dever jurídico sucessivo, decorrente da violação do primeiro.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

³⁰ “A distinção entre obrigação e responsabilidade começou a ser feita na Alemanha, discriminando-se, na relação obrigacional, dois momentos distintos: o do débito (Schuld), consistindo na obrigação de realizar a prestação e dependente de ação ou omissão do devedor, e o da responsabilidade (Haftung), em que se faculta ao credor atacar e executar o patrimônio do devedor a fim de obter o pagamento devido ou indenização pelos prejuízos causados em virtude do inadimplemento da obrigação originária na forma previamente estabelecida”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Volume 4: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 22.

Na seara legal, o marco mais relevante em matéria de responsabilidade está previsto no Código Civil, mais especificamente nos artigos 186, 187 e 927.

O art. 186 preceitua que todo “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Por sua vez, o art. 187 complementa a previsão anterior ao estabelecer que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Já a previsão geral de responsabilidade se encontra prevista no art. 927, o qual prevê que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

No mesmo artigo ainda há disposição geral acerca da chamada responsabilidade objetiva. Nesse sentido, o Código Civil dispõe que existirá “obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Além disso, a responsabilização pode ser classificada em contratual e extracontratual (também conhecida como aquiliana³¹).

Como o próprio conceito está a indicar, a responsabilidade contratual decorre do inadimplemento de uma obrigação assumida por meio da celebração de um contrato.

³¹ Sobre responsabilidade aquiliana, convém mencionar que a nomenclatura advém do direito romano, mas especificamente da Lex Aquilia. Sobre o assunto, veja-se o que ensina Carlos Roberto Gonçalves: “É na Lei Aquília que se esboça, afinal, um princípio geral regulador da reparação do dano. Embora se reconheça que não continha ainda ‘uma regra de conjunto, nos moldes do direito moderno’, era, sem nenhuma dúvida, o germe da jurisprudência clássica com relação à injúria, e ‘fonte direta da moderna concepção da culpa aquiliana, que tomou da Lei Aquília o seu nome característico’. Malgrado a incerteza que ainda persiste sobre se a ‘injúria’ a que se referia a Lex Aquilia no *damnum injuria datum* consiste no elemento caracterizador da culpa, não paira dúvida de que, sob o influxo dos pretores e da jurisprudência, a noção de culpa acabou por deitar raízes na própria Lex Aquilia, o que justificou algumas das passagens famosas: *in lege Aquilia et levissima culpa venit* (Ulpianus, pr. 44, ‘Ad legem Aquilia’, IX, II); *impunitus es qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum comittit* (Gaius, *Institutiones*, III, 211) etc. (**Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 26-27).

Por sua vez, a responsabilidade extracontratual³² deriva da inobservância de um dever de outra natureza, por exemplo, de origem legal. Reafirma-se ser esta a espécie de responsabilidade de que se tratará nesse trabalho, uma vez que as multas, dever de indenizar e outras consequências pessoais para o agente público emanam diretamente da lei como fonte principal.

3.2. Responsabilidade Solidária

Conforme previsto no art. 264 do Código Civil, “há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

A nota característica da responsabilidade solidária é a multiplicidade de responsáveis, estando cada um deles obrigado pela integralidade do débito, como se único responsável fosse.

Para fins desse estudo, pode-se dizer que o TCU, em diversas situações, poderá exigir de qualquer responsável o pagamento total da condenação³³. Uma vez efetuado o pagamento por um, liberados estarão os demais devedores perante o Tribunal (art. 275 do Código Civil).

Dessa forma, se algum dos devedores for ou se tornar insolvente, quem suporta o prejuízo de tal fato não é o credor - no caso, a União -, mas o outro devedor, que pode ser chamado a solver a dívida por inteiro.

³² Segundo Carlos Roberto Gonçalves (ob. cit. p. 28-29), há doutrina qualificada, como a de Fábio Ulhoa Coelho (...), que rejeita a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual. “Como a distinção entre responsabilidade civil contratual e extracontratual não tem relevância prática — já que a indenização devida será igual, haja ou não entre credor e devedor da obrigação de indenizar (como prestação) uma relação negocial —, trata-se, a rigor, apenas de definir o lugar mais adequado, na tecnologia jurídica, para a exposição da matéria (...). E, para tanto, os tecnólogos ora consideram a responsabilidade civil como gênero desdobrável em responsabilidade contratual e não contratual (...), ora como espécie de obrigação não contratual (...)”.

³³ Veja-se, nesse sentido, os arts. 8 e 12, I, da Lei n. 8.443 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União). Também é digno de nota que, segundo o art. 51 da Lei Orgânica do TCU, “os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência de imediato ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária”.

Importante salientar que, nos termos do Código Civil, a solidariedade é um benefício do credor, que pode decorrer de lei ou contrato, não se podendo nunca presumir. Esse é o motivo principal pelo qual a Lei Orgânica do TCU prevê em alguns artigos, de forma taxativa, a possibilidade de responsabilização de forma solidária.

3.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva

A regra geral é de que, para que alguém seja responsabilizado para uma ação ou omissão, é preciso que esteja caracterizado que atuou com culpa, em seu sentido amplo (culpa estrito senso ou dolo).

Tal forma de responsabilização, no Estado Democrático de Direito, deve ser a regra, pois assegura a proteção aos direitos e garantias individuais, notadamente em se tratando de imputação de ato pelo ente estatal ao cidadão.

Como bem apontado por Alexandre dos Santos Cunha³⁴, “a responsabilização pressupõe agentes livres, capazes de entender e aplicar as regras delimitadoras de seu campo de ação. É em nome dessas prescrições que os indivíduos respondem por seus atos”.

Para fins deste estudo – que trata da responsabilização de agentes públicos na esfera administrativa -, pode-se afirmar, com base no Código Civil³⁵, que para caracterizar a responsabilidade subjetiva do agente público devem estar presentes os seguintes elementos:

- a) ação (comissiva ou omissiva) e ilícita (também dita antijurídica);
- b) existência de dano ou infração a norma legal, regulamentar ou, ainda, contratual;
- c) nexos causal entre a ação e o ilícito apurado; e

³⁴ CUNHA, Alexandre dos Santos et al. **Análise do quadro crescente de funcionários públicos responsabilizados por irregularidades (2003-2018)**. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Rio de Janeiro: 2019, p. 28.

³⁵ que serve de norma geral sobre o tema relativo a atos ilícitos e a responsabilidade a eles relativa (vide tópico 1.1.). No mesmo sentido, CAVALHERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13-17.

d) dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) do agente.

Por sua vez, na modalidade objetiva de responsabilização a culpa é posta de lado. Somente importa a relação de causa e efeito entre o mal sofrido e o fato gerador do dano.

Abolindo a demonstração do elemento culpa (em sentido amplo), a forma objetiva apresenta duas vantagens evidentes, a saber: a simplificação do procedimento de apuração de responsabilidades e as maiores possibilidades de reparação do dano que, perante o TCU, ocorre por meio de reposição ao erário do valor correspondente ao prejuízo patrimonial causado pelo responsável pelo ilícito.

Cumprе assinalar, no entanto, que a ausência de investigação sobre a culpa não afasta a necessidade de que haja a verificação da efetiva ocorrência de determinada conduta antijurídica.

Conforme adiantou-se acima, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil de 2002 previu a responsabilidade objetiva em duas hipóteses:

a) se lei específica assim estabelecer³⁶; e

b) “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua própria natureza, risco para os direitos de outrem”.

Com efeito, em algumas situações de perda econômica, o legislador optou por atingir o patrimônio do causador do prejuízo e não o da vítima lesada. Cavalheri Filho ensina que o fundamento principal dessa doutrina é a teoria do risco. Nesse sentido, vale transcrever importante passagem do já consagrado Programa de Responsabilidade Civil³⁷:

Na busca de um fundamento para a responsabilidade objetiva, os juristas, principalmente na França, conceberam a *teoria do risco*, justamente no final do século XIX, quando o desenvolvimento industrial agitava o problema da reparação dos acidentes de trabalho. Risco é perigo, é probabilidade de

³⁶ Cita-se, aqui, como clássico exemplo, a responsabilidade do Estado por danos causados a particulares (§6º do art. 37 da Constituição Federal).

³⁷ CAVALHERI FILHO, Sérgio. Ob. cit. p. 142.

dano, importando isso dizer que aquele que exerce uma atividade perigosa deve-lhe assumir os riscos e reparar o dano dela decorrente. A doutrina do risco pode ser, então, assim resumida: todo o prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa. Resolve-se o problema da relação de causalidade, dispensável qualquer juízo de valor sobre a culpa do responsável, que é aquele que materialmente causou o dano.

Evidenciou-se, considerando as evoluções sociais e econômicas, que a aplicação demasiado rígida do elemento culpa acarretaria que inúmeras situações de prejuízo restariam sem ressarcimento. Diante disso, em algumas circunstâncias, a lei estabelece o dever de reparar, independentemente da existência de culpa do causador do dano, conforme acima registrado.

Uma das leis específicas que trata da responsabilidade objetiva é o Código de Defesa do Consumidor, cujo art. 12 prevê que “o fabricante, o produtor, o construtor (...) e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores”.

Outro exemplo sempre lembrado pela doutrina³⁸ é o § 1º do art. 14 da Lei nº 6.938, de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Veja-se, pois, a redação do dispositivo, que enfatiza a desnecessidade de culpa na conduta do agente:

Sem obstar a aplicação de penalidade, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

³⁸ CAVALHERI FILHO, Sérgio. Ob. cit., p. 153-155. Na passagem citada o autor elenca uma série de hipóteses legais de responsabilidade objetiva.

3.4. Responsabilidade perante o Tribunal de Contas da União

De início, convém salientar que os gestores públicos, como regra, estão abarcados por três esferas de responsabilidade (civil, penal e administrativa), que, em princípio, são autônomas e de competência de instâncias jurisdicionais e administrativas independentes.

Diante disso, uma determinada conduta pode, ao mesmo tempo, ser enquadrada como crime, ser sujeita a reparação pecuniária e, ainda, ser objeto de apuração disciplinar no órgão de lotação do agente público responsável, tudo isso sem ofender a ordem jurídica brasileira.

No caso, é consagrado no Supremo Tribunal Federal³⁹ o entendimento de que “as instâncias civil, penal e administrativa são independentes, sem que haja interferência recíproca entre seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria.”

A denominada independência das instâncias, portanto, possibilita que um mesmo ato pode ser objeto de apuração e responsabilização em qualquer uma daquelas esferas, sem que isso implique necessária interferência entre elas - ressalvadas algumas exceções. Dito de outro modo: o princípio geral do “ne bis in idem” (ou da vedação de dupla penalização pelo mesmo fato)⁴⁰ aplica-se, como regra, apenas no âmbito de cada uma das instâncias.

³⁹ Vide AgR no Habeas Corpus 148.391/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux. Publicado no DJe de 23/02/2018. Outros precedentes são citados no mesmo acórdão, tais como o MS 34.420-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 19/05/2017; RMS 26951-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 18/11/2015; e ARE 841.612-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe de 28/11/2014.

⁴⁰ Conforme Arêdes, “o ne bis in idem se origina no direito romano e, embora tenha surgido no âmbito civil e com sentido processual, desenvolveu-se para abranger a esfera punitiva e integrou a vertente material. Reconheceu-se a vedação bis in idem durante a Idade Média, embora, nesse período, a absolvição por ausência de provas não impedisse novo processo pelos mesmos fatos, em virtude do suposto interesse social na punição de todas as condutas ilícitas. O conteúdo desse princípio foi sintetizado por Rodolfo Tigre Maia nas seguintes palavras: ‘A expressão ne bis in idem, quase sempre utilizada em latim, em sua própria acepção semântica já impõe de imediato que se esclareça o que (idem) não deve ser repetido (ne bis). Nessa linha provisoriamente pode-se antecipar que sua utilização jurídica, por via de regra, é associada à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (ne bis) em razão da prática de um mesmo crime (idem). No coração mesmo de sua assimilação normativa parece encontrar-se o intuitivo reconhecimento da existência de uma comezinha noção de equidade que torna

Assentadas essa premissa, impende assinalar que a responsabilidade perante o Tribunal de Contas da União - TCU consiste no dever de sujeitar-se aos efeitos jurídico-administrativos dos atos praticados no exercício da atividade administrativa estatal, inclusive suportando a sanção cominada em lei pela prática de ato ilícito e a imposição da obrigação de reparar o erário.

Formula-se tal conceito partindo-se das noções de responsabilidade civil acima enunciadas e, em especial, considerando a obrigação imposta aos administradores públicos prevista no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, no art. 93 do Decreto-Lei nº 200, de 1967, e no art. 1º da Lei 8.443, de 1992.

Segundo o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal, deverá prestar contas **toda pessoa** (seja ela física ou jurídica, pública ou privada) que “utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária”.

Tal dever está igualmente previsto em um dos grandes marcos do Direito Administrativo brasileiro, qual seja, o Decreto-Lei n. 200, de 1967^[41], para o qual “quem quer que utilize dinheiros públicos terá de justificar seu bom e regular emprego na conformidade das leis, regulamentos e normas emanadas das autoridades administrativas competentes”.

Conferindo mais concretude ao dever de prestação de contas dos gestores públicos, cumpre mencionar o art. 1º da Lei nº 8.443, o qual abaixo se transcreve, diante da sua relevância para um trabalho especialmente focado no mais conhecido órgão de controle externo brasileiro:

inaceitável, quando menos incoerente, que alguém receba mais de uma punição pela mesma infração penal ou que sofra mais de uma vez com as inevitáveis agruras de um processo criminal'. (...) A análise da inserção do ne bis in idem na ordem jurídica brasileira demonstra que a teoria da autonomia e independência das instâncias penal e administrativa goza de ampla aceitação por parte da doutrina. Essa teoria é o principal fundamento de sua inaplicabilidade na relação entre as esferas punitivas no direito brasileiro.” (ARÊDES, Sirlene Nunes. **Ne bis in idem: direito fundamental constitucional aplicável na relação entre as esferas penal e administrativa geral no direito brasileiro**. Em Revista Direito, Estado e Sociedade n.52. jan/jun 2018. pp. 204-215).

⁴¹ Art. 93.

Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei:

I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

(...)

VIII - representar ao poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados, indicando o ato inquinado e definindo responsabilidades, inclusive as de Ministro de Estado ou autoridade de nível hierárquico equivalente;

IX - aplicar aos responsáveis as sanções previstas nos arts. 57 a 61 desta Lei;

Extrai-se, pois, de tais dispositivos legais, interpretados em conjunto, um dever de prestar contas quando da utilização de recursos públicos, bem como um poder-dever⁴² da Corte de Contas em aplicar as sanções nas situações previstas em lei.

Avançando na análise do arcabouço legal referente à responsabilização de agentes públicos perante o TCU, é de se anotar que tal responsabilização pode assumir uma faceta civil (indenização e multa) e outra administrativa (sanções administrativas, como a inabilitação para o exercício de cargo ou função pública), nos termos do arts. 57 a 60 da Lei nº 8.443, de 1992.

Feita, aliás, toda a conceituação ao longo desse capítulo sobre responsabilidade civil nas modalidades objetiva e subjetiva, cumpre registrar qual a espécie de responsabilidade é imputada aos gestores públicos pelo Tribunal de Contas da União.

No caso, a responsabilidade no âmbito do TCU é sempre **subjetiva**, consoante se observa dos seguintes trechos de acórdãos da Corte de Contas:

⁴² Sobre o assunto, veja-se BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.68.

A imputação da penalidade de multa, assim como do débito, exige apenas a verificação da ocorrência de culpa, em qualquer uma de suas modalidades. (Acórdão nº 3.874/2014 – 2ª Câmara)

A responsabilidade dos administradores de recursos públicos, escorada no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal (...) segue a regra geral da responsabilidade civil. Quer dizer, trata-se de responsabilidade subjetiva. O fato de o ônus de provar a correta aplicação dos recursos caber ao administrador público não faz com que a responsabilidade deixe de ser subjetiva e torne-se objetiva. Esta, vale frisar, é responsabilidade excepcional, a exemplo do que ocorre com os danos causados pelo Estado em sua interação com particulares - art. 37, § 6º, da Constituição Federal. A responsabilidade subjetiva, vale dizer, possui como um dos seus pressupostos a existência do elemento culpa. (Acórdão nº 249/2010 - Plenário)

Acerca dos fatos constantes nos autos, nota-se que, se o responsável não agiu com dolo, agiu, ao menos, com culpa por negligência, e isso basta para que esta Corte de Contas, com base na responsabilidade subjetiva, cujo elemento essencial é a culpa, comine-lhe a multa prevista no artigo 58, inciso II, da Lei nº 8.443/92. (Acórdão n.º 433/2012 – Plenário)

Consoante afirmado nos parágrafos anteriores, a responsabilidade dos gestores públicos está prevista no parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal⁴³, no sentido de que prestará contas qualquer pessoa que “utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.”

Nessa linha, a interpretação do TCU acerca da prestação de contas é de que cabe ao gestor público provar a correta aplicação dos recursos a ele confiados.

Note-se que, na dicção da Corte de Contas, essa disposição constitucional não transforma a natureza da responsabilidade: é subjetiva.

A responsabilidade objetiva, segundo a inteligência dos acórdãos citados, é responsabilidade excepcional, tal como previsto no

⁴³ O dispositivo constitucional encontra clara inspiração no disposto no art. 93 do Decreto-Lei n. 200, de 1967, supratranscrito.

dispositivo da Constituição que trata dos danos causados pelo Estado relativamente aos particulares.

Posto que a responsabilidade do agente público perante o TCU é de cariz subjetivo, convém destacar a peculiaridade na responsabilização, ou seja, a presença da “culpa presumida”⁴⁴ do agente que não se desincumbir adequadamente do dever de prestar contas ao Tribunal.

Assim, tradicionalmente, entende-se no Tribunal⁴⁵ que “a apuração de responsabilidade nas matérias submetidas à apreciação do TCU não se vincula à indicação de conduta dolosa do agente”, uma vez que se impõe ao gestor público “o dever de demonstrar a boa e regular aplicação dos recursos sob sua guarda, sendo que a omissão ou falta de exaço no cumprimento dessa obrigação induz à presunção de culpa.”

Obviamente, como se trata de uma presunção, pode ser afastada por prova em contrário, sendo aqui o ônus claramente invertido no entendimento do Tribunal. Nesse sentido, veja-se um trecho elucidativo de uma decisão da Corte de Contas:

(...) nos processos relativos ao controle financeiro da administração pública, a culpa dos gestores por atos irregulares que causem prejuízo ao erário é legalmente presumida, ainda que não se configure ação ou omissão dolosa, admitida prova em contrário, a cargo do gestor.

Na fiscalização dos gastos públicos, privilegia-se, como princípio básico, a inversão do ônus da prova. Cabe ao gestor demonstrar a boa aplicação dos dinheiros e valores públicos sob sua responsabilidade, em decorrência do que dispõem o art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal e o art. 93 do Decreto-Lei n. 200/1967, c/c o art. 66 do Decreto n. 93.872/1986, o que não ocorreu no presente caso.

Com relação à alegação de boa-fé, o Plenário desta Casa sedimentou entendimento de que boa-fé não pode ser presumida, devendo ser demonstrada e comprovada a partir dos elementos que integram os autos.

([Acórdão TCU n. 1895/2014 - Segunda Câmara](#))

⁴⁴ Nesse sentido, o Acórdão TCU n° 760/2013 – Plenário.

⁴⁵ Vide Acórdão TCU n° 760/2013 – Plenário.

Mas é importante deixar consignado que, mesmo havendo presunção de culpa relativamente à demonstração do correto emprego de recursos públicos, “faz-se necessário que o agente público participe da cadeia causal apta a gerar o dano, para que possa efetivamente ser responsabilizado”, conforme indica o Acórdão nº 362/2015 do Plenário do TCU.

Na linha de que o gestor pode afastar a presunção de culpa, não se pode olvidar que a aplicação de sanções deve observar as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (prerrogativas essas previstas no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal)⁴⁶, ressalvado o fato de que, perante o TCU, o exercício dessas garantias possui algumas peculiaridades⁴⁷.

Veja-se, por exemplo, o seguinte julgado:

A deliberação do TCU que determina a órgão jurisdicionado a abertura de processo administrativo para apuração de responsabilidades, sem a prévia oitiva dos interessados, não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa. O pleno exercício do direito de defesa acontece no curso do processo administrativo instaurado, para onde os responsáveis podem carrear todos os meios de prova admitidos em direito para contrapor a matéria fática em discussão.

([Acórdão TCU nº 2510/2014-Plenário](#))

A violação efetiva do direito à ampla defesa e ao contraditório enseja a declaração de nulidade⁴⁸ do processo de responsabilização, em

⁴⁶ Vide Acórdão TCU nº 1737/2011-Segunda Câmara.

⁴⁷ Nessa linha, veja-se o Acórdão nº 1908/2012-Plenário: “Não viola os princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa a determinação do TCU para que órgão público adote providências visando ao ressarcimento de valores recebidos indevidamente por servidores ativos, inativos e pensionistas. Não cabe a instauração de contraditório a todos os atingidos por determinações genéricas do TCU, expedidas no exercício de sua competência constitucional de exigir dos jurisdicionados o exato cumprimento da lei, pois de conteúdo apenas objetivo”.

⁴⁸ Vide, e.g., o Acórdão 10753/2016 - Segunda Câmara, cujo sumário transcrevo, logo na seguida: “1. A falta de publicação do nome do advogado da parte na pauta da sessão de julgamento (disponibilizada no Diário Oficial da União - DOU) é causa de nulidade do acórdão resultante desse vício, ante a presunção de prejuízo ao direito subjetivo daquela de produzir sustentação oral, e pode ser declarada pelo Tribunal, de ofício, ou mediante provocação do responsável ou interessado. Contudo, como quase todas as

especial perante o Poder Judiciário, que, em última análise, tem competência para apreciar os atos do TCU.

hipóteses de nulidade (inclusive as absolutas) - exceção posta adiante -, deve ser suscitada até o trânsito em julgado da decisão de mérito, sob pena de preclusão (aplicação subsidiária do Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015: art. 485, § 3º, c/c o art. 278; precedentes do STF: v.g. HC 88.193/SP; HC 88.583/PI; HC 97.380/SP; e RHC 107.758/RS). 2. Não há prejuízo ao direito de defesa se a parte, devidamente notificada do acórdão inquinado, deixa de apontar o erro de procedimento no decorrer do processo, quando lhe era possível fazê-lo - por interposição de recursos ou por ingresso com petição anulatória -, e, por consequência, consente com o trânsito em julgado (intelecção extraída do art. 171, caput, do Regimento Interno do TCU e do princípio pas nullité sans grief). 3. Excetua-se dessa orientação a nulidade decorrente da falta de citação válida, em processo que correu à revelia da parte, ante a própria inexistência da relação jurídico-processual, podendo ser arguida após o trânsito em julgado por meio de recurso de revisão ou mera petição (entendimento perfilhado no RE 97.589).”

4

**O ELEMENTO BOA-FÉ NA
JURISPRUDÊNCIA DO TCU E O
ADVENTO DA LEI N. 13.665, DE 2019,
E DO DECRETO N. 9.830, DE 2019:
NOVAS PERSPECTIVAS NO
PROCESSO DE RESPONSABILIZAÇÃO**

4

4. O ELEMENTO BOA-FÉ NA JURISPRUDÊNCIA DO TCU E O ADVENTO DA LEI N. 13.665, DE 2019, E DO DECRETO N. 9.830, DE 2019: NOVAS PERSPECTIVAS NO PROCESSO DE RESPONSABILIZAÇÃO

4. 1. O elemento boa-fé na jurisprudência do TCU antes do advento da Lei nº 13.655 e do Decreto nº 9.830

Tradicionalmente, a boa-fé, caso reconhecida no Tribunal, pode excluir a culpabilidade e, conseqüentemente, afastar a aplicação de sanções aos gestores públicos avaliados.

Conforme já antevisto, o elemento boa-fé deve ser demonstrado nos autos, ou seja, a boa-fé, no TCU, não é presumida.

Nesse sentido, vale trazer à colação o Acórdão TCU nº 1.895/2014 – 2ª Câmara):

Cabe ao gestor demonstrar a boa aplicação dos dinheiros e valores públicos sob sua responsabilidade (art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, art. 93 do Decreto-Lei nº 200/1967 e art. 66 do Decreto nº 93.872/1986). A boa-fé não pode ser presumida, devendo ser demonstrada e comprovada a partir dos elementos que integram os autos.

A demonstração da boa-fé tem o condão de afastar a aplicação de sanções, tal como a multa, mas não a imputação do débito⁴⁹, vale dizer, o prejuízo apurado pelo Tribunal precisa ser ressarcido ao erário.

Nesse particular, há que se mencionar que, quando o gestor público responsável é condenado pelo TCU, mas a Corte reconhece sua boa-fé, entende-se pela possibilidade de afastamento dos juros de mora relativamente ao valor do débito.

Anote-se que, se o agente responsável efetuar o pagamento do valor que lhe foi imputado pelo Tribunal dentro do prazo fixado e, ainda, sua boa-fé for efetivamente reconhecida, suas contas poderão ser

⁴⁹ Sobre a imputação de débito, pode ser consultada a Instrução Normativa - TCU nº 71, de 28 de novembro de 2012, que dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial.

julgadas regulares, com ressalvas, o que representa a superação de óbice de inelegibilidade para o gestor.⁵⁰

O Tribunal, com o advento da Lei n. 13.655, posicionou-se na linha de que a inexistência de erro grosseiro (caracterizado pela culpa grave), até isenta o agente de multa, mas não o isenta da responsabilidade pela reposição de valores correspondentes a eventual dano ao erário. É o que se depreende da leitura do Acórdão n° 2.391/2018, emitido pelo Plenário da Corte, e que apresenta interpretação extensiva da regra do art. 37, § 6º, Constituição Federal⁵¹. Na hipótese, o TCU parte da premissa de que o § 6º do art. 37 impõe ao gestor a responsabilidade por ressarcir danos ao erário quando atuar com dolo ou culpa, não admitindo a culpa qualquer gradação (isto é, sendo a culpa leve, moderada ou grave). A Corte de Contas, frise-se, mantém o posicionamento, conforme se verifica, por exemplo, do exame do Acórdão n. 5850/2021 - Segunda Câmara e do Acórdão n. 11289/2021 - Primeira Câmara⁵².

⁵⁰ Conforme didático resumo do Superior Tribunal Eleitoral, “até o dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições, o Tribunal de Contas da União (TCU) deve encaminhar à Justiça Eleitoral a relação dos responsáveis que tiveram contas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecurável daquela Corte, ressalvados os casos em que a questão estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, ou que haja sentença judicial favorável ao interessado, em cumprimento ao disposto no art. 11, § 5º, da Lei nº 9.504, de 1997. Segundo a alínea g do inciso I do art. 1º da Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64, de 1990), o responsável que tiver as contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa e por decisão irrecurável do órgão competente não pode candidatar-se a cargo eletivo nas eleições que se realizarem nos oito anos seguintes, contados a partir da data da decisão. O interessado pode concorrer apenas se essa decisão tiver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário.” **Gestores públicos com contas julgadas irregulares pelo TCU.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2016/area-juridica/gestores-publicos-com-contas-julgadas-irregulares-pelo-tcu>. Acesso em: 29.11.2019.

⁵¹ O art. 37, § 6º, Constituição Federal, dispõe sobre o direito de regresso da administração em face dos danos que o Estado causar a terceiros – vale dizer, particulares – e não em face de danos que o agente público eventualmente causar ao Estado. Aprofundar-se-á tal ponto, com mais vagar, em capítulo subsequente acerca da questão da constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 13.655.

⁵² “A regra prevista no art. 28 da Lindb (Decreto-lei 4.657/1942), 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)”. (Acórdão 11289/2021-Primeira Câmara, Relator: Vital do Rêgo).

Conforme abordar-se-á mais adiante, a jurisprudência do Tribunal aparenta estar em contradição com o art. 28 da LINDB e com o art. 14 do Decreto n. 9.830, pelo qual também o exercício do direito de regresso pela Administração em face do gestor está limitado aos casos de culpa grave, expressada pela figura do chamado erro grosseiro.

4.2. O advento do art. 28 da Lei n. 13.655, de 2018, e do Decreto n. 9.830, de 2019: novos paradigmas para a responsabilização do agente público.

No ano de 2015, o senador Antônio Anastasia apresentou o Projeto de Lei do Senado - PLS n. 349/2015, após convertido no PLS n. 7.448/2017, dando início ao processo legislativo que culminaria na edição da [Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018](#), que 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, também conhecida⁵³ como “Lei de Segurança Jurídica para a Inovação Pública (nova LINDB)”.

Foram nove os artigos inseridos na antiga lei, idealizados, segundo os juristas que elaboraram o projeto, para promover um aumento da segurança jurídica.

As considerações de Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques e Egon Bockmann Moreira, dentre outros, foram originalmente compiladas na obra *Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática (Estudos sobre o Projeto de Lei n. 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público)*, de 2015⁵⁴.

⁵³ Nesse sentido, BONACORSI DE PALMA, Juliana. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n. 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, ago. 2020. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012/78227>>. Acesso em: 08 Nov. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v279.2020.82012>.

⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari, MARQUES, Floriano de Azevedo, MOREIRA, Egon Bockmann et. al. **Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática (Estudos sobre o Projeto de Lei n. 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a**

Segundo os citados juristas, que elaboraram o projeto, seu “objetivo é melhorar a qualidade da atividade decisória pública no Brasil”⁵⁵, abrangendo as atividades realizadas “nos vários níveis da Federação (federal, estadual, distrital e municipal) e nos diferentes Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e órgãos autônomos de controle (Tribunais de Contas e Ministérios Públicos)”⁵⁶.

Os autores salientam que as disposições possuem caráter geral, vale dizer, são preceitos “sobre criação, interpretação e aplicação do direito público. Essas normas devem ser nacionais, valendo para autoridades federais, estaduais, distritais e municipais de quaisquer Poderes e órgãos”, motivo pelo qual adotaram o posicionamento de propor a introdução de tais mudanças na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

Frisam que a norma a ser alterada foi elaborada há muitas décadas para fixar parâmetros gerais de aplicação do direito privado, “e que agora tem de ser ampliada, em função da evolução jurídica, para abranger também o direito público, nela ainda não tratado adequadamente”⁵⁷.

Apontam que “todos reconhecem que nosso direito público não funciona como deve, afetando demais a qualidade da atividade administrativa e de seu controle”. Além disso, pontuam que “reformas pontuais já não conseguem fazer a diferença, pois muitos dos problemas decorrem de características estruturais”, motivo pelo qual é fundamental a adoção de “soluções mais sofisticadas”.

Salientam os mencionados juristas, em síntese, que o modelo de aplicação do direito administrativo gera grande instabilidade e imprevisibilidade e que o dinamismo do mundo pós-moderno reclama um direito que também resguarde os efeitos futuros dos casos que pretende solucionar⁵⁸.

segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público). Disponível em: <http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>. Acessado em: 20 jan. 2018.

⁵⁵ Id. Ibid.

⁵⁶ Id. Ibid.

⁵⁷ Id. Ibid.

⁵⁸ Nesse sentido, veja-se trecho da já citada obra Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões Públicas: desafios de uma sociedade democrática (Estudos sobre o Projeto de Lei n. 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público): “Recentemente um grande empreendedor imobiliário americano com

investimentos no Brasil declarou em entrevista (OESP, 15-6-15) que a insegurança jurídica no Brasil 'não existe em lugar algum do mundo'. Fazia menção ao fato de que um termo de ajustamento de conduta firmado com o Ministério Público Estadual passou a ser questionado na Justiça por outro órgão do mesmo Ministério Público. Descontado o viés pessoal de um empreendedor frustrado em seus investimentos, a situação ilustra um pouco da nossa realidade institucional. De há muito tempo, o direito público deixou de ser mera subsunção de fato à lei. **A complexidade das relações econômicas e sociais, a amplitude da atuação do Estado e a abertura e ductibilidade das leis deram cada vez maior margem para interpretações divergentes. Princípios hoje são aplicados, não apenas quando a lei é omissa, mas muita vez para afastar a aplicação da lei.** Os órgãos incumbidos de controlar a administração são cada vez mais numerosos, autônomos e com competências amplas. Esse processo é positivo e irreversível. Seria impensável, hoje, um Estado submetido a um Direito liberal oitocentista. Mas essa realidade tem como efeito colateral uma enorme insegurança jurídica. **Um célebre ministro da economia costumava dizer que no Brasil até o passado é imprevisível. Paraphraseando-o, podemos dizer que, na área pública, a certeza e segurança para o futuro hoje em dia não colhem nem as relações travadas no passado. Como lidar com essa realidade tão cambiante?** (...)O modelo normativo era o retrospectivo: só se aplicava a lei vinda do passado e codificada, limitando-se as futuras interferências (sobretudo geográficas e cronológicas). Mais: tais leis diziam respeito a direitos individuais disponíveis, corporificados em relações bilaterais (o contrato) ou multilaterais (estas, excludentes e rivais: a propriedade e seus efeitos erga omnes). Os três vínculos normativos de longo prazo eram a propriedade, o casamento e as sociedades comerciais. A fonte normativa era uma só: a lei. Caso não houvesse, autorizava-se o recurso a dados extravagantes: os costumes, a analogia e os princípios gerais de direito. Aquilo que Emilio Betti chamou de 'elementos de heterointegração normativa' (Interpretazione della legge e degli atti giuridici. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1971): os diferentes, extraordinariamente admitidos a entrar na sala principal (só em algumas poucas ocasiões, com limitações objetivas e subjetivas). Esse sistema monolítico, retrospectivo e supostamente estável, já não mais subsiste. Bons serviços prestou, mas não consegue se entender com o mundo pós-moderno. Além de ser ultrapassada, típica dos séculos XVIII e XIX, a antiga racionalidade da Lei de Introdução é hoje insustentável. As disciplinas jurídicas não nascem de seu aprisionamento em milhares de artigos organicamente sistematizados (Paolo Grossi, Primeira Lição sobre Direito. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006). Elas brotam da experiência social e nela se desenvolvem (mesmo quando aprisionadas). **O Direito não é a matéria codificada – ele não nasce dos códigos, mas sim da vida (e nela se desdobra).** Se é que ainda existe a summa divisio, fato é que o Direito Público ocupa o nosso cotidiano (água, energia, transportes, telecomunicações, portos, aeroportos, ferrovias, ensino, saúde.) – seja por meio de contratos públicos de longo prazo, seja mediante da regulação normativa. O Direito Privado existe e é relevante, mas as crenças deixaram de ser monoteístas. De mais a mais, o Direito Público – Constitucional, Administrativo, Econômico, Ambiental – hoje é essencialmente dinâmico (ritmo intenso), mutável (transforma-se em vista dos desafios); espiralado (desenrola-se a partir da Constituição e atinge multiplicidade de planos jurídicos), plurissubjetivo (relações multilaterais, coletivas e difusas) e diacrônico (as futuras gerações). **Nesse cenário, assumem forte relevância a segurança e a eficiência. Por isso que é imperioso compreender o Direito sob o ponto de vista que cogite do futuro e da plurissubjetividade dos efeitos das decisões.** O que exige atitude operacional perante as realidades sociais – para aqui tomar emprestado algo do que, há décadas, Miguel Reale escreveu a propósito da viragem instalada pelo planejamento econômico: 'do ponto de vista retrospectivo das fontes para o prospectivo dos modelos' ('Direito e Planificação'. RDP 24/93. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 1973). **Em suma, a aplicação do Direito precisa levar em consideração o futuro.** O projeto de lei apresentado pelo Senador Antonio Anastasia para atualizar a

Arrematam sua argumentação enfatizando que “o Direito não pode ser estático, mas também não há de ser uma *caixinha de surpresas*”. Exemplificam tal assertiva aduzindo que “é comum que os órgãos de controle (administrativo ou judicial), anos depois, julguem um ato fora do contexto em que foi praticado”, concluindo que “uma decisão justificável ao seu tempo, descontextualizada torna-se írrita e inconveniente”.

O projeto que resultou na Lei n. 13.655, ponderam os administrativistas, “não veda a censura de um ato, mas coloca clara a obrigação de o controlador ponderar seus efeitos e contextualizar sua análise na realidade vivenciada ao tempo de sua edição”.

Concluem a exposição sobre os objetivos da proposta registrando que os dispositivos que se pretende introduzir na LINDB “a um só tempo permitirão a positivação das melhores práticas do direito público contemporâneo e serão um poderoso instrumento para aperfeiçoar a segurança e certeza jurídicas”⁵⁹.

O ponto que ensejou maior divergência, como antevisto, foi o atual artigo 28, segundo o qual o “agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. Trata-se, pois, de passo importante da legislação para delimitar, com mais clareza, o âmbito de caracterização da responsabilidade pessoal do agente público.

Lei de Introdução traz algumas boas indicações de como lidar com a atual realidade. Ao invés de perseguir um positivismo fechado e fora do tempo, a iniciativa propõe a inclusão de uma série de artigos à Lei de Introdução das Normas ao Direito Brasileiro, voltadas a balizar a interpretação e a aplicação do direito público. **Sem tolher a atuação dos órgãos administrativos, jurisdicionais ou de controle, o projeto coloca parâmetros de estabilidade e previsibilidade às relações com a Administração Pública.** É comum que a interpretação sobre normas administrativas mude com o tempo ou que haja divergência entre órgãos. Porém, o cidadão não pode ficar à mercê destas divergências. Então, o projeto prevê (artigo 22) que – tal qual ocorre hoje nas decisões do Supremo Tribunal Federal que declaram inconstitucional uma norma – sempre que houver uma mudança na interpretação, o órgão preveja um regime de transição proporcional, equânime e eficiente.” Grifamos. (SUNDFELD, Carlos Ari et. al. Ob. cit.)

⁵⁹ Id. Ibid.

Não se pode olvidar que três parágrafos integrantes do artigo original foram objeto de veto⁶⁰ do Chefe do Poder Executivo, quais sejam:

§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais.

§ 2º O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.

§ 3º Transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade em razão do apoio de que trata o § 2º deste artigo.

As razões para os vetos residem no fato de que

A busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica.

Por sua vez, relativamente aos § 2º e § 3º, a justificativa para o veto foi a seguinte:

Os dispositivos criam direito subjetivo para o agente público obter apoio e defesa pela entidade, em qualquer esfera, decorrente de ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências, inclusive nas despesas com a defesa. Tal como se apresenta, fica caracterizada a não exclusividade do órgão de advocacia pública na prestação, podendo impor a cada entidade dispêndio financeiro indevido, sem delimitar

⁶⁰ Mensagem n. 212, de 25 de abril de 2018, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Msg/VEP/VEP-212.htm>. Acesso em 08 de novembro de 2020.

hipóteses de ocorrência de tais apoios nem especificar o órgão responsável por esse amparo, o que poderia gerar significativos ônus sobretudo para os entes subnacionais.

Segundo Gustavo Binenbojm e André Cyrino⁶¹,

O art. 28 da LINDB constitui espécie de cláusula geral do erro administrativo. Seu escopo, como tal, é oferecer segurança jurídica ao agente público com boas motivações, mas falível como qualquer pessoa. Assim, criam-se os incentivos institucionais necessários à promoção da inovação e à atração de gestores capacitados.

De um lado, a responsabilização do agente público nos casos de dolo e erro grosseiro tem o efeito de reprimir e desestimular os casos de corrupção, fraude e culpa grave. De outro lado, admitir o erro, salvo quando grosseiro, faz sentido num regime jurídico que pretenda viabilizar soluções inovadoras e impedir que as carreiras públicas se tornem armadilhas para pessoas honestas, capazes e bem intencionadas.

Floriano de Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freitas⁶², também a propósito do art. 28 da Lei n. 13.655, salientam que há uma legítima reação da sociedade contra o fenômeno da corrupção e que tal sentimento fez prosperar o desenvolvimento de um “sistema legal de defesa da moralidade administrativa”. Enfatizam, todavia, que “essa marcha legislativa costuma produzir falhas regulatórias, por erros de diagnóstico e análises superficiais”⁶³.

Asseveram os autores acima citados que “uma das principais falhas desse sistema normativo é de que ela não considera o administrador probo, honesto e responsável”⁶⁴. É exatamente por isso que “o desamparo normativo desse agente público produz

⁶¹ BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 221, nov. 2018. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655/74318>>. Acesso em: 21 Jun. 2020. doi: <<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77655>>.

⁶² **Comentários à Lei n. 13.655/2018 (Lei da Segurança para a Inovação Pública)**. 2. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 129.

⁶³ Id. Ibid. p. 129.

⁶⁴ Id. Ibid. p. 129.

externalidades negativas para além dos atos praticados por agentes corruptos”, causando “a paralisia da Administração Pública”, ou seja, o absentismo dos agentes estatais⁶⁵.

Com base nisso os autores delineiam a racionalidade do *modus operandi* do gestor:

A lógica da autodefesa é a seguinte: se a inércia, quando muito, pode lhe importar uma sanção funcional, enquanto a ação pode lhe importar na sua responsabilização patrimonial, o melhor é nada fazer. O problema é que a legítima defesa do gestor público leva, no final do processo, à inação do Estado, com violação reflexa dos demais fundamentos. Mais que isso, como bem anotado por Gustavo Binenbojm e André Cyrino, essa insegurança jurídica do atuar do agente público honesto importam na: (i) inibição de qualquer iniciativa inovadora (inércia conservadora); e (ii) a submissão acrítica e imediata às orientações dos controladores (subserviência institucional).

Disso decorre o advento de, ao menos, mais dois fenômenos diretos. O primeiro é o de interditar práticas experimentalistas na gestão pública. (...). O segundo é o de importar em seleção adversa para o provimento de cargos públicos. É que, se o ordenamento jurídico não tutela o exercício da função pública por agentes probos e honestos, tal assimetria de tratamento tenderá a atrair para ocupar tais quadros pessoas que assumem o risco da desonestidade⁶⁶.

Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas registram, ainda, uma das maiores inquietações doutrinárias do momento: no processo de responsabilização do agente público são adotados critérios e posturas que causam grande insegurança jurídica.

Os juristas, no caso, referem-se ao conceito de “administrador médio” empregado pelo TCU. Vejamos uma passagem que bem explicita esse pensamento:

A referida Corte de Contas, em diversas decisões, sancionou administradores públicos que não adotaram posturas dotadas de diligência, cautela ou lealdade, que integram o conceito de “administrador médio” por ela criado. Cuida-se de conceito

⁶⁵ Id. Ibid. p. 129.

⁶⁶ Id. Ibid. pp. 129-130.

dotado de absoluta indeterminação, e que, por conseguinte, importa na mais completa insegurança jurídica para o exercício da função pública⁶⁷.

No mesmo sentido, veja-se o comentário de Juliana Bonacorsi de Palma no artigo *Quem é o ‘administrador médio’ do TCU?*⁶⁸

O Acórdão 1.628/2018 do TCU usou a LINDB como parâmetro para avaliar a responsabilidade de agentes públicos. (...)Tratou-se da primeira tentativa de harmonizar o tipo ideal “administrador médio”, recorrente na jurisprudência do TCU, à LINDB reformada. O resultado foi este: para o Tribunal, o que destoar da razoabilidade de sua conduta é erro grosseiro.

Dentre as várias métricas que o TCU se vale para responsabilizar, a do administrador médio é a mais pitoresca. Nada menos de 133 acórdãos se referem a ela. O teste consiste em comparar o comportamento avaliado com o esperado do administrador médio, tomado como razoável (“razoabilidade da conduta”); se a carapuça do administrador médio não servir, responsabiliza-se. As sanções somente seriam manejadas em situações extremas, quando fosse “nítido o distanciamento do critério de atuação esperado, considerando a também vaga noção de administrador médio”, ou quando fossem “descumpridas determinações anteriores” (...). Mas quem é o administrador médio do TCU? Para o Tribunal, o administrador médio é, antes de tudo, um sujeito leal, cauteloso e diligente (...). Sua conduta é sempre razoável e irrepreensível, orientada por um senso comum que extrai das normas seu verdadeiro sentido teleológico (...). 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 (...). 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 (...). 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 (...). Não deixa de verificar a regularidade dos pagamentos sob sua responsabilidade (...), não descumpre

⁶⁷ Id. Ibid. p. 130.

⁶⁸ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o ‘administrador médio’ do TCU?** Jota. Disponível em:<https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-e-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>. Acesso em: 15 de nov 2020.

determinação do TCU e não se envolve pessoalmente em irregularidades administrativas (...).

Continua a Professora da FGV Direito de São Paulo com assertiva crítica ao modelo adotado pelo Tribunal de Contas da União:

Com a Lei 13.655/18, essa construção é desafiada. É falso deduzir o erro grosseiro do parâmetro de comportamento do administrador médio pelo simples fato de que essa figura não existe: **é uma idealização forjada a partir da premissa de que gestores públicos, ungidos pelo concurso público, seriam seres sublimes**. Eis o choque de realidade provocado pela LINDB atual: **gestores são seres humanos que enfrentam obstáculos e dificuldades reais e erram. Se o erro é escusável e não há má-fé, merecem proteção (art. 28)**. Mas isso é aferível apenas caso a caso. Leonardo Coelho Ribeiro tem razão: **com a ideia de administrador médio, o TCU parece supor a existência “de um ‘administrador médium’, dotado de presciência capaz de antecipar as visões futuras do controlador” (...)**⁶⁹. Grifos nossos.

No ano seguinte ao da edição da Lei n. 13.655, passou a integrar o arcabouço jurídico pátrio o Decreto n. 9.830, de 2019, que regulamentou o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei n° 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro.

Tal Decreto, para o qual, como técnico integrante da Casa Civil da Presidência da República, tive a oportunidade de contribuir, traz um capítulo específico sobre a responsabilização do agente público, com o claro intento de esclarecer, ainda mais, o âmbito de aplicação do art. 28 da LINDB, maximizando os pretendidos efeitos do legislador em incrementar a segurança jurídica no país.

O art. 12 trata da responsabilização na hipótese de dolo ou erro grosseiro, esclarecendo preocupações da doutrina e jurisprudência nascente acerca do art. 28 da LINDB.

Tal dispositivo complementa o art. 28 da Lei n. 13.655 explicando que o gestor “**somente** poderá ser responsabilizado por suas decisões

⁶⁹ Id. Ibid.

ou opiniões técnicas se agir ou se omitir com dolo, direto ou eventual, ou cometer erro grosseiro, no desempenho de suas funções” (art. 12).

Por erro grosseiro entende-se “aquele **manifesto, evidente e inescusável** praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com **elevado grau** de negligência, imprudência ou imperícia” (§ 1º do art. 12). A disposição é importante pois reduz o alto grau de indeterminação do art. 28 da Lei n. 13.655.

O Decreto ainda especifica que não será caracterizado o erro grosseiro ou dolo do agente público “se não restar comprovada, nos autos do processo de responsabilização, situação ou circunstância fática capaz de caracterizar o dolo ou o erro grosseiro” (§ 2º do art. 12). A disposição legal – que parece redundante – na verdade busca deixar extrema de dúvidas que o elemento subjetivo necessário para a responsabilização precisa ser demonstrado no processo, não se podendo presumi-lo. Com efeito, o termo “comprovada” não está aí inserido por acaso!

Mantendo a linha de evitar a responsabilidade objetiva mascarada, o Decreto regulamentador positiva que “o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização, exceto se comprovado o dolo ou o erro grosseiro do agente público” (§ 3º)⁷⁰.

Em arremate, o § 4º consigna que “a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público serão consideradas em eventual responsabilização do agente público”, sendo tal previsão uma clara concessão do legislador ao princípio da primazia da realidade.

Obviamente, dita previsão não possibilita interpretações válidas que sirvam para anular a responsabilidade do agente público diante alegações vazias de dificuldades no cumprimento de deveres. O Direito, como adverte Eros Grau⁷¹, não se interpreta em tiras ou aos pedaços.

⁷⁰ Importante complemento é o § 2º do art. 13, segundo o qual “a eventual estimativa de prejuízo causado ao erário não poderá ser considerada isolada e exclusivamente como motivação para se concluir pela irregularidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos”.

⁷¹ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 131-132.

Por isso a regra estabelece que as condições “serão consideradas”, levadas em conta, examinadas⁷².

Por isso, aliás, que o § 4º precisa ser interpretado em conjunto com vários outros dispositivos da Lei, em especial com o § 8º pelo qual “o disposto neste artigo [12] não exime o agente público de atuar de forma diligente e eficiente no cumprimento dos seus deveres constitucionais e legais”.

Sempre com objetivo de obter processos de responsabilização baseados em fatos e não em meros modelos interpretativos, o § 5º do art. 12 estatui que “o montante do dano ao erário, ainda que expressivo, não poderá, por si só, ser elemento para caracterizar o erro grosseiro ou o dolo”.

O § 6º contém um dos principais anteparos ao gestor público responsável pela tomada de decisões relevantes na Administração. No caso, foi previsto no Decreto que “a **responsabilização** pela opinião técnica não se estende **de forma automática** ao decisor que a adotou como fundamento de decidir”, ficando caracterizada apenas “se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica ou se houver conluio entre os agentes”.

Considerando os poderes de supervisão e o exercício do poder hierárquico por parte do agente público, restou também positivado que “só responderá por culpa in vigilando⁷³ aquele cuja omissão caracterizar erro grosseiro ou dolo”.

Sempre tendo em mente a questão da separação dos poderes prevista na Constituição, o art. 13 do Decreto procura colocar balizas nas decisões dos controladores, isso sem inviabilizar a correção de irregularidades. Nesse sentido, a decisão controladora “não poderá substituir a atribuição do agente público, dos órgãos ou das entidades

⁷² Dito de outro modo: muito embora a delimitação do processo de responsabilização seja, hoje, mais clara, não se pode considerar o estabelecimento de marcos e limites como uma carta branca para que o gestor se exima do cumprimento de suas obrigações legais.

⁷³ Ou seja, culpa em não vigiar ou acompanhar a execução de ação pela qual outra pessoa ficou encarregada.

da administração pública no exercício de suas atribuições e competências, inclusive quanto à definição de políticas públicas”⁷⁴.

Além disso, para se coibir práticas e ilações errôneas no processo de responsabilização, o § 2º dispõe que a simples estimativa de prejuízo ocasionado ao erário “não poderá ser considerada isolada e exclusivamente como motivação para se concluir pela irregularidade de atos, contratos, ajustes, processos ou normas administrativos”.

Importante, mencionar, ainda, o reforço da diretriz ao controle prevista no §1º, segundo a qual a atuação de tais órgãos “privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores”, na linha do art. 14 do vetusto Decreto-Lei n. 200, de 1967.

Relativamente aos marcos para o exercício do direito de regresso da administração em face de ação ou omissão do gestor público, o art. 14 do Decreto n. 9.830, circunscrevendo a regulamentação ao âmbito do Executivo Federal, prevê o seguinte:

Direito de regresso, defesa judicial e extrajudicial

Art. 14. No âmbito do Poder Executivo federal, o direito de regresso previsto no § 6º do art. 37 da Constituição somente será exercido na hipótese de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas, nos termos do disposto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, e com observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Como mais uma medida importante para conter o arbítrio nos processos sancionadores, em observância dos direitos e garantias fundamentais do devido processo legal e da individualização das penas, a regulamentação, em seu art. 16, preceitua que a decisão que aplicar sanção ao agente público considerará:

- a) a natureza e a gravidade da infração cometida;
- b) os danos que dela provierem para a administração pública;
- c) as circunstâncias agravantes ou atenuantes;

⁷⁴ Sobre o tema, veja-se OLIVEIRA, Vanessa Elias de (org.). **Judicialização de políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz; 2019.

- d) os antecedentes do agente;
- e) o nexó de causalidade; e
- f) a culpabilidade do agente.

Anote-se, ainda, que o Decreto reconhece em seu art. 17 que outras modalidades de culpa (inclusive a leve) podem ser objeto de sanção na esfera disciplinar⁷⁵, afastando qualquer possibilidade de impunidade do agente.

A propósito, ao tratarmos do “elemento subjetivo” para a punição do agente público, muito embora o foco deste trabalho seja a Lei n. 13.655, convém consignar que em 25 de outubro de 2021 foi sancionada pelo Presidente da República a Lei n. 14.230, que altera a Lei de Improbidade Administrativa – LIA profundamente relativamente a este ponto.

Dita modificação, dentre outros aspectos relevantes⁷⁶, consagrou a figura da improbidade administrativa como subsidiária,

⁷⁵ Veja-se: “Art. 17. O disposto no art. 12 não afasta a possibilidade de aplicação de sanções previstas em normas disciplinares, inclusive nos casos de ação ou de omissão culposas de natureza leve”.

⁷⁶ A Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE) protocolou no dia 6 de dezembro de 2021, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 7043 contestando parte do texto na recém aprovada Lei n. 14.230/21, que promoveu alterações significativas na Lei de Improbidade Administrativa. Segundo notícia veiculada no portal da referida associação, “com números expressivos, por exemplo, a ANAFE demonstra o impacto da atuação dos órgãos da Advocacia-Geral da União (AGU) no âmbito das ações de improbidade administrativa. Em relação à Procuradoria-Geral Federal (PGF), a inicial aponta que, ‘desde o ano de 2016, percebe-se postura bem mais proativa e eficiente desse órgão da Advocacia Pública a partir do momento em que organizou o núcleo estratégico de combate à improbidade administrativa’. ‘Importante observar que, em 2019, a AGU, especialmente através da PGF e PGU, produziram números ainda mais impressionantes na persecução civil dos atos de improbidade administrativa, alcançando a cifra de R\$ 4,1 bilhões’, destaca trecho do documento. De acordo com a Entidade, a restrição da legitimidade ativa para a propositura das ações de improbidade administrativa, promovida pelos citados dispositivos da Lei nº 14.230/2021, não representa apenas clara ofensa à ordem constitucional e retrocesso no combate à corrupção, representa, além de tudo, nítida limitação do acesso dos entes públicos interessados à Justiça (CRFB, art. 5º, XXXV), em busca de cumprir aquilo que a própria Constituição lhes determina (CRFB, art. 23, I, e art. 37, § 4º). A iniciativa não invalida outras, como a busca de reformas no plano legislativo. Embora se trate da defesa de prerrogativas dos advogados públicos, estão em jogo a eficácia e a efetividade da defesa do interesse público, uma vez que as restrições impostas à atuação dos entes lesados configuram grave risco para o direito da população brasileira a uma gestão proba e eficiente”. **ANAFE ajuíza Ação Direta de Inconstitucionalidade contra alterações na Lei de Improbidade (LIA)**. Disponível

vale dizer, como instrumento de punição de condutas revestidas de elevada gravidade.

Com efeito, hoje **não mais se prevê a figura culposa da improbidade**, que foi suprimida expressamente da Lei.

Remanescia clara, antes da Lei n. 14.230, a possibilidade de punição culposa no art. 10 da Lei de Improbidade – LIA (atos que causam lesão ao erário), sendo que a doutrina e a jurisprudência já a haviam afastado relativamente ao art. 11 (que tipifica a improbidade por ofensa aos princípios da administração pública)⁷⁷.

Nesse sentido, veja-se a nova redação do art. 1º da LIA:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa **tutelar a probidade** na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de **assegurar a integridade do patrimônio público e social**, nos termos desta Lei. [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

Parágrafo único. [\(Revogado\)](#). [\(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

§ 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa **as condutas dolosas** tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais. [\(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

§ 2º Considera-se **dolo a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente**⁷⁸. [\(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

em: <<https://anafenacional.org.br/anafe-ajuiza-acao-direta-de-inconstitucionalidade-contra-alteracoes-na-lei-de-improbidade-lia/>>. Acesso em: 30 de dez. de 2021.

⁷⁷ Nesse sentido, ver GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. – 7ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 459 e nota 119.

⁷⁸ A doutrina criticava fortemente a figura do dolo genérico na improbidade que, na prática, facilitava a punição do agente objetivamente. Nesse sentido e versando em especial sobre a precariedade da fundamentação das decisões judiciais sobre improbidade diante da aceitação do “dolo genérico” para sua configuração, veja-se PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Improbidade administrativa e o dolo genérico: O risco de ser gestor público**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/improbidade-administrativa-e-o-dolo-generico-11082015>>. Acesso em: 21 de jul de 2018.

§ 3º O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade administrativa. [\(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

§ 4º Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador. [\(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

(...)

§ 8º Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário. [\(Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021\)](#)

O legislador parece, pois, ter consagrado o já antigo posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a LIA “não visa punir o administrador inábil, mas sim o desonesto, o corrupto, aquele desprovido de lealdade e boa-fé”⁷⁹.

Tal linha interpretativa foi claramente inspirada pela edição da Lei n. 13.655, o que se percebe pelos vários dispositivos desta Lei refletidos na nova Lei n. 14.230, que alterou substancialmente a LIA⁸⁰.

4.3. O debate sobre a constitucionalidade da Lei n. 13.655, de 2018.

A Lei n. 13.655, de 2018, ainda não foi submetida a um juízo definitivo de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal - STF, órgão do Poder Judiciário responsável, em última análise, por

⁷⁹ Veja-se, na doutrina, JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit. p. 836, DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Ob. cit. p. 823. Há, todavia, quem entenda que a modificação é inadequada e pode gerar incentivos à corrupção. Nesse sentido, veja-se MENEGUIN, Fernando B. e BUGARIN, Maurício S. **A nova lei de improbidade administrativa e os incentivos à corrupção**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/nova-lei-de-improbidade-incentivos-corrupcao-09112021?amp>>. Acesso em 9 de novembro de 2021.

⁸⁰ Nesse sentido, veja-se, por exemplo, os novos art. 12, § 3º, e o 17-C, da LIA.

avaliar eventuais impugnações de legislação em face da Constituição Federal.

Todavia, há fortes elementos para se inferir que, para o STF, dito diploma legal será tido como compatível com a Constituição.

No caso, o Poder Executivo Federal editou recentemente a [Medida Provisória - MP n. 966, de 13 de maio de 2020](#), que dispunha sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19.

A redação da Medida Provisória é bastante semelhante à da Lei n. 13.655 e do Decreto n. 9.830. Vejamos:

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

I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e

II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

§ 1º A responsabilização pela opinião técnica não se estenderá de forma automática ao decisor que a houver adotado como fundamento de decidir e somente se configurará:

I - se estiverem presentes elementos suficientes para o decisor aferir o dolo ou o erro grosseiro da opinião técnica; ou

II - se houver conluio entre os agentes.

§ 2º O mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público.

Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, **considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.**

Art. 3º Na aferição da ocorrência do erro grosseiro serão considerados:

I - os obstáculos e as dificuldades reais do agente público;

II - a complexidade da matéria e das atribuições exercidas pelo agente público;

III - a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência;

IV - as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação ou a omissão do agente público; e

V - o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas. (grifos nossos)

Sete ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) foram ajuizadas. Os autores foram: Rede Sustentabilidade (ADI 6421), Cidadania (ADI 6422), Partido Socialismo e Liberdade – Psol (ADI 6424), Partido Comunista do Brasil – PC do B (ADI 6425), Associação Brasileira de Imprensa – ABI (ADI 6427), Partido Democrático Trabalhista - PDT (ADI 6428) e Partido Verde – PV (ADI 6431).

Os legitimados sustentaram, em síntese, que os critérios adotados pela MP poderiam acarretar uma espécie de anistia ou o salvo-conduto à atuação estatal, quando desprovida de dolo ou erro grosseiro.

Analisando os argumentos levantados pelos autores, o relator das ações, Min. Luís Roberto Barroso, propôs que o art. 2º da MP seja interpretado conforme a Constituição, de forma que se configure como erro grosseiro “o ato administrativo que ensejar violação do direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado em razão da inobservância de normas e critérios científicos e técnicos”.⁸¹

Acompanharam integralmente o relator os ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Dias Toffoli, formando maioria no Tribunal.

O ministro Luiz Fux, por exemplo, argumentou que a crise de saúde pública requer celeridade na atuação do gestor, o qual, com os limites estabelecidos pela Medida Provisória, sentir-se-ia mais seguro para atuar. Salientou o atual Presidente do STF, todavia, que o normativo impugnado não se traduz em “carta de alforria” para atos irresponsáveis de administradores públicos. Afirmou que “o erro

⁸¹ Atos de agentes públicos durante a pandemia devem observar critérios técnicos e científicos. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=443888&ori=1>>. Acesso em: 09 de nov. de 2020.

grosseiro previsto na norma é o negacionismo científico. O agente público que atua no escuro o faz com o risco de assumir severos resultados”⁸².

Por sua vez, o Min. Gilmar Mendes, asseverou que “as balizas trazidas pela norma não se distanciam do regime de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos constitucionalmente vigentes em circunstâncias de normalidade”⁸³.

Muito embora o STF não tenha apreciado diretamente a constitucionalidade do art. 28 da Lei n. 13.655, é evidente que as razões determinantes dos votos acabaram, majoritariamente, por emprestar legitimidade ao conteúdo da supramencionada lei, bem como ao art. 12 do Decreto n. 9.830, de 2019.

Ao afastar a apreciação e o deferimento da medida cautelar relativamente ao art. 28 da Lei n. 13.655, o relator, Min. Luis Roberto Barroso, teceu os seguintes argumentos, que aqui transcrevo, por bem traduzirem o prestígio do novo diploma legal:

(...) o debate, em regime cautelar, deve se restringir à apreciação da MP 966/2020, que é a norma que efetivamente trata da responsabilidade de agentes por atos relacionados ao combate à pandemia. De se notar, ademais, que o art. 28 da LINDB está em vigor há pelo menos 2 anos, o que, em princípio, descaracteriza o perigo na demora, nos termos da jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal. (...) 6. As recentes alterações na LINDB foram saudadas por muitos como sendo um importante avanço institucional. Elas resultaram de um projeto do Senador Antonio Anastasia, no qual trabalharam os Professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques, e que, depois, curiosamente, foi chancelado, num parecer, pela maior parte dos

⁸² Id. Ibid.

⁸³ Id. Ibid. Segundo noticiado, “ficaram vencidos em parte os ministros Alexandre de Moraes e Cármen Lúcia, que acompanharam o relator em relação à tese, mas concediam o pedido em maior extensão para suspender parcialmente a eficácia do artigo 1º e afastar do alcance da norma os atos de improbidade administrativa e os objetos de fiscalização dos tribunais de contas. Os dois também votaram pela concessão da cautelar para suspender integralmente a eficácia do inciso II do artigo 1º, que trata das medidas de combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia. Para os ministros, o dispositivo estabelece ‘uma verdadeira excludente de ilicitude civil e administrativa’. Também ficou vencido o ministro Marco Aurélio, que votou pela suspensão da eficácia da MP. A seu ver, a norma, ao prever a responsabilização do agente público apenas em relação atos cometidos com dolo ou erro grosseiro, traz restrição não prevista na Constituição Federal”. (Id. Ibid.).

administrativistas brasileiros, aí incluídos a Professora Odete Medauar, a Professora Maria Sylvia di Pietro, o Professor Marçal Justen Filho, o Professor Gustavo Binenbojm. É uma lei que já vem, de algum tempo, sendo aplicada sem que se tenha detectado qualquer tipo de malefício ou de transtorno. Além disso, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro contém, como próprio das leis de introdução, normas gerais, normas de Direito Intertemporal, normas de Direito Internacional Privado, normas de hermenêutica, normas de cooperação jurídica internacional. E, portanto, o fato de ela viger há mais de dois anos e esse caráter mais abstrato de que ela se reveste tornam totalmente inoportuno, pelos parâmetros do Supremo Tribunal Federal, apreciar, em medida cautelar, a validade ou não do seu art. 28. 7. Por essa razão, deixo de me manifestar, por ora, sobre a complexa questão, que também decorre da LINDB (e de seu decreto regulamentador por arrastamento), de saber se é possível limitar a responsabilidade dos agentes públicos em geral aos casos de erro grosseiro ou de dolo e, portanto, excluir sua responsabilidade na situação de culpa simples ou de erro escusável, que é o objeto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A questão envolve, de um lado, uma leitura do alcance do princípio republicano e do art. 37, § 6º, CF; e, de outro lado, uma compreensão aprofundada sobre as circunstâncias e particularidades do processo decisório dos agentes públicos em situações de incerteza, urgência e assimetria de informações, bem como dos problemas relacionados ao exercício do poder de controle sobre tais autoridades. Já adianto que há duas coisas muito ruins para a administração pública e o bem comum: de um lado, administradores incorretos e, de outro, administradores corretos que têm medo de decidir o que precisa ser decidido, por temor de retaliações futuras.

(...).

Também merece referência o voto do Min. Gilmar Mendes, pela densidade da argumentação expendida na caracterização da responsabilidade do agente público. Como já dito acima, o citado Ministro entende, acerca da Medida Provisória impugnada, que “as balizas nela trazidas não se distanciam do regime de responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos constitucionalmente vigente mesmo em circunstâncias de normalidade”.

Explica que a regra constitucionalmente consagrada da responsabilidade civil do Estado, fundada na conhecida Teoria do Risco Administrativo, estabelece que a responsabilização objetiva dos entes federados e das pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, relativamente aos atos de seus agentes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros.

Continua o Ministro Gilmar Mendes seu voto registrando que, no que concerne à responsabilidade dos gestores públicos, a regra constitucional “é clara no sentido de exigir a configuração de dolo ou culpa como elementares necessárias para a configuração do dever de reparar”. Aduz o magistrado que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o art. 37, § 6º, da CF/88 “consagrou entre nós a chamada Tese da Dupla Garantia”, que, baseada no princípio da impessoalidade, consagra regime de dupla proteção, que assim pode ser demonstrado: a) a primeira garantia, **a favor do particular**, franqueando-lhe a ação indenizatória em face da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos. Considera-se que, com esse direcionamento, é maior a probabilidade de pagamento do dano objetivamente experimentado; e b) a segunda, **a favor do servidor**, o qual responde administrativa e civilmente somente à pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincula.

Gilmar Mendes menciona que o STF, ao julgar o tema 940, assentou o entendimento de que, nos termos do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, a ação judicial “por danos causados por agente público deve ser ajuizada contra o Estado ou a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, sendo parte ilegítima passiva o autor do ato”.

Adverte o Ministro que “a partir do regramento constitucional apresentado, não há dúvida de que seria incompatível com o art. 37, § 6º, da CF/88 eventual ato normativo que buscasse imunizar o agente público pela prática de ato ilícito culposo ou doloso”.

Pontua, no entanto, que

(...) dada a própria abertura semântica do conceito de culpa no campo da Responsabilidade Administrativa, não parece que seria defeso ao legislador ordinário, com o intuito de conferir maior segurança jurídica ao gestor público, prever **elementares culposas qualificadas**, que pudessem trazer

especificação normativa da conduta culposa moldada à práxis da gestão pública regulamentada. É justamente com esse intuito de **qualificar** a modalidade culposa da responsabilidade dos agentes públicos que normas como o art. 28 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – com redação vigente desde 2018 – prevê que “*o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro*”. No caso específico da LINDB, o conteúdo jurídico da expressão “*erro grosseiro*” é objeto de regulamentação pelo art. 12, § 1º, do Decreto 9.830/2019, o qual define: “*considera-se erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia*”. No caso em tela, a densificação do regime de responsabilidade dos agentes públicos na adoção de medidas de enfrentamento à pandemia é igualmente buscada pela MP 966 com a restrição às ações ou omissões do Poder Público por “*dolo*” ou “*erro grosseiro*”. A convalidação da modalidade de responsabilidade subjetiva, a propósito, encontra-se espelhada no art. 1º, § 2º, da MP, o qual dispõe que “*o mero nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público*”. A rigor, **a norma impugnada não ilide tampouco atenua a responsabilidade subjetiva dos agentes públicos**, mas apenas **qualifica** a modalidade culposa aplicável ao prever: “*considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.*” (art. 2º). Também bem andou a MP ao buscar fixar parâmetros de aferição do erro grosseiro. Esses parâmetros são indicativos para o próprio Judiciário e órgãos de controle externo, que deverão considerar, nessa avaliação, os fatos, prognoses e **assimetrias informativas contemporâneas à tomada de decisão**. Em especial, deve-se considerar “*a circunstância de incompletude de informações na situação de urgência ou emergência*” (inciso III) e ainda “*o contexto de incerteza acerca das medidas mais adequadas para enfrentamento da pandemia da covid-19 e das suas consequências, inclusive as econômicas*” (inciso V). Destaques do original.

Dito julgamento, aliás, foi comemorado por integrantes da academia, tais como Carlos Ari Sundfeld, Floriano De Azevedo Marques

Neto e Marçal Justen Filho⁸⁴, que sustentam o acerto do art. 28, conforme se verifica da leitura artigo “Surpresa positiva do STF no julgamento da MP 966: O terraplanismo de alguns controladores públicos saiu vencido da sessão do STF”⁸⁵, publicado logo após o pronunciamento da Corte Suprema.

Os administrativistas⁸⁶ avaliaram que o julgamento acabou por consolidar a reforma promovida pela Lei n. 13.655, de 2018.

Enfatizam que o projeto foi fruto de pesquisas acadêmicas de anos, que passaram pelo crivo do Congresso Nacional, que, inclusive, contribuiu com emendas importante. Afirmam que foi gerada uma lei histórica e que seu objetivo

foi ajudar a recuperar a segurança jurídica que o país havia perdido nas várias esferas, administrativa, controladora e

⁸⁴ Quais sejam: Carlos Ari Sundfeld, Eduardo Jordão, Egon Bockmann Moreira, Floriano De Azevedo Marques Neto, Gustavo Binenbojm, Jacintho Arruda Câmara, José Vicente Santos De Mendonça, Marçal Justen Filho, Vera Monteiro.

⁸⁵ SUNDFELD, Carlos Ari et. all. Surpresa positiva do STF no julgamento da MP 966: O terraplanismo de alguns controladores públicos saiu vencido da sessão do STF. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/supresa-positiva-do-stf-no-julgamento-da-mp-966-21052020>>. Acesso em: 10 de nov. de 2020.

⁸⁶ Ditos juristas demonstraram um juízo bastante crítico com os controladores, conforme se depreende da leitura das seguintes passagens do artigo logo acima citado: “O importante é que o STF firmou, em julgamento de grande alcance, o entendimento de que se deve proteger o gestor de boa fé e de que também a atividade dos controladores deve observar limites jurídicos. O voto do min. Gilmar Mendes, que se alinhou ao relator min. Luis Roberto Barroso, foi significativo quanto a isso. Foi um duro golpe na visão favorável a um controle público curandeiro, inspirado em voluntarismo pessoal. O STF se pronunciou contra o controle que gera o apagão das canetas. Reconheceu ainda que a LINDB é uma lei geral de hermenêutica, com parâmetros para bem interpretar e aplicar outras leis de efeitos concretos, inclusive a MP 966. O STF foi enfático ao reconhecer que não se responsabiliza o gestor que age de boa-fé, apoiado em parâmetros jurídicos e técnicos adequados. E mais: afirmou que impedir a submissão de gestores à responsabilização objetiva nada tem a ver com dar salvo conduto para o ilícito e a improbidade dolosa. O STF aproveitou para, por meio de interpretação conforme, construída pelo relator Luis Roberto Barroso, com a colaboração dos outros ministros, incluir na MP 966 a proibição expressa de que, em temas ligados à gestão da pandemia, autoridades terraplanistas submetam a população a medidas sem qualquer base técnica. Considerando o contexto em que estamos, compreende-se a preocupação do tribunal. Por fim, o STF reconheceu, citando-as nominalmente, que as pesquisas acadêmicas de várias instituições, além de fundamentais na construção da LINDB, também têm sido capazes de identificar e de propor correções contra desvios no controle público, que também ocorrem. O STF fez, assim, um chamado para que os controladores públicos também tenham humildade e levem a sério o que as pesquisas no campo jurídico têm a lhes dizer. O terraplanismo de alguns controladores públicos saiu vencido. (SUNDFELD, Carlos Ari et. all. Id ibid.)

judicial. Desde então, o direito público brasileiro mudou. Para muito melhor.

(...)

No julgamento de várias ADIs em face da MP 966 (algumas que, inclusive, pretendiam respingar na LINDB), o STF referendou a constitucionalidade do preceito mais polêmico da LINDB, o art. 28. Mais que isso: declarou que essa lei tem de balizar juridicamente a interpretação e a atuação dos órgãos de controle, que não podem ignorá-la ou distorcê-la.

Nesses dois anos desde a mudança da LINDB, a comunidade acadêmica procurou explicá-la (...) e defendê-la, reconhecendo que seus múltiplos avanços foram fundamentais, inclusive em favor da segurança jurídica dos gestores públicos de boa-fé, sem trazer qualquer prejuízo para o bom controle. Mas persistia um movimento contra a LINDB, tentando derrubá-la ou torná-la inócua. De tempos em tempos, retornava a defesa de um controle público personalista, que se arroga o direito de presumir a má-fé de gestores.

Desde a edição da LINDB, houve algumas críticas e outros tropeços, mas o tempo comprovou que o bom gestor público merece ser respeitado. Pode fazer escolhas e bem gerir a coisa pública, sem medo de ser responsabilizado injustamente por isso. O controle externo é necessário, mas precisa ser orientado pelas consequências da decisão controladora, bem como pelas circunstâncias fáticas que levaram o gestor a adotar esta ou aquela decisão. Mais: não é qualquer erro que pode gerar a responsabilização dos gestores públicos. Assim como os juízes (que têm suas decisões reformadas todos os dias) e os membros do ministério público (que têm suas ações civis públicas julgadas improcedentes), também o administrador público erra e não pode ser responsabilizado pessoalmente por isso se o erro não for grosseiro, nem cometido com dolo.

(...)

Já Paulo Modesto não demonstrou o mesmo entusiasmo com a decisão, apontando algumas ressalvas e preocupações à sua correta aplicação em casos futuros.

No artigo “O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza”⁸⁷, o administrativista registra que “a doutrina administrativa

⁸⁷ MODESTO, Paulo. **O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza.** Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiro-administrativo-tempos-incerteza?imprimir=1>>. Acesso em: 11 de nov. de 2020.

brasileira em geral espera dos agentes públicos a permanente maximização da utilidade pública quando a lei não programa uma única resposta de forma antecipada”, algo que, à luz da teoria das escolhas racionais, aparenta uma evidente dissociação da realidade fática.

Prossegue o jurista da Universidade Federal da Bahia no sentido de que

Um importante segmento das **decisões dos administradores reais adotadas na competência discricionária envolve incerteza, na modalidade risco** (quando estão presentes variáveis conhecidas e mensuráveis em termos probabilísticos para obtenção de eventos futuros, mas quase nunca com a "certeza do ótimo") **e na modalidade incerteza elevada, incerteza propriamente dita ou "incerteza knightiana"** (quando sequer as variáveis ou todas as variáveis são conhecidas e, portanto, não se consegue mensurar a probabilidade de determinados resultados futuros). **No limite, o erro pode ser inevitável na ocorrência de penumbra persistente sobre as variáveis relevantes.** Em outras situações, o agente administrativo atua em processos de decisão seqüencial, reagindo estrategicamente a decisões de terceiros, que agem ora de modo convergente ora de modo concorrencial ao poder público. Nesses casos, a rigor, a "ótima" ou "sub-ótima" decisão em parte depende da reação futura ou da decisão incerta de terceiros. **Não se deve esquecer ainda a frequente insuficiência de informações, a assimetria de informações dos agentes em interação, os vieses inevitáveis, e o desajuste entre o que se considera o ótimo e os meios disponíveis para a sua realização ao longo do tempo.** A crise da Covid-19 é didática para todos nós sobre o que significa decidir em estado de incerteza severa ou incerteza em sentido estrito. **Esperar a maximização da utilidade sempre, presente a competência discricionária, e condicionar a validade da atuação administrativa ao atingimento desse estado ideal não é realista.** E precisamos desesperadamente de realismo e pragmatismo na esfera pública e no controle público. Uma teoria realista da decisão pública em situações de incerteza constitui o pressuposto lógico para o estabelecimento tanto de critérios heurísticos (voltados para o administrador) quanto de critério de avaliação (voltados para o controlador) sobre quando ou em quais situações a ação ou omissão administrativa pode ser qualificada como necessária e consistente ou caracterizar erro grosseiro.

(...)

O controle público da atividade administrativa não é simples ato de poder, mas relação jurídica, que exige boa-fé, cooperação, segurança jurídica e motivação de ambos os polos do vínculo processual. Também os órgãos de controle possuem ônus argumentativos, deveres de motivação, e não devem substituir prognoses e decisões públicas primárias sem critério preciso de fundamentação. Podem ser questionadas, por violação à segurança jurídica, ordens ou instruções de controle excessivamente indeterminadas, imprecisas ou sem fundamentação explícita e consistente.

(...)

Gradua-se assim a responsabilidade pessoal de agentes públicos comuns de modo realista e em favor da segurança jurídica, à semelhança do previsto hoje para diversos agentes públicos: magistrados (art. 143, I, do CPC/2015 e art. 49 da LC 35/1979), membros do Ministério Público (art. 181 do CPC/2015), advogados públicos (art. 184 do CPC/2015) e defensores públicos (art. 187 do CPC/2015).

Paulo Modesto reconhece que a decisão do STF foi alvissareira no sentido de que, na prática, referendou o novo sistema de responsabilização do agente público, baseado nos conceitos fundamentais de “boa-fé”, “erro grosseiro” e “dolo”.

Relativamente à responsabilização dos administradores públicos por atos relativos à gestão da pandemia, no entanto, os ministros do STF não se satisfizeram em exigir decisões baseadas em pareceres técnicos fundamentados.

Aqui, o Supremo demandou do gestor (e do parecerista) a obediência de “‘normas, critérios científicos e técnicos’, ‘tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas’”, e a observância ao “princípio da precaução e prevenção”.

Ocorre que, segundo Modesto, “quem acompanha a crise dos nossos dias sabe que (...) ainda é algo inseguro constatar harmonia entre as instituições internacionais e nacionais *reconhecidas*” e também “clareza quanto as formas de atender ao *princípio da precaução e prevenção* na matéria”.

Pondera o jurista que “talvez o Supremo tenha criado névoa em um momento de penumbra. Figuro o gestor inquieto em inúmeros municípios brasileiros interrogando a sua frágil equipe sobre qual é o entendimento técnico harmonizado” entre os cientistas para cada um dos temas que precisará decidir”. A pergunta de Modesto⁸⁸ é: “se não houver clareza sobre esse entendimento técnico pacificado, ele não decidirá? Se decidir, e o parâmetro for alterado, será considerado o direito intertemporal?”

Seja como for, a doutrina reconheceu que o julgamento do STF acerca da MP n. 966 foi relevantíssimo marco para consolidar a novel sistemática de responsabilização dos gestores públicos perante os órgãos de controle.

No entanto, mudar o *modus operandi* das instituições e de seus agentes passa também por uma modificação cultural e de postura diante da tolerância ao erro, tema ainda com pouca margem de debate na esfera controladora.

4.4. Da interpretação do Tribunal de Contas da União relativamente ao art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro.

Consoante já exposto no item 4.1, para o TCU, tradicionalmente, o elemento a boa-fé, caso reconhecido no Tribunal, pode excluir a culpabilidade e, conseqüentemente, afastar a aplicação de sanções aos gestores públicos avaliados.

⁸⁸ A tentativa de conter o arbítrio do Poder Executivo pode, isso sim, ter ampliado a insegurança para decidir. É o que se colhe da seguinte passagem do artigo de Paulo Modesto: “A incerteza sobre o alcance da precaução e da prevenção na crise será fator de elevação da complexidade decisória e, conseqüentemente, do risco de decidir. Na incerteza severa há sempre lacuna de informação relevante, pois não são conhecidos todos os processos subjacentes ou os resultados previsíveis. Nesse cenário pode ser problemático requerer harmonia ou consenso entre instituições científicas como pressuposto da decisão administrativa cautelosa. Deve-se exigir a consideração de manifestações técnicas reputadas, o reforço da fundamentação científica na gestão dos riscos, tradução necessária da diligência exigível em matéria complexa e sensível como a crise sanitária, mas parece inquietante exigir mais”. **O erro grosseiro administrativo em tempos de incerteza.** Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jul-30/interesse-publico-erro-grosseiro-administrativo-tempos-incerteza?imprimir=1>>. Acesso em: 11 de nov. de 2020.

Já se anotou que o elemento boa-fé deve ser demonstrado nos autos, ou seja, a boa-fé do gestor, no TCU, não é presumida⁸⁹.

A demonstração da boa-fé teria o condão de afastar a aplicação de sanções, tal como a multa, mas não a imputação do débito⁹⁰, ou seja, o prejuízo apurado pelo Tribunal precisa ser ressarcido ao erário.

Nesse ponto, é de se recordar que, quando o gestor público responsável é condenado pelo TCU, mas a Corte reconhece sua boa-fé, entende-se pela possibilidade de afastamento dos juros de mora relativamente ao valor do débito.

Frise-se que, se o agente responsável efetuar o pagamento do valor que lhe foi imputado pelo Tribunal dentro do prazo fixado e, ainda, sua boa-fé for efetivamente reconhecida, suas contas poderão ser julgadas regulares, com ressalvas, o que representa a superação de óbice de inelegibilidade para o gestor.⁹¹

Tal entendimento, com o advento do art. 28 da Lei n. 13.655, de 2018, deveria ter sofrido alteração. Todavia, o Tribunal, mesmo com a entrada em vigor da Lei n. 13.655, posicionou-se na linha de que a inexistência de culpa grave (erro grosseiro) até isenta o agente de multa, mas não o exime da responsabilidade pela reposição de valores correspondentes a eventual dano ao erário, nos termos do art. 37, § 6º,

⁸⁹ Acórdão TCU nº 1.895/2014 – 2ª Câmara.

⁹⁰ Sobre a imputação de débito, pode ser consultada a Instrução Normativa - TCU nº 71, de 28 de novembro de 2012, que dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial.

⁹¹ Conforme didático resumo do Superior Tribunal Eleitoral, “até o dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições, o Tribunal de Contas da União (TCU) deve encaminhar à Justiça Eleitoral a relação dos responsáveis que tiveram contas rejeitadas por irregularidade insanável e por decisão irrecorrível daquela Corte, ressalvados os casos em que a questão estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, ou que haja sentença judicial favorável ao interessado, em cumprimento ao disposto no art. 11, § 5º, da Lei nº 9.504, de 1997. Segundo a alínea g do inciso I do art. 1º da Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar nº 64, de 1990), o responsável que tiver as contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa e por decisão irrecorrível do órgão competente não pode candidatar-se a cargo eletivo nas eleições que se realizarem nos oito anos seguintes, contados a partir da data da decisão. O interessado pode concorrer apenas se essa decisão tiver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário.” **Gestores públicos com contas julgadas irregulares pelo TCU.** Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores/eleicoes-2016/area-juridica/gestores-publicos-com-contas-julgadas-irregulares-pelo-tcu>>. Acesso em: 29 de nov. de 2019.

Constituição Federal, conforme se depreende da leitura do Acórdão n° 2.391/2018, emitido pelo Plenário da Corte e que serve atualmente como *leading case* sobre o assunto.

Entende-se, no entanto, que a jurisprudência do Tribunal está em contradição com o art. 28 da LINDB e com o art. 14 do Decreto n. 9.830, pelo qual também o exercício do direito de regresso pela Administração em face do gestor está limitado aos casos de culpa grave, expressada pela figura do chamado erro grosseiro.

No caso, o art. 28 da LINDB prescreve que “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. O texto legal, como se verifica, não limita seu âmbito de incidência às hipóteses de imposição de multa, abarcando também o direito de regresso. Interpretação diversa esvaziaria de sentido a disposição normativa, não limitando, como se pretendeu, a responsabilização do gestor aos casos em que atuou de forma altamente reprovável.

Esta interpretação foi referendada pelo Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019, quando, em seu art. 14, estabelece que

Art. 14. No âmbito do Poder Executivo federal, o direito de regresso previsto no § 6º do art. 37 da Constituição somente será exercido na hipótese de o agente público ter agido com dolo ou erro grosseiro em suas decisões ou opiniões técnicas, nos termos do disposto no art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942, e com observância aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

Muito embora o Acórdão n° 2.391/2018 seja anterior à edição do Decreto n. 9.830 - mais especificamente de 17 de outubro de 2018 -, veja-se que o entendimento do Tribunal, mesmo após a regulamentação do art. 28, continuou o mesmo, conforme se verifica da leitura da seguinte decisão:

O art. 28 do Decreto-lei 4.657/1942 (LINDB), que trata da responsabilização pessoal do agente em caso de dolo ou erro grosseiro, não se aplica ao particular contratado pela Administração Pública e se refere exclusivamente à aplicação de sanções, visto que o dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como

é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso (art. 37, § 6º, da Constituição Federal) .

([Acórdão 2768/2019-Plenário](#), Rel. Benjamin Zymler. Data da sessão: 20/11/2019)

No mesmo sentido: [Acórdão 5547/2019-Primeira Câmara](#), julgado em 09/07/2019.

Discorda-se do posicionamento do Tribunal, até porque a manutenção do entendimento anterior à LINDB significaria uma verdadeira declaração de inconstitucionalidade parcial, o que não é possível no âmbito de uma Corte de Contas, segundo já assentado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Vejamos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. INDEFERIMENTO DO REGISTRO DE APOSENTADORIAS CONCEDIDAS A SERVIDORES DETENTORES DO DIREITO AO RECEBIMENTO DO “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA”, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A declaração incidental de inconstitucionalidade somente é permitida de maneira excepcional aos juízes e tribunais para o pleno exercício de suas funções jurisdicionais, devendo o magistrado garantir a supremacia das normas constitucionais ao solucionar de forma definitiva o caso concreto posto em juízo. Trata-se, portanto, de excepcionalidade concedida somente aos órgãos exercentes de função jurisdicional, aceita pelos mecanismos de freios e contrapesos existentes na separação de poderes e não extensível a qualquer outro órgão administrativo. 2. Decisão do TCU que, no exercício de sua função constitucional de apreciação da legalidade de atos de concessão de aposentadoria de servidores públicos (art. 71, III, CF), considerou ilegais e denegou o registro de aposentadorias de servidores que teriam o direito de auferir em seus proventos a gratificação denominada Bônus de Eficiência e criado pelos §§ 2º e 3º dos arts. 7º e 17, ambos da Lei 13.464/2017. 3.

(...).

(Mandado de Segurança 35.812/DF, Plenário. Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 13.04.2021).

Além disso, analisando o caso específico do Acórdão TCU n. 2391/2018, Joel de Menezes Niebuhr⁹² já apontava para essa incorreção do Tribunal de Contas da União, indicando três argumentos em sua justificativa.

Primeiramente, o autor reconhece que o § 6º do artigo 37 da Constituição diz respeito “à indenização nos casos de dolo ou culpa, realmente, sem qualquer gradação”.

Com uma leitura adequada sob o ponto de vista constitucional, Niebuhr afirma que “nada impede que o legislador infraconstitucional discipline o assunto e estabeleça balizas e condicionantes, definindo graus de culpa para efeito da obrigação de indenização por parte de agentes públicos”, citando, para tanto, o Professor Clovis Beznos⁹³.

De fato, o constituinte não efetivou proibição para que o legislador infraconstitucional regulamentasse o Texto Maior, fixando suas adequadas balizas, sendo, aliás, medida comezinha o condicionamento de normas constitucionais pelo legislador infraconstitucional.

Niebuhr nos traz um bom caso para exemplificar sua afirmação:

Veja-se, por exemplo, que o inciso I do artigo 143 e o artigo 181, ambos do Código de Processo Civil, prescrevem que magistrados e membros do Ministério Público somente podem ser responsabilizados por perdas e danos se procedem com dolo ou fraude. Para os ministros do Tribunal de Contas da União aplica-se a mesma regra, em vista do artigo 73 da Lei Orgânica da Corte, cuja redação reconhece a eles as garantias e prerrogativas dos ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Ninguém discute, especialmente magistrados, membros do Ministério Público e ministros do Tribunal de Contas da União, que é permitido ao legislador infraconstitucional restringir as suas responsabilidades por perdas e danos, inclusive afastando

⁹² NIEBUHR, Joel de Menezes. **O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU**. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>>. Acesso em 12.06.2021.

⁹³ No mesmo sentido está o voto do Min. Gilmar Mendes na ADI n. 6421 (citado no tópico anterior).

a possibilidade de responderem por conduta meramente culposa, ainda que por culpa grave.

Por coerência, utilizando a mesma régua, também deveriam prestigiar a constitucionalidade do artigo 28 da LINDB no tocante aos demais agentes públicos, sem reduzir o alcance do dispositivo às sanções e retirar da incidência dele a responsabilidade por perdas e danos. O legislador, no artigo 28 da LINDB, tratou da responsabilidade dos agentes públicos de forma ampla, sem qualquer restrição. Não cabe ao Tribunal de Contas da União fabular restrições não supostas pelo legislador.

Em segundo lugar, como já se afirmou acima, a jurisprudência do STF é hoje uníssona no sentido de que não cabe ao Tribunal de Contas da União, que possui função administrativa⁹⁴, declarar a inconstitucionalidade de leis, até porque seria contraditório que um órgão que possui a missão constitucional de auxiliar⁹⁵ o Congresso Nacional no controle externo, nos termos do art. 71 da Constituição, controlasse diretamente na atividade legislativa do referido órgão.

Veja-se que no Acórdão n. 2391/2018, o TCU tratou diretamente da constitucionalidade do art. 28 da LINDB, na medida em realizou “uma espécie de interpretação conforme a Constituição” ao “restringiu o alcance literal e mais amplo do dispositivo, defendendo que ele ofenderia o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal”⁹⁶.

⁹⁴ Em verdade, com arrimo em Marçal Justen Filho, entende-se que a atividade do Tribunal de Contas da União pode ser qualificada como “quase jurisdicional”, pela forma processual de emissão das suas decisões e tendo em vista a estrutura autônoma e independente da instituição. (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 13.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1132-1133).

⁹⁵ Não obstante o TCU possua função de auxiliar o exercício do controle externo pelo Congresso Nacional, é evidente que a estatura constitucional da Corte de Contas lhe confere independência no desempenho de suas funções. Nesse sentido: “Embora os Tribunais de Contas auxiliem o Poder Legislativo a cumprir uma das suas missões – o controle –, eles não fazem parte desse Poder. Assim como o Ministério Público é órgão essencial à justiça, sem fazer parte do Judiciário, os Tribunais de Contas são essenciais ao controle externo, porém devem agir com autonomia e independência, sem se submeterem a qualquer tipo de influência”. ADI 3.977, rel. min. Marco Aurélio, j. 10-10-2019, P, DJE de 10-3-2020.

⁹⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU**. Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>>. Acesso em 12 de jun. de 2021.

O autor, com propriedade, nos lembra da advertência do Ministro Luís Roberto Barroso de que “a interpretação conforme a Constituição não é mero preceito hermenêutico, mas, também, um mecanismo de controle de constitucionalidade pelo qual se declara ilegítima uma determinada leitura da norma legal”⁹⁷. Assim, a Corte de Contas, “ao restringir o alcance do texto do artigo 28 da LINDB sob a escusa de conformá-lo ao § 6º do artigo 37 da Constituição Federal, empreendeu verdadeiro controle de constitucionalidade, o que desborda da sua competência constitucional”⁹⁸.

Por fim, mas não menos importante, Niebuhr, com escólio no Professor Luciano Ferraz, registra que o TCU, ao utilizar o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal para fundamentar seu entendimento, imputando débito ao gestor que não atuou com dolo ou cometeu erro grosseiro, não se atentou para o efetivo âmbito de aplicação do dispositivo constitucional. Com efeito, o citado parágrafo, como bem aponta, “dedica-se aos danos causados pelos agentes públicos a terceiros (externos) e não aos danos causados pelos agentes públicos à própria Administração Pública (internos)”⁹⁹.

Não obstante discorde-se do posicionamento do TCU no Acórdão 2.391/2018, relativamente à declaração velada de inconstitucionalidade do art. 28 da Lindib, é de se reconhecer que o

⁹⁷ Id. Ibid. No mesmo sentido: (...) observo que a autoridade reclamada, ao realizar o que denominou de “interpretação da legislação conforme à Constituição”, afastou a aplicação do art. 1º da Lei 10.698/2003 (...). E assim o fez por entender que o referido diploma legal teria natureza de revisão geral anual, razão pela qual o reajuste deveria ser concedido de forma igualitária a todos os servidores. Tal leitura pelo Tribunal reclamado configura, na verdade, omissão inconstitucional parcial, na medida em que considera a incompletude do legislador em conceder o aumento para todos os servidores públicos. (...) **Ao assim decidir, observo que, por via transversa (interpretação conforme), houve o afastamento da aplicação do referido texto legal, o que não foi realizado pelo órgão do Tribunal designado para tal finalidade. Dessa forma, restou configurada a violação ao art. 97 da Constituição Federal, cuja proteção é reforçada pela Súmula Vinculante 10 do STF (...).** (Rcl. 14.872, voto do rel. min. **Gilmar Mendes**, 2ª T, j. 31-5-2016, DJE 135 de 29-6-2014.) Negrito nosso.

⁹⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes. **O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU.** Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>>. Acesso em 12 de jun. de 2021.

⁹⁹ NIEBUHR, Joel de Menezes. **O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU.** Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>>. Acesso em 12 de jun. de 2021.

citado julgado apresenta importante avanço no estudo das gradações de culpa.

4.5. Segurança jurídica, Proteção da Confiança e boa-fé¹⁰⁰

Conforme explica Almiro do Couto e Silva, no já consagrado artigo “O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)”, há que se diferenciar “boa-fé”, “segurança jurídica” e “proteção à confiança”, não se devendo ter os conceitos como sinônimos¹⁰¹, muito embora sejam “ideias que pertencem à mesma constelação de valores”.

Tais ideias estão necessariamente embricadas com o conceito de segurança jurídica, segundo o citado autor. Couto e Silva¹⁰² anota que, muito embora a vida esteja em constante mutação (que lhe é inerente), é indispensável que “tanto quanto possível, uma parte do hoje seja igual ao ontem ou uma fração do amanhã seja igual ao hoje, de tal sorte que a cadeia do tempo se constitua sempre com esse *quid* de permanência do velho no novo”. O celebrado administrativista¹⁰³ conclui seu raciocínio asseverando ser “isto que empresta coerência,

¹⁰⁰ A respeito do assunto, veja-se, ainda MARRARA, Thiago. *A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade Administrativa in Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Coordenadores: Rafael Valim, José Roberto Pimenta Oliveira, Augusto Neves Dal Pozzo; prefácio Almiro do Couto e Silva. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 446.

¹⁰¹ SILVA, Almiro do Couto e. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)**. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, n. 6, ano 2 Julho / Setembro 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12568>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

¹⁰² SILVA, Almiro do Couto e. **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Coordenadores: Rafael Valim, José Roberto Pimenta Oliveira, Augusto Neves Dal Pozzo; prefácio Almiro do Couto e Silva. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp 23 e 26.

¹⁰³ Id. Ibid. p. 26.

previsibilidade, calculabilidade e autoridade ao conjunto de normas jurídicas, ao mesmo tempo que infunde tranquilidade aos indivíduos.”

Relativamente ao Princípio da Proteção da Confiança, Almiro do Couto¹⁰⁴ e Silva explica que

No direito administrativo contemporâneo, a boa-fé do administrado-cidadão exerce papel central. A boa-fé que se mostra relevante nesse cenário é, porém, a boa-fé subjetiva, ou seja, a crença do indivíduo na atuação legal, legítima, isonômica e moral da Administração Pública. Com efeito, se o Estado democrático se sustenta logicamente como ferramenta imprescindível à proteção da paz, da ordem e dos direitos fundamentais, nenhum sentido faria que pudesse atuar de maneira surpreendente, ignorando as expectativas legitimamente detidas pela sociedade frente às entidades que

exercem função pública. Nos dias atuais, tal como explica Paulo Modesto, “a boa-fé é exigência a ser considerada com destaque pelo administrador nos casos de alteração de situações jurídicas subjetivas”. As condutas estatais devem ser realizadas de modo

a “resguardar posições jurídicas de sujeitos de boa-fé e, além disso, reclamar lealdade da Administração e fidelidade à palavra empenhada”.

Frisa o autor ser necessário impor acatamento à “boa-fé do particular”, uma vez que tal desiderato “encontra fundamento maior na segurança jurídica e na consagração dos direitos fundamentais”.

¹⁰⁴ Acerca do desenvolvimento histórico do princípio da proteção da confiança, Almiro do Couto e Silva (ob. cit., id. ibid.) observa que “Foi a Alemanha, porém, que teve a primazia de reconhecer a segurança jurídica como princípio constitucional, sendo fator determinante desse reconhecimento o *leading case* decidido pelo Superior Tribunal Administrativo de Berlim, de 14 de novembro de 1956, em sentença depois confirmada, em 28 de outubro de 1959, pela Corte Administrativa Federal. Questionava-se a anulação de pensão concedida à viúva de servidor público, vantagem que lhe fora prometida caso se transferisse da Alemanha Oriental para Berlim Ocidental, o que ela fez. Após um ano da percepção da pensão esta lhe foi retirada, ao argumento de que o ato que a concedera era ilegal, por vício de competência, como na verdade ocorrera. O Tribunal, porém, manteve o benefício, invocando a proteção da confiança. A esta decisão sucedeu uma longa sequência de pronunciamentos judiciais, inclusive do Tribunal Federal Constitucional, a partir de 1961, chamada de a ‘marcha triunfal’ (*Siegeszug*) do princípio da proteção da confiança. Mas tal princípio só se torna efetivamente um princípio central nos anos 70 do século XX, assim considerado tanto na doutrina quanto na jurisprudência e na legislação, como observa Sylvia Calmes”.

Conclui o tradicional administrativista que

De um lado, a segurança jurídica exige certeza, segurança e clareza na atuação estatal.

De outro, os direitos fundamentais sugerem, entre outras coisas, que as restrições da vida particular estejam democraticamente legitimadas por escolhas do povo e que não infrinjam, entre outras coisas, o princípio da isonomia. Sendo assim, qualquer restrição considerável da vida privada deverá encontrar fundamento em uma decisão tomada, ao menos, pelos representantes eleitos do povo. Ademais, uma restrição à vida privada deverá ocorrer de modo impessoal e isonômico, de sorte que, se o Estado agiu de certa maneira frente a determinado cidadão, deverá repetir tal padrão de conduta para todos os outros indivíduos que estejam na mesma situação, salvo por motivo de legalidade.

É possível afirmar que o princípio da segurança jurídica comporta, pois, duas acepções. Em sentido objetivo (*rechtssicherheit*), fixa limites à retroatividade dos atos do Estado, impedindo que se vulnere o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Aqui, admite-se que seja invocado tanto pelo Estado quanto por privados. Já em sentido subjetivo (*vertrauensschutz*), é igualmente denominado de princípio da proteção à confiança legítima e seu conteúdo estabelece a observância de uma previsibilidade mínima proveniente dos atos estatais (a qual apenas pode ser invocada pelo particular).

É fato que os países que fortalecem suas instituições, prestigiando o respeito ao estado de direito, à segurança jurídica e ao direito de propriedade, conforme apontam Acemoglu e Robinson¹⁰⁵, possuem mais probabilidade de prosperar e, nessa linha, os avanços da Lei n. 13.655, de 2018, são significativos para alcançarmos uma administração pública mais célere e voltada para resultados que gerem valor público ao cidadão.

¹⁰⁵ ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.



5



5

CRÍTICA DOUTRINÁRIA AO MODELO COERCITIVO TRADICIONAL DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O aspecto central do trabalho reside na demonstração, a partir da análise da obra de Jacques Chevallier intitulada *O Estado pós-moderno*¹⁰⁶ e dos dados coletados, que a forma de aplicação das normas de responsabilização dos gestores públicos, se baseada numa racionalidade pragmática e consequencial, será mais eficiente para gestores e controladores que o modelo puro baseado na coerção.

Chevallier parte da premissa de que a fonte da legitimidade da lei, assim como vista tradicionalmente, perdeu muito da sua credibilidade. Vejamos:

[...] a velha mística da Lei 'expressão da vontade geral' perdeu muito de sua credibilidade: a concepção segundo a qual os eleitos nada mais fazem do que falar em nome da Nação cede lugar a uma percepção mais realista e a uma avaliação muito mais crítica das virtudes da democracia representativa.¹⁰⁷

Essa crise de legitimidade da letra da lei como fonte máxima e incontestável de emanção da "vontade do estatal" tem como pano de fundo a questão da eficiência e da racionalidade. Com efeito, a falta de

¹⁰⁶ CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno**. Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

¹⁰⁷CHEVALLIER, op. cit., p. 123.

oitiva dos *stakeholders*¹⁰⁸ que participam da concretização e a própria defasagem natural da lei em face do elemento temporal reclamam que se ceda espaço a um modelo mais flexível e colaborativo, isso sem agressão ao pilar da legalidade, esteio de um Estado Democrático de Direito, calcado no primado da isonomia de tratamento dos cidadãos.

Nesse sentido, Chevallier afirma que o modelo contratual (onde há convergência¹⁰⁹ - ou ao menos entendimento - de vontades para a formulação das regras aplicáveis) é o mais eficiente para a produção de valor público¹¹⁰. Nesse sentido, assevera que é a contratualização é o meio mais eficaz para que os diversos atores cooperem entre si. Vejamos¹¹¹:

Essas diferentes facetas da contratualização são indissociáveis: a técnica contratual aparece como o meio de fazer cooperarem atores diversos, situados tanto no seio como fora do Estado e portadores de racionalidades divergentes [...] o contrato permite ultrapassar esse conflito pela negociação, realizando desse modo a coordenação vertical e horizontal da ação pública. [...] A ação pública torna-se o produto de interações entre atores múltiplos, públicos e privados, quanto aos quais se procura conciliar as estratégias e harmonizar os interesses; o contrato é o meio de formalizar essa cooperação.

¹⁰⁸ Sobre o conceito, veja-se FREEMAN, R. Edward and MCVEA, John. **A Stakeholder Approach to Strategic Management (2001)**. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=263511> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.263511>. Acesso em: 31 de nov. de 2020.

¹⁰⁹ Nesse sentido, também vale a consulta a outro texto do autor, no caso, **A governança e o direito**, o qual mais adiante abordaremos com mais vagar.

¹¹⁰ O conceito de valor público transcendeu o mundo acadêmico e ingressou na seara legal. Com efeito, o Decreto nº 9.203, de 2017, conceitua, em seu art. 2º, II, valor público, como “produtos e resultados gerados, preservados ou entregues pelas atividades de uma organização que representem respostas efetivas e úteis às necessidades ou às demandas de interesse público e modifiquem aspectos do conjunto da sociedade ou de alguns grupos específicos reconhecidos como destinatários legítimos de bens e serviços públicos.” Por sua vez, no art. 4º estabelece que são diretrizes da governança pública, dentre outras, “articular instituições e coordenar processos para melhorar a integração entre os diferentes níveis e esferas do setor público, com vistas a gerar, preservar e entregar valor público”. E o citado diploma legal não olvida do controle ao dispor, em seu art. 18, que “a auditoria interna governamental deverá adicionar valor e melhorar as operações das organizações para o alcance de seus objetivos, mediante a abordagem sistemática e disciplinada para avaliar e melhorar a eficácia dos processos de gerenciamento de riscos, dos controles e da governança”. Sobre o conceito doutrinário de valor público, ver, por todos: MOORE, Mark Harrison. **Criando Valor Público: Gestão Estratégica no Governo**. Rio de Janeiro: Uniletras; Brasília: Enap, 2002.

¹¹¹ CHEVALLIER, op. cit., pp. 163-164.

Em todos os países, os procedimentos de consultas são generalizados, dando nascimento a estruturas permanentes, integradas à Administração, e cujo parecer é requisitado antes de qualquer decisão; se o peso dessa 'administração consultiva' reduz a sua eficácia, esses procedimentos são acompanhados por mecanismos mais flexíveis de 'concertação', que fazem das normas regulamentares o produto de uma elaboração conjunta. Essa abertura aos representantes dos grupos sociais permite localizar os conflitos, balizar os terrenos de enfrentamento, situar as zonas de compromissos possíveis; ela visa a uma melhor adaptação das regras à eliminação das eventuais reações de rejeição.

O doutrinador francês arremata explicando que o modelo anterior (baseado na crença absoluta na razão jurídica) causou danos à eficácia normativa do direito, uma vez que

a força da regra de Direito não provém mais de ser ela formulada como uma ordem obrigatória, à qual todos são obrigados a se submeter; a regra de Direito depende doravante do consenso de que é cercada. Esse consenso supõe que os destinatários sejam partes integrantes de sua elaboração: a concertação prévia, a participação na definição da regra torna-se a garantia de sua legitimidade; o Direito torna-se, desse modo, um Direito negociado, que é o fruto de uma deliberação coletiva. A uma legitimidade intrínseca, fundada sobre a representação do Direito como encarnação da Razão, sucede uma legitimidade procedimental, atestada por seus modos de elaboração: a passagem por diferentes formas de discussão e das vias de comunicação correspondentes permitirá postular o caráter 'racional' do conteúdo da norma¹¹².

(...)

A crise da modernidade jurídica implica que o Direito não se beneficia mais de uma legitimidade ab initio, estando desprovido dos atributos da Razão; [...] ele necessita aportar a demonstração concreta de sua legitimidade, pelo rigor de seus métodos de elaboração e a pertinência de seus efeitos; a Razão jurídica não desaparece mas se transforma em uma Razão prática, fundada não mais sobre o postulado da racionalidade do Direito, mas sobre o empreendimento de uma racionalização do que ele é o objeto [...].¹¹³

¹¹² CHEVALLIER, op. cit., p. 164.

¹¹³ CHEVALLIER, op. cit., p. 170.

Em *Direito e Governança*¹¹⁴, Chevallier volta ao tema insuficiência dos instrumentos formais clássicos a serviço do direito tradicional para falar da confluência da ciência jurídica com a governança:

O discurso da governança se revela, então, em duas vertentes distintas, mas que se influenciam mutuamente: uma normativa e prescritiva e a outra descritiva e analítica. Sustentada por um conjunto de representações, ligadas entre si e constitutivas de uma ideologia coerente, a governança é utilizada como meio de legitimação dos poderes estabelecidos e motor de mudança política.

(...)

No centro dos modos clássicos de "governo" — caracterizados pela assimetria, pela desigualdade, pela unilateralidade, a forma jurídica é necessariamente afetada pela promoção de um estilo novo de decisão e de ação, o qual repousa sobre a cooperação e a procura de adesão.(...)

Ora, uma ligação estreita existe entre regulação e governança: se a ideia de regulação remete à ideia de uma certa função a exercer, de certos objetivos a atingir — a saber, a manutenção de um equilíbrio de conjunto —, sua concretização implica o recurso a novos modos de exercício do poder. A regulação pressupõe a governança, com a qual ela forma uma dupla indissociável. (...)

Guiada por uma racionalidade de ordem política, a governança se situa à primeira vista numa relação de exterioridade ao direito: trata-se de flexibilizar o estilo da ação pública, trazendo novas categorias de atores para a elaboração das escolhas coletivas. A governança se desenvolve, aparentemente, fora dos procedimentos formais de edição do direito — cuja configuração continua a mesma. No entanto, esse novo estilo de ação pública traz consigo representações e valores diferentes daqueles sobre os quais repousa o modelo jurídico clássico: a governança deixa entrever um outro modo de pilotagem do social, repousando mais sobre a cooperação dos atores do que sobre a unilateralidade. A lógica gestonária da

¹¹⁴ CHEVALLIER, Jacques. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33300>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

eficiência tende, então, a conceber a governança como alternativa ao direito. (...)

A governança é sustentada por uma lógica diferente daquela que governa o direito: enquanto que este último se exprime no imperativo, sob a forma de comandos obrigatórios provenientes de uma autoridade investida do poder de decisão e segundo as regras fixadas para sua elaboração, a governança provém de uma abordagem pluralista e interativa da ação coletiva. Trata-se de obter, pela virtude da troca, compromissos aceitáveis, levando em consideração a complexidade dos problemas e a existência de poderes múltiplos. A governança implica, ao mesmo tempo, a ampliação do círculo dos atores associados aos procedimentos decisórios e a procura sistemática de soluções de tipo consensual. (...)

Enfim, a eficácia da ação pública supõe que sejam remediados os efeitos negativos dos isolamentos administrativos (através do estabelecimento de relações de troca e de cooperação entre serviços), e que os agentes sejam promovidos ao status de atores integrais: as políticas atuais de modernização administrativa baseiam-se na ideia de que os funcionários administrativos devem estar associados, não somente à concretização, mas também à concepção mesmo das reformas.

Mas se em um primeiro momento o autor recorre a uma aparente falta de conciliação dentre direito e governança, num segundo momento registra que tal distanciamento é apenas aparente:

A contratualização constitui um instrumento privilegiado de formalização da governança. Com efeito, ela traduz juridicamente a abordagem contratualista e consensual da ação pública — que figura entre os fundamentos da governança. A contratualização implica relações jurídicas fundadas não mais sobre o unilateralismo e a coerção, mas sobre o acordo de vontades. Se, de um lado, ela pressupõe que seja levada em consideração a existência de atores autônomos (dos quais se deve obter a cooperação), de outro, ela passa por um processo de negociação visando a definir os contornos de uma ação comum¹¹⁵.

¹¹⁵ CHEVALLIER, Jacques. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia - RDPE. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em:

(...) através do desenvolvimento dessas "regras públicas negociadas", é na verdade o movimento de juridicização da governança que se verifica. A existência de uma moldura contratual tem como efeito assegurar a estabilidade e a perenização do sistema de relações criado entre os diferentes atores envolvidos. (...)

Mas a contratualização não permite apenas que se oficialize a associação de diversos atores privados à ação pública. Ela é também o meio de promover novas relações no interior mesmo da esfera pública. De um lado, a técnica contratual presta-se a assegurar a coordenação de entidades juridicamente autônomas: assistiu-se assim, em França, ao desenvolvimento de uma contratualização "vertical", entre o Estado e as coletividades locais ou as empresas públicas, e de uma contratualização "horizontal", entre unidades administrativas do mesmo nível. Por outro lado, a contratualização também é utilizada como instrumento de diálogo social nos diversos serviços (negociações coletivas com os sindicatos, "contratos de participação" destinados a assegurar o retorno dos ganhos de produtividade em favor dos agentes, "contratos de performance" visando a responsabilizar os quadros...).

Mesmo se essas diferentes formas de contratualização se empilhem, se encaixem, se entrecruzem — aparentemente na grande desordem —, elas provêm de uma mesma lógica de *juridicização da governança*, pela qual esta se inscreve nas formas do direito: a técnica contratual aparece como o meio de fazer cooperar os diversos atores, situados tanto no interior como fora do Estado, e dotados de racionalidades divergentes; o contrato é o meio de formalizar essa cooperação. Do fato dessa juridicização, a lógica da governança não somente não fica estranha ao direito, mas ainda influi sobre a concepção do direito.

Finaliza Jacques Chevallier¹¹⁶ na linha de que já se pode falar em um direito da governança e que tal direito se abebera, em boa parte, dos mecanismos funcionamento do direito clássico (como a

<<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33300>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

¹¹⁶ CHEVALLIER, Jacques. A governança e o direito. Revista de Direito Público da Economia - RDPE Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 129-146, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33300>>. Acesso em: 13 abr. 2020.

formalização e a institucionalização), com a nota distintiva do emprego de meios consensuais de construção das regras aplicáveis. Nesse sentido, veja-se a seguinte passagem do já citado *Direito e governança*:

Logo, numa primeira abordagem, o surgimento dos procedimentos de governança seria desprovido de impacto sobre a concepção tradicional do direito, com a qual tais procedimentos seriam, ao final de contas, compatíveis: os modos políticos de elaboração do direito mudam, mas as formas jurídicas continuariam idênticas. No entanto, essa análise é simplista: por trás da governança se desenha uma visão diferente da normatividade jurídica, anunciada já em 1982 por Paul Amselek, o qual invocava o duplo surgimento de uma "direção jurídica autônoma" e de uma "direção jurídica não autoritária" das condutas. Trata-se, então, de circunscrever o lugar que esse "direito de governança" é destinado a ocupar.

(...) negociada em sua elaboração, a norma jurídica torna-se flexível em sua aplicação.

Profundamente marcado pela unilateralidade, o direito apresenta-se classicamente como um ato de "autoridade", pelo qual um autor, investido de um poder de comando, impõe certas normas de conduta aos destinatários. Ora, o desenvolvimento das técnicas de governança mostra que esse "capital de autoridade" não é mais suficiente para dotar o direito do poder normativo necessário: a força da regra de direito não provém mais somente do fato de que ela se enuncia como uma ordem obrigatória, à qual todos devem se submeter; ela depende também, e talvez sobretudo, do consenso que a envolve.

(...) o direito torna-se assim um *direito negociado*, que aparece como o fruto de uma deliberação coletiva. À "legitimidade intrínseca", fundada sobre a representação do direito como encarnação da razão, tende a suceder uma "legitimidade procedimental", (...). Tais práticas obrigam aquele que tomará a decisão a levar em consideração as preferências e as rejeições de seus parceiros (e a procurar as vias de um compromisso possível); a unilateralidade torna-se, portanto, apenas aparente e dissimula uma *divisão de fato* do poder de decisão.

(...) frequentemente, o ato unilateral é tão-somente o invólucro de um verdadeiro acordo negociado. O movimento de contratualização não se reduz assim à simples proliferação de contratos, mas subverte a própria forma unilateral.

A governança afeta também o conteúdo da norma. Como o demonstrou Kelsen, o próprio do direito é ser —

diferentemente dos outros dispositivos normativos que, como ele, procuram agir sobre os comportamentos — uma "ordem de coerção", ou seja, de reagir por atos de coerção às condutas consideradas como indesejáveis e contrárias a suas prescrições. Implicando um verdadeiro "poder de exigibilidade", a coerção se traduz pela faculdade de obter a execução pelos destinatários independentemente de seu consentimento, e, se necessário, contra sua vontade. Ora, a lógica da governança implica, ao contrário, o refluxo desses aspectos de coerção e de unilateralidade tradicionalmente ligados ao direito: ela se fundou, já se viu, sobre uma procura sistemática de consenso. A partir do momento em que a norma jurídica é o produto de negociações e em que seu conteúdo constitui o objeto de um acordo, ela perde toda dimensão coercitiva para os destinatários. Assim, as práticas de governança não podem deixar de modificar a consistência mesmo das regras de direito: os comandos jurídicos tendem a abrir espaço a técnicas mais maleáveis, decorrentes dessa "direção jurídica não autoritária das condutas", da qual fala Amselek.

(...)

o "direito de governança" não rompe com os cânones da dogmática jurídica, como o atesta a perpetuação das formas jurídicas tradicionais. O direito de governança não deve, portanto, ser percebido como um substituto ao direito clássico: na realidade, a governança "associa, segundo modalidades infinitas, direito "duro" (*hard law*), escrito, com efeitos claros, e direito "mole" (*soft law*), móvel, evolutivo".³⁸ E mesmo quando ela afeta o direito existente, ela sempre fica sob o império de sua racionalidade. Finalmente, a lógica da governança pode também contribuir à consolidação dos princípios jurídicos tradicionais: a "boa governança" pregada pelas instituições financeiras internacionais para os países em desenvolvimento implica, não o menosprezo de tais princípios, mas maior atenção às garantias jurídicas, através da intensificação das exigências do Estado de direito. A boa governança vem, assim, reforçar a ortodoxia jurídica.

Portanto, e contrariamente às aparências, a governança não é estranha ao mundo do direito: não somente ela tende irresistivelmente a se juridicizar, por intermédio da procedimentalização e da contratualização, mas ainda ela influi sobre a concepção do direito, favorecendo a promoção de um direito negociado e maleável, nas antípodas do direito de comando tradicional. No entanto, o "direito de governança" não deve ser concebido como um modelo jurídico alternativo: a governança corre nos moldes do direito vigente — do qual

ela modifica somente as condições de elaboração e o alcance normativo — e se apoia sobre a racionalidade jurídica clássica.

A perspectiva apresentada por Jacques Chevallier e por uma lógica mais consequencialista¹¹⁷ (avessa aos juízos absolutos de “tudo ou nada”) está presente no Decreto n. 9.203, de 2017, nas recentes figuras do “termo de ajustamento de gestão”, do “compromisso”, da possibilidade de estabelecimento de “regras de transição” quando da imposição de nova orientação jurídica – previstos no Decreto n. 9.830, de 2019 – e na “análise de impacto regulatório”, aplicável atualmente para toda a Administração Pública federal por força da Lei de Liberdade Econômica¹¹⁸.

¹¹⁷ Também no mesmo sentido das nossas conclusões: SILVA, Luiz Augusto da; DESIDÉRIO, Luiz Gustavo Mussolini. **Uma guinada pós-moderna no Direito Público brasileiro? Notas sobre a Lei nº 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 183-202, jul./set. 2018.

¹¹⁸ Veja-se o art. 5 da Lei n. 13.874, de 2019: "Art. 5º As propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, editadas por órgão ou entidade da administração pública federal, incluídas as autarquias e as fundações públicas, serão precedidas da realização de análise de impacto regulatório, que conterà informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo para verificar a razoabilidade do seu impacto econômico.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre a data de início da exigência de que trata o caput deste artigo e sobre o conteúdo, a metodologia da análise de impacto regulatório, os quesitos mínimos a serem objeto de exame, as hipóteses em que será obrigatória sua realização e as hipóteses em que poderá ser dispensada”.



6



6 APAGÃO DAS CANETAS E O IMOBILISMO DECISÓRIO

O artigo *O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle*¹¹⁹ indica com precisão um dos fenômenos mais contraditórios pelos quais passa a gestão pública atual: o apagão das canetas. Quem pode e tem poder para decidir prefere se demitir, na maior medida possível, desse poder-dever. Com efeito, o citado artigo, do qual colaciono alguns trechos abaixo, é exemplificativo da insegurança pela qual passa o gestor público atual:

O administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Ele não quer mais correr riscos. Desde a edição da Constituição de 88, que inspirou um modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do gestor público, assistimos a uma crescente ampliação e sofisticação do controle sobre as suas ações. Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de autoproteção, demarcou suas ações à sua “zona de conforto”. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de *crise da ineficiência pelo controle*: acudados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger. Tomar decisões heterodoxas ou praticar ações controvertidas nas instâncias de controle é se expor a riscos indigestos. E é compreensível a

¹¹⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle.** Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/odireito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 13.10.2018.

inibição do administrador frente a esse cenário de ampliação dos riscos jurídicos sobre suas ações. Afinal, tomar decisões sensíveis pode significar ao administrador o risco de ser processado criminalmente. Como consequência inevitável da retração do administrador instala-se a ineficiência administrativa, com prejuízos evidentes ao funcionamento da atividade pública.

Joel de Menezes Niebuhr e Pedro de Menezes Niebuhr em *Administração Pública do medo*¹²⁰ também detectaram a situação de imobilismo que na qual a administração pública está imersa.

Os órgãos de controle avançaram sobremaneira nos últimos anos, ganharam braços competentes e recursos tecnológicos. Esse avanço é necessário, especialmente num país como o Brasil, em que o grau de corrupção parece ser elevadíssimo. É fato que, nos últimos anos, especialmente em razão da Operação Lava-Jato, quebrou-se o paradigma da impunidade em relação às classes mais abastada, o que representa um resultado fantástico.

Daí a enorme legitimidade dos órgãos de controle e o baixíssimo grau de análise crítica por parte da opinião pública em relação a eles. A impressão é que, para a maioria expressiva da sociedade, tudo que vem dos órgãos de controle é certo e adequado, pura e simplesmente porque vem dos órgãos de controle. Contudo, no mundo real as coisas não correm bem assim. A despeito dos avanços, há excessos, que precisam ser conhecidos, reprimidos e evitados. Nem tudo são flores.

Ponderamos, por outro lado, que não se pode ir ao extremo de demonizar os órgãos de controle. A crítica não pode desfazer ou deixar de reconhecer os seus acertos. Deve-se enaltecer o mérito e criticar o demérito, um não apaga nem justifica o outro. A crítica também não pode generalizar. Faremos críticas aos órgãos de controle, porém ressalvamos que nem todos procedem do mesmo modo que consideramos equivocado. Muitos integrantes dos órgãos de controle não merecem sequer uma vírgula das críticas que seguem. Infelizmente, por outro lado, muitos merecem.

A nossa crítica relaciona-se diretamente com o déficit de segurança jurídica que palpita na ordem jurídica brasileira e que se reflete sobre a Administração Pública diante de um conjunto de órgãos de controle com competências

¹²⁰ Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo23112017>>. Acessado em 25.07.2018.

sobrepostas, que, na perspectiva de boa parte dos seus integrantes, se apropriaram de uma espécie de propósito messiânico de depuração da Administração Pública aos seus olhos corrompida – apropriaram-se porque essa missão não lhes foi dada pela ordem constitucional.

Maria Sylvia Z. Di Pietro, na obra *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*¹²¹, menciona um dos aspectos pelos quais o cognominado apagão das canetas ocorre, isto é, a falta de uniformidade e critérios claros para a responsabilização dos agentes públicos, em especial os advogados públicos que são os responsáveis pela prévia análise da legalidade dos atos administrativos. A renomada administrativista trata em especial do art. 27 do então Projeto de Lei n. 7.448, de 2017, hoje convertido na Lei n. 13.655, de 2018. Vejamos um trecho elucidativo do texto onde se comenta acerca do art. 28 da citada Lei:

(...)

A controvérsia instaurada entre, de um lado, os órgãos de controle e, de outro lado, os advogados públicos, recomenda a disciplina legal da matéria, nos termos propostos no artigo 27 do anteprojeto de lei de alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O dispositivo não leva em consideração a distinção entre pareceres facultativos, obrigatórios e vinculantes (feita pelo Min. Joaquim Barbosa no MS 24.631/DF), mas deixa claro que a responsabilização só pode

¹²¹ PEREIRA, Flávio Henrique (coord.) **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado, 2015, pp. 36-38. No ponto, importante examinar o apontamento de Maria Sylvia Z. Di Pietro acerca das dificuldades dos procuradores nas análises cotidianas na Administração, onde o novel art. 28 da Lei n. 13.655 exerce papel essencial para o livre exercício da profissão: “O dispositivo proposto tem por objetivo acabar com a controvérsia quanto à responsabilização dos profissionais, especialmente dos advogados públicos, pela opinião técnica ou jurídica que emitem para dar embasamento a uma decisão adotada no âmbito da Administração Pública. São muitas as hipóteses em que a autoridade competente para praticar determinado ato administrativo depende da prévia manifestação de órgão técnico ou jurídico. É o que ocorre no tombamento, na outorga de licença-saúde ou de aposentadoria por invalidez, na licença para construir, na aplicação de penalidades administrativas, na execução de obras públicas e tantas outras. Além disso, na quase totalidade dos processos administrativos, a autoridade administrativa, para fundamentar a sua decisão, depende de pareceres jurídicos emitidos por advogados públicos, que exercem a atividade de consultoria com fundamento nos artigos 131 e 132 da Constituição. É exatamente na área jurídica que vêm surgindo controvérsias, muitas delas levadas ao Judiciário, quando a decisão é considerada ilegal pelos órgãos de controle (Tribunal de Contas ou Ministério Público), porém com extensão dessa responsabilização ao advogado, público ou privado, que proferiu o parecer em que se fundamentou a decisão impugnada”.

ocorrer quando o advogado atua com dolo ou erro grosseiro, acompanhando, quanto a esse aspecto, o entendimento do STF, adotado no já referido MS-24.631/DF e também no MS24.073, de 2002. É importante ressaltar que os pareceres jurídicos exigem trabalho de interpretação de leis, muitas delas passíveis de divergências quanto ao seu sentido, exigindo a aplicação de variados métodos de exegese. Por isso mesmo, é perfeitamente possível que a interpretação adotada pelo advogado público (que, na função consultiva, participa do controle interno de legalidade da Administração Pública) não seja coincidente com a interpretação adotada pelos órgãos de controle externo. Seria inteiramente irrazoável pretender punir o advogado só pelo fato de sua opinião não coincidir com a do órgão controlador, até mesmo levando em consideração que nem sempre os técnicos e membros dos Tribunais de Contas têm formação jurídica que os habilite a exercer atividade de consultoria, assessoria e direção jurídicas, que é privativa da advocacia, nos termos do artigo 1º, II, do Estatuto da OAB. Mesmo em se tratando de controle exercido por membros do Ministério Público, nada existe em suas atribuições institucionais que lhes permita censurar ou corrigir opinião emitida lícitamente por qualquer advogado, seja público ou privado. Por isso mesmo, sua responsabilização depende da demonstração de que o advogado, ao proferir sua opinião, agiu de má-fé, com culpa grave ou erro grosseiro. De outro modo, faltará aos advogados o mínimo de segurança jurídica para o exercício de suas funções, consideradas essenciais à justiça pelos artigos 131 e 133 da Constituição Federal, com a garantia da inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão. O fato é que, se o parecer está devidamente fundamentado, se defende tese aceitável, se está alicerçado em lição de doutrina ou de jurisprudência (que constituem fontes do direito), não há como responsabilizar o advogado pela opinião manifestada em parecer jurídico nem a autoridade que, com base nele, proferiu a decisão. (...)

A bibliografia selecionada sobre o tema e as pesquisas realizadas¹²², como se verificará a seguir, indicam que a instituição de mecanismos de controle mais calcados em resultados e, em especial, arranjos institucionais voltados para a restauração da confiança entre gestor e controle, podem ser decisivos para superar o problema do imobilismo decisório na Administração Pública.

¹²² Em especial entrevistas estruturadas e trabalhos como o do Ipea (vide item 7).

7

**PESQUISAS SOBRE O IMPACTO DAS
AÇÕES DE CONTROLE E
CORREIÇÃO NOS AGENTES
PÚBLICOS E SEUS DEFEITOS NA**

7. PESQUISAS SOBRE O IMPACTO DAS AÇÕES DE CONTROLE E CORREIÇÃO NOS AGENTES PÚBLICOS E SEUS REFLEXOS NA OCUPAÇÃO DE CARGOS E DESEMPENHO DE ATIVIDADES

7.1. Análise do quadro crescente de funcionários públicos responsabilizados por irregularidades: conclusões do estudo do Ipea e sua conexão com o tema

No trabalho “Análise do quadro crescente de funcionários públicos responsabilizados por irregularidades (2003-2018)”, publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada em 2020, os pesquisadores Alexandre dos Santos Cunha, Maurício Mota Saboya Pinheiro, Bernardo Abreu de Medeiros, Breno Simões Magro Júnior, Olívia Gomes Pessoa e Sérgio Peçanha da Silva Coletto apresentaram o Sistema de Informações sobre Responsabilização de Agentes Públicos (SIRAP), o qual foi criado a partir de uma parceria de pesquisa entre o Ipea e o Centro Internacional de Políticas para o Crescimento Inclusivo (International Policy Centre for Inclusive Growth – IPC-IG), bem como expuseram os resultados de uma pesquisa de campo qualitativa, que teve a finalidade de estudar dez casos de servidores públicos que sofreram processos de responsabilização.

Não obstante os casos envolvam a atuação de órgãos correccionais, as conclusões, como se verificará, aplicam-se em boa medida ao objeto desta dissertação.

Já se salientou¹²³ que a “responsabilização pressupõe agentes livres, capazes de entender e aplicar as regras delimitadoras de seu campo de ação” e que “é em nome dessas prescrições que os indivíduos respondem por seus atos”.

¹²³ Ob. cit. p. 28.

Advertem os pesquisadores¹²⁴, no entanto, “que um moderno sistema de governança pública deva ter um razoável grau de flexibilidade, que favoreça a criatividade, a inovação e o diálogo com os atores interessados nas políticas públicas”.

De fato, conforme apontado no capítulo sobre o Apagão das Canetas, é necessário criar mais mecanismos de incentivo para que o gestor público inove de uma forma consequente.

Além disso, a pesquisa do Ipea¹²⁵ registra que o considerável “aumento da densidade institucional do sistema de governança”, o qual “potencializou o controle sobre as condutas dos agentes públicos, em suas várias áreas e finalidades”, isso tudo sem deixar de consignar uma preocupação: “o crescimento do número de instituições com competências diversas” em matéria de controle, a reclamar “a implantação de bons mecanismos de coordenação”.

Tal pesquisa conta com importantes conclusões, que corroboram a linha desta dissertação no sentido da importância na ênfase nas práticas colaborativas e cooperativas para aperfeiçoamento da atuação administrativa.

Concluem, dentre outros tópicos relevantes, que

A incorporação de normas e instituições de gestão da ética pública ao sistema de governança da administração pública brasileira expressa um reconhecimento da importância da dimensão dessa questão na conduta do agente público. Trata-se do reconhecimento de que a boa governança não se faz somente com mecanismos de controle estrito, hierarquizado e disciplinado sobre as condutas dos agentes, mas também requer a incorporação de uma cultura ética ao serviço público. Em outras palavras, **não se trata apenas de corrigir e punir os desvios de conduta a posteriori, mas, sim, de educar, prevenir e conscientizar os indivíduos para o reto agir na esfera pública.**

É preciso desenvolver no agente público a capacidade de reflexão ética acerca de suas ações, incluindo o conhecimento e a aplicação de princípios deontológicos – tais como dignidade, decoro, zelo, eficácia e outras regras mencionadas no anexo (capítulo I, seção I) ao Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal (Decreto no 1.171/1994) –, bem como a capacidade reflexiva sobre as

¹²⁴ Ob. cit. p. 29.

¹²⁵ Ob. cit. p. 30.

consequências de suas ações como servidor público, relativamente a princípios maiores, como a dignidade humana e o bem comum. Além disso, **mais do que o fomento à reflexão de que falamos, é preciso igualmente criar mecanismos para que os agentes públicos se sintam motivados internamente a agir de forma ética e a se aperfeiçoar eticamente.** Isso porque, sem um bom padrão ético de conduta de seus agentes públicos, o Estado não pode atingir seus fins, o bem comum é desprezado, quebra-se a confiança nas instituições públicas e se desfaz a própria coesão social.¹²⁶ Negrito nosso.

Abordando o trabalho de um dos mais importantes e primevos órgãos de controle interno, a corregedoria, o trabalho Análise do quadro crescente de funcionários públicos responsabilizados por irregularidades (2003-2018) evidencia algumas das externalidades que apontamos já na introdução, tais como o desestímulo na ocupação de cargos de direção, chefia e assessoramento superior (mais conhecidos pela sigla DAS), bem como a ocorrência de efeitos psicológicos mais graves decorrentes da simples instauração de um procedimento disciplinar.

Na atuação das corregedorias, por exemplo, constatou-se que o papel preventivo, não obstante incorporado no discurso dos órgãos correcionais, não era a tônica da atuação. Veja-se, pois, o trecho abaixo:

Entre as suas principais funções, as corregedorias devem atuar como estruturas preventivas de irregularidades administrativas. Os servidores precisam ter nessa estrutura o apoio necessário de esclarecimentos para atuarem na administração pública. O que se encontrou em campo, no entanto, foram corregedorias que, apesar do discurso da prevenção, não conseguiram apresentar qualquer projeto ou ações contínuas voltadas para os servidores com a finalidade de prevenir o delito administrativo. Opinião recorrente, inclusive, foi que a prevenção viria do medo da punição, o que significa que uma corregedoria forte e punitiva evitaria que servidores cometessem erros.

Com os dados obtidos com as entrevistas, pode-se concluir que as atividades preventivas não estão sendo desenvolvidas pela corregedoria, **o serviço foca apenas a atividade de correção, processamento e aplicação de penalidades.**

¹²⁶ Ob. cit., p. 33.

Ademais, tem-se ainda que a ausência dessa atividade implica distanciamento entre os servidores e reforça a imagem muitas vezes estigmatizada e de temor que permeia a corregedoria.

Quanto ao papel educador e ao relacionamento da corregedoria com os servidores da atividade-fim, respondentes que atuam na função correcional destacam que o setor não é consultivo, com isso não tendo que esclarecer dúvidas específicas sobre a regularidade de escolhas do servidor quanto a procedimentos. Pode apenas orientar sobre a legislação de que trata o tema, cabendo ao próprio servidor o estudo da legislação indicada e a escolha da conduta que julgar adequada ao prescrito em lei¹²⁷.

Não é surpreendente, por outro lado, que um dos principais problemas apontados pelos órgãos correcionais seja a falta de capacitação dos servidores. Considera-se, nesse sentido, que

O conhecimento da legislação e das normas regulamentadoras das atividades do órgão é tido pelos entrevistados como condição básica para uma correta atuação do servidor, enquanto apontam o desconhecimento aliado a uma conduta displicente ou negligente como o principal motivo de infrações, sendo menor o número de casos que envolvem dolo ou vontade de causar danos ao erário ou cometer fraude contra a administração pública. **Os entrevistados consideram que a falta de empenho no estudo da legislação e suas respectivas inovações e alterações é responsável pela adoção de uma conduta displicente e viciada em padrões procedimentais construídos por servidores mais experientes, nem sempre corretos.** Um entrevistado denomina esse servidor como “memória da casa”, utilizando-o como uma das razões para os numerosos erros de servidores (...).

Há ainda que se destacar outra circunstância comum entre todos os órgãos e empresas analisados: **a falta de estrutura criando uma situação de improvisação e “ativismo” por parte de servidores que procuram resolutividade**, mas não encontram recursos suficientes e/ou não possuem conhecimento completo sobre os procedimentos e regras a serem adotados.¹²⁸ Negrito nosso.

¹²⁷ Ob. cit., pp. 86-87.

¹²⁸ Ob. cit. pp. 88-90.

Vem ao encontro do que se sustenta nessa dissertação o fato de que “o temor em se ter um processo administrativo em trâmite junto à corregedoria **reflete no número de indeferimentos e, conseqüentemente, em possíveis demandas judiciais**”¹²⁹. Eis o ovo da serpente do chamado apagão das canetas, consoante explanado acima.

O estudo registra, nessa linha, que “o distanciamento entre a corregedoria e o servidor, conforme pode-se concluir pelos relatos, não colabora para a educação desses servidores e o empoderamento de sua capacidade decisória”, ao revés, esse imenso fosso entre um importante órgão do controle interno e o servidor que desempenha a atividade finalística “contribui para a construção de uma imagem temerosa e de transferência da responsabilidade de decisão frente às dúvidas procedimentais”¹³⁰.

No nosso entendimento, se esse distanciamento já produz efeitos deletérios no tocante ao controle interno, que se dirá relativamente ao controle externo que, como indica a própria nomenclatura, sequer faz parte da estrutura da organização pública.

Outro ponto da pesquisa que está em consonância com o que sustentamos é o de que há uma relativa facilidade de separar o joio do trigo, isto é, “em caso de responsabilização (...) é fácil fazer um filtro e identificar as condutas de falta de zelo e as dolosas e ordenadas”, sendo possível perceber que, a partir de entrevistas realizadas pelos pesquisadores com integrantes das corregedorias, a “maioria [dos investigados] tinha apenas agido com falta de cuidado”¹³¹.

É positivo o achado de pesquisa na linha de que “entre os entrevistados servidores de corregedoria [há] uma certa satisfação quanto à significativa diferença entre os números de casos com dolo (vontade de fraudar) e culpa (negligência, imprudência)”, sendo constatado que existe “incômodo quando a imagem da corregedoria é vinculada na mídia de forma equivocada, em virtude dos altos números de processos administrativos e de expulsões”.¹³² Isso significa os servidores que exercem o controle interno não apreciam a pecha de

¹²⁹ Ob. cit. p. 91.

¹³⁰ Ob. cit. p. 91.

¹³¹ Ob. cit. p. 91.

¹³² Ob. cit. p. 92. A entrevista, no caso, foi realizada junto aos servidores da Corregedoria do Instituto Nacional do Seguro Social – Inss.

punitivistas que, com frequência, recebem de administradores públicos.

As conclusões do estudo, como já enfatizado, são riquíssimas. Uma delas é de que a falta de acompanhamento jurídico nos procedimentos de responsabilização “aumenta a tensão do momento e os impactos emocionais vivenciados”¹³³.

Mesmo que os controladores não se sintam confortáveis com o peso de viabilizadores de punições, extrai-se do estudo do Ipea que não há uma orientação efetiva dos órgãos correcionais sobre a importância do acompanhamento permanente do processado por uma defesa técnica. Nesse sentido,

(...) essa peculiaridade poderia ser minimizada com as atividades de prevenção, porém esse tipo de atuação é preterido nas corregedorias que foram visitadas, quer pela falta de servidores, **quer pelo entendimento de que prevenção é fruto de punição, ou seja, quando um servidor é punido, esse ato gera um aprendizado para o restante dos servidores.**¹³⁴ Negrito nosso.

A mentalidade de que o caráter intimidatório da punição possui efeitos didáticos e instrutivos ficou caracterizada dentre os controladores das corregedorias, algo que, sustentamos aqui, produz igualmente efeitos deletérios.

Outro aspecto relevante identificado pela pesquisa é o de que há um forte impacto emocional para os servidores que sofrem um processo administrativo, bem como **a disposição em não mais atuarem em cargos de chefia**¹³⁵, o que redundava em enfraquecimento dos quadros da instituição, notadamente em tempos da quase inexistente reposição de pessoal na administração¹³⁶.

¹³³ Ob. cit. p. 100.

¹³⁴ Ob. cit. p. 101.

¹³⁵ “Os entrevistados relataram que responder um processo administrativo gerou impactos emocionais e profissionais, tais como depressão, ataques de ansiedade, desânimo e medo de reincidir no erro, **o que fez com que grande parte deles não aceitasse mais cargos de gestão nas instituições nas quais são vinculados**”. Ob. cit., p. 102. Grifo nosso.

¹³⁶ Evidenciada pela manifesta ausência de realização de concursos públicos, em razão, principalmente, de problemas fiscais.

Vale dizer, portanto, que a simples instauração de um procedimento em face de um servidor com poder decisório já possui o condão de dissuadi-lo de assumir novas funções de direção, motivo pelo qual mesmo a simples instauração já deve se revestir de cautelas, como, aliás, recomenda a Controladoria-Geral da União¹³⁷ ao prever a possibilidade de abertura de investigação preliminar antes do início efetivo de um processo administrativo disciplinar.

As conclusões do estudo do Ipea apontam um aumento expressivo de punições na Administração Pública Federal, o que reflete, por um lado, o aprimoramento do arcabouço legal e institucional aplicável aos controladores e, por outro, o efetivo exercício dos poderes punitivos. Com efeito, os dados mostram que, ao contrário do que se fala, o Brasil está deixando de ser “o país da impunidade”.

No caso, “os dados¹³⁸ mostram um crescimento de 83,7% dos casos de expulsões e de mais de 1.400% no aumento de processos administrativos na administração pública federal brasileira entre 2004 e 2017”.

É preocupante, todavia, o fato de que a estruturação dos órgãos de controle

parece não ter sido acompanhada no mesmo passo por um apoio ao pessoal “da ponta”, no sentido da adequação (*compliance*) de suas condutas. **Alguns agentes públicos de órgãos específicos queixaram-se de falta de informação e de mecanismos de incentivo para o adequado cumprimento das normas**, o que teria propiciado a abertura de muitos PADs, e o que poderia ter sido evitado se tivesse havido o devido apoio institucional aos agentes públicos.
(...)

Há indícios de que o aumento dos processos administrativos teve **repercussões negativas na vida dos agentes públicos responsabilizados, com possíveis consequências negativas para a produtividade e qualidade dos serviços públicos oferecidos**.¹³⁹ Negrito nosso.

¹³⁷ Nesse sentido, veja-se a Instrução Normativa CGU nº 14, de 2018.

¹³⁸ Ob. cit. p. 102.

¹³⁹ Ob. cit. pp. 103 e 105.

7.2. Percepção dos gestores públicos do Executivo federal acerca das dificuldades de tomada de decisão e da ação dos órgãos de controle

Retomando o registrado acima quando da delimitação do objeto da pesquisa, foi realizada pesquisa para identificar a percepção dos gestores públicos do Executivo federal acerca das dificuldades de tomada de decisão. Não foi definido marco temporal, pois se trata de pesquisa de percepção¹⁴⁰. Nesse caso, utilizou-se questionários estruturados enviados por e-mail aos dirigentes.

Para fins deste trabalho, entendemos como gestores públicos os ocupantes dos cargos do Grupo Direção e Assessoramento Superiores (DAS) níveis 6, de natureza especial ou de Ministros de Estado. Trata-se de critério usado pelo Executivo Federal para definir o grupo denominado como da alta administração¹⁴¹, nos termos do art. 2º, II, do Decreto n. 9.207, de 2017.

Tal grupo, como o nome está a indicar, tem por incumbência a tomada das decisões mais relevantes na burocracia estatal. Frise-se que os Presidentes ou Diretores-Gerais de autarquias e fundações públicas

¹⁴⁰ Sobre a metodologia empregada em pesquisa baseada em percepção, veja-se CUNHA, Marcia Borin da, *et all.* **Uma metodologia para avaliar as percepções de Ciência e Tecnologia dos estudantes.** Disponível em: <https://www.academia.edu/3141636/Uma_metodologia_para_avaliar_as_percep%C3%A7%C3%B5es_de_Ci%C3%Aancia_e_Tecnologia_dos_estudantes>. Acesso em: 24 de abr. de 2021. Ainda sobre o método empregado, de feição qualitativa, cumpre salientar que “as abordagens qualitativas se aplicam em estudo das representações, das crenças e das percepções, produtos das interpretações que os humanos fazem a respeito de como vivem, sentem e pensam. Apesar de serem usadas em estudos de aglomerados de grandes dimensões, as abordagens qualitativas se conformam melhor a investigações de grupos e segmentos delimitados e focalizados, de relações e para análise de discursos e de documentos. (...) a abordagem qualitativa preocupa-se com um nível de realidade que não pode ser quantificado, com fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização das variáveis”. **Percepções de ciência e de tecnologia de estudantes da área de humanas em nível de pós-graduação.** FAVETTA, Flávia de Assis e TOMMASIELLO, Maria Guiomar Carneiro. Disponível em: <<http://revistapos.cruzeirosul.edu.br/index.php/rencima/article/download/413/346/0>>. Acesso em: 24 de abril de 2021.

¹⁴¹ Veja-se a redação do art. 2º, III, do art. 2º, II, do Decreto n. 9.207, de 2017:

“Art. 2º Para os efeitos do disposto neste Decreto, considera-se:

(...)

III - alta administração - Ministros de Estado, ocupantes de cargos de natureza especial, ocupantes de cargo de nível 6 do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS e presidentes e diretores de autarquias, inclusive as especiais, e de fundações públicas ou autoridades de hierarquia equivalente.”

federais são ocupantes, como regra, de DAS de nível 6, ou equivalentes¹⁴².

Para facilitar a compreensão, enumerar-se-á as perguntas e, logo abaixo, expor-se-á o diagnóstico obtido com a amostra. Vejamos.

Questionou-se para dez integrantes da alta administração o seguinte:

1) O sr.(a) tem a percepção de que decidir sobre o dia a dia da Administração atrai riscos jurídicos (como multas impostas pelos órgãos de controle) ou de que tais riscos apenas estarão presentes quando o controlador identificar desvios de integridade onde há o elemento má-fé?

Dos dez dirigentes da alta administração que responderam ao questionário, todos, sem exceção, responderam que decidir sobre o dia a dia da Administração atrai riscos jurídicos, acrescentando alguns que tais riscos estão presentes “mesmo atuando da forma mais zelosa e técnica possível” e “independentemente da má-fé”.

2) O sr.(a) percebe uniformidade e critérios claros para a responsabilização dos agentes públicos pelos órgãos de controle externo federais? Justifique sua resposta.

Acerca de tal questionamento, 90% dos dirigentes entrevistados respondeu não perceber critérios claros de responsabilização.

Destaco algumas respostas, pois bem refletem a percepção detectada pela ampla maioria:

“Não. Os órgãos de controle a analisam a posteriori e culpam os gestores pelos resultados. Ocorre que a melhor decisão no momento do engenho pode não ser a melhor decisão a posteriori. Mas isso não deveria ser razão para punir o gestor.”

¹⁴² Frise-se que foi editada a Medida Provisória nº 1.042, de 14 de abril de 2021, convertida na Lei nº 14.204, de 16 de setembro de 2021, a qual “simplifica a gestão de cargos em comissão e de funções de confiança, autoriza o Poder Executivo federal a transformar, sem aumento de despesa, cargos em comissão, funções de confiança e gratificações, prevê os Cargos Comissionados Executivos - CCE e as Funções Comissionadas Executivas – FCE” e dá outras providências. Diante desse novo marco normativo, os cargos do Grupo DAS poderão ser, pois, transformados em Cargos Comissionados Executivos – CCE, equivalendo o DAS 6 ao CCE-17. Tais modificações, ainda em fase de implementação, não afetam a pesquisa realizada, uma vez que não se vislumbra modificação no grupo de análise que continua a ser o de mais elevado poder decisório do Executivo Federal.

“Não. Excesso de arbitrariedade, ativismo e insegurança jurídica.”

“Não há critérios claros. O gestor encontra-se geralmente fragilizado e sem previsibilidade”.

“Não. E também destaco a subjetividade no julgamento de governança, que quer julgar o "como fazer", independente da oportunidade, legalidade, modus operandi, finalidade dos recursos aplicados e ações realizadas, mudando conforme a cabeça dos gestores. Além disso, a forma de pensar dos auditores é muitas vezes diferente da os Ministros que julgam os processos no TCU! Para dificultar, os auditores demandam e consultam diretamente a área técnica e depois cobram resultados da alta administração. O mesmo ocorre com outros órgãos, como o Ministério Público. Tudo coíbe a inovação e amedronta o gestor, que tende a se acomodar”.

3) O sr.(a) entende que a comunicação dos órgãos de controle com os gestores para fins de esclarecimento sobre critérios gerais de responsabilização dos dirigentes é:

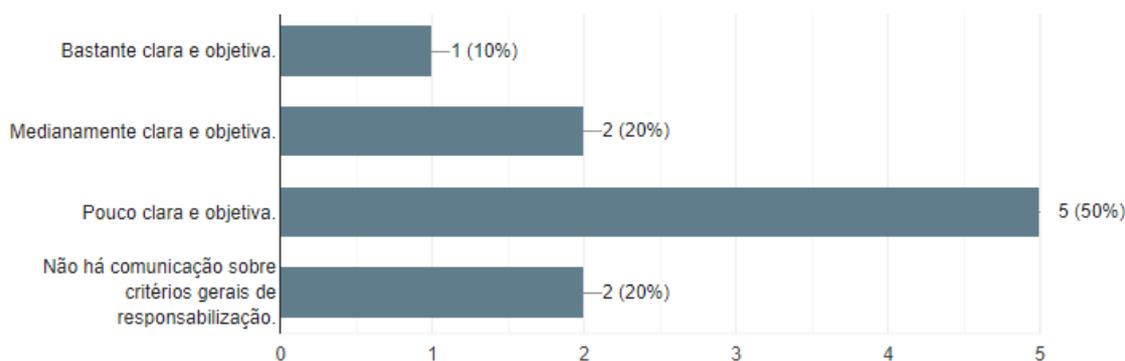
a) Bastante clara e objetiva.

b) Medianamente clara e objetiva.

c) Pouco clara e objetiva.

d) Não há comunicação sobre critérios gerais de responsabilização.

Sobre o assunto, obteve-se as seguintes respostas:



Majoritariamente, portanto, a percepção foi de que a comunicação dos órgãos de controle com os gestores para fins de esclarecimento sobre critérios gerais de responsabilização dos dirigentes é “pouco clara e objetiva”.

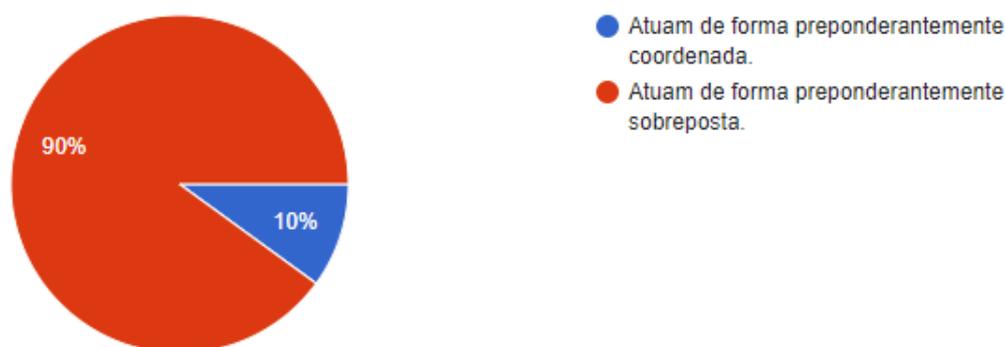
4) O sr.(a) tem a percepção de que os órgãos de controle (como o Tribunal de Contas, Ministério Público e Controladoria-Geral da

União) atuam, preponderantemente, de forma sobreposta ou que atuam de forma coordenada, conforme o tipo de problema identificado:

a) Atuam de forma preponderantemente coordenada.

b) Atuam de forma preponderantemente sobreposta.

Sobre o questionamento, as respostas podem ser esquematizadas no seguinte gráfico:

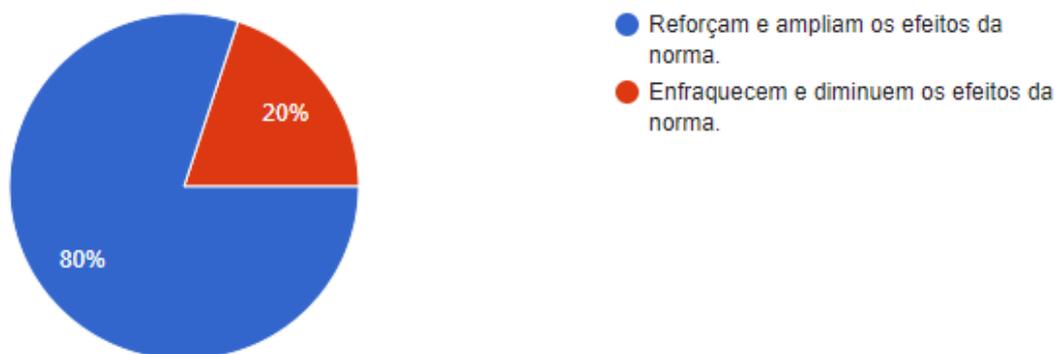


5) O sr.(a) tem a percepção de que a elaboração de normas e critérios de responsabilização com a consulta pública dos órgãos e agentes abrangidos pelos efeitos da norma:

a) Reforça e amplia os efeitos da norma.

b) Enfraquece e diminui os efeitos da norma.

As respostas obtidas são as que seguem abaixo:

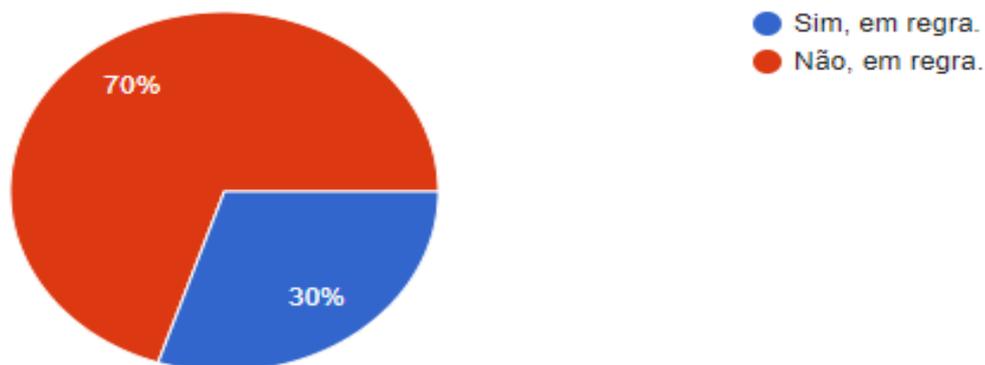


6) A Análise de Impacto Regulatório é um procedimento que avalia aspectos referentes às consequências das edição de novas

regras, tais como: I - se o problema que demanda a atuação estatal foi adequadamente definido; II - se a ação do Estado é justificada, considerando os seus possíveis custos e benefícios e as alternativas aplicáveis; III - se o grau de intervenção é o mínimo possível para alcançar o objetivo pretendido; e IV - se os benefícios da regulação justificam os seus custos, dentre outros. Pela sua percepção, as normas e decisões de caráter geral que impõe direta ou indiretamente novos procedimentos ou regras de responsabilização utilizam essa técnica?

- a) Sim, em regra.
- b) Não, em regra.

Acerca do assunto, as respostas obtidas foram as seguintes:



7) Segundo a sua percepção, qual o fator preponderante para uma melhoria técnica na fundamentação das decisões e processos administrativos:

- a) Aumento da padronização, simplificação e uniformidade de regras
- b) Qualificação da força de trabalho.
- c) Melhora de sistemas informatizados.

As respostas à pergunta 7, 80% dos entrevistados apontaram como fator preponderante para uma melhoria técnica na fundamentação das decisões e processos administrativos o aumento da padronização, simplificação e uniformidade de regras.

8) Para o sr.(a), qual a principal dificuldade para a ampliação da transparência nos locais onde trabalhou nos últimos cinco anos:

a) Falta de critérios padronizados para a divulgação de informações.

b) Falta de preparo técnico dos servidores públicos para fundamentar os atos.

c) Falta de estrutura para divulgação de informações.

Relativamente ao questionamento, 90% dos dirigentes responderam que a principal dificuldade para a ampliação da transparência nos locais onde trabalhou nos últimos cinco anos residia na falta de critérios padronizados para a divulgação de informações.

9) O sr.(a), como dirigente, sente-se estimulado pelo ambiente institucional para desenvolver seu trabalho dentro de sua “zona de conforto” ou, no seu dia a dia, sente-se mais estimulado a inovar?

a) Sinto-me mais estimulado a desenvolver meu trabalho dentro de minha zona de conforto.

b) Sinto-me mais estimulado a desenvolver meu trabalho com inovação.

O diagnóstico a este questionamento apresenta resposta preocupante, pois 80% dos dirigentes da alta administração entrevistados sente-se “mais estimulado” a desenvolver seu trabalho dentro de sua “zona de conforto”, podendo-se disso inferir que o ambiente público é pouco favorável à inovação.



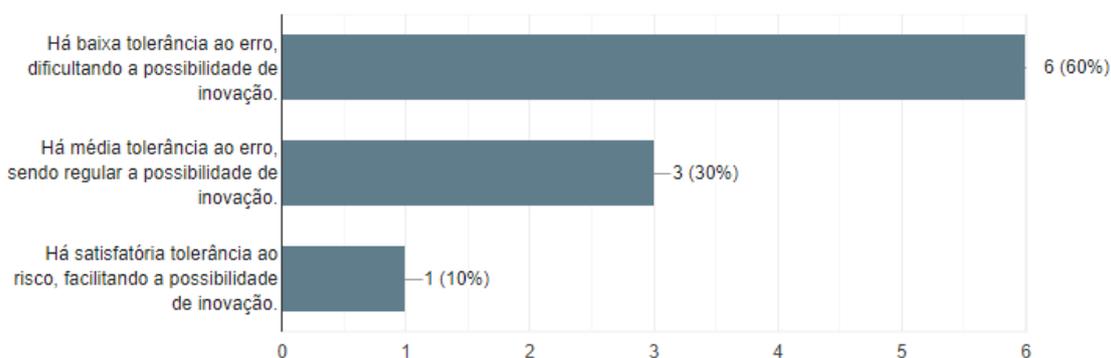
Sobre o assunto, também convém citar importante estudo desenvolvido por Fernando Meneguim e Maurício Bugarin¹⁴³, no qual os autores analisam “os incentivos criados pelo marco legal brasileiro ao desempenho e à gestão inovadora no funcionalismo público”. Segundo o citado estudo, “um modelo de teoria da decisão sugere que servidores de carreira tendem a não inovar em sua gestão para não serem acusados de comportamento ilícito, dado o Princípio Constitucional da Legalidade”¹⁴⁴.

10) O sr.(a), como dirigente, tem a percepção de que, na Administração, há alta, média ou baixa tolerância ao erro para permitir a inovação?

a) Há baixa tolerância ao erro, dificultando a possibilidade de inovação.

b) Há média tolerância ao erro, sendo regular a possibilidade de inovação.

c) Há satisfatória tolerância ao risco, facilitando a possibilidade de inovação.



Sobre a tolerância ao erro na estrutura da administração pública, predominou a percepção de que é baixa a tolerância, dificultando a possibilidade de inovação.

11) Campo livre para manifestação sobre percepção a respeito do relacionamento dos dirigentes e órgãos de controle.

¹⁴³ **Incentivos à corrupção e à inação no serviço público: Uma análise de desenho de mecanismos.** Estud. Econômicos. Online. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0101-416146142mbf>>. Acesso em: 13.06.2021.

¹⁴⁴ Id. Ibid.

No campo livre para as manifestações dos dirigentes ouvidos, destaco três contribuições que se complementam sobre o relacionamento com os órgãos de controle. Vejamos.

“Os órgãos de controle são uma pesada estrutura burocrática e não foram capazes de detectar os grandes casos de corrupção do país, mas acabam criando enormes custos de transação para a inovação. É preciso que se reinventem para que sirvam a sua missão institucional fundamental de preservação dos interesses dos cidadãos”.

“Como citei, a visão dos auditores ou investigadores difere da visão dos julgadores. Isso ocorre porque o diálogo e a troca de informações ocorre com os primeiros e o julgamento dos atos pelos segundos, o que aumenta o risco de penalização do gestor e é extremamente desestimulante. A consulta e as sugestões feitas diretamente à área técnica para depois fazer as cobranças na alta gestão também são desestimulantes”.

“No Brasil predomina uma cultura da desconfiança, não apenas entre dirigentes e órgãos de controle, mas em quase todas as relações humanas. Isso aumenta muito os custos de transação nos setores público e privado”.

7.3. Percepção de amostra de controladores federais acerca das principais deficiências na tomada de decisão dos gestores públicos federais.

Conforme já abordado no início deste trabalho, identificar a percepção de amostra de controladores federais acerca das principais deficiências na tomada de decisão dos gestores públicos federais é um dos objetivos específicos desta pesquisa.

Anota-se que não foi definido marco temporal, pois se trata de pesquisa de percepção.

A investigação da percepção dos controladores se deu com o emprego de questionários estruturados enviados por e-mail.

Para fins de pesquisa, consideraremos como controladores federais os auditores que atuam perante os ministérios, autarquias e fundações, bem como os auditores e técnicos com atuação no Tribunal de Contas da União e na Controladoria-Geral da União. Foram ouvidos catorze controladores de órgãos diferentes, com no mínimo cinco anos de experiência na área.

Para facilitar a compreensão, enumerar-se-á as perguntas e, logo abaixo, expor-se-á o diagnóstico obtido com a amostra. Vejamos.

Questionou-se aos controladores federais o seguinte:

1) Para o sr.(a) qual o principal problema na tomada de decisão dos gestores federais?

Para esta questão, admitiu-se respostas livres, das quais destacamos algumas, a ver:

“Os gestores têm um grande receio na tomada de decisão devido ao medo de serem responsabilizados por seus atos”.

“Falta de motivar adequadamente a tomada de decisão.”

“Insegurança.”

“Preocupação com punição”.

“Falta de orientações conclusivas que subsidiem o gestor na tomada de decisões”.

“Via de regra, a tomada de decisão não se baseia em evidências, isto é, em dados confiáveis que deem certa segurança sobre o melhor caminho a tomar”.

“Falta de conhecimento sobre a legislação vigente.”

“Baixa formulação e implementação de políticas baseadas em evidências.”

“De forma geral, as decisões são culturalmente tomadas com base em percepções ou ideias/ideais não suportadas por estudos técnicos que considerem diversas possibilidades e seus respectivos impactos. Isso combinado com a ausência de mecanismos efetivos de monitoramento e avaliação dos impactos de cada decisão, tem-se o cenário perfeito para ineficiência, baixa qualidade e insustentabilidade dos serviços públicos”.

“Decisões políticas.”

“Influências externas.”

“Falta de segurança jurídica, em face do emaranhado de normas e das alterações legislativas sucessivas a cada troca de governo.”

“Segurança jurídica.”

“Motivação.”

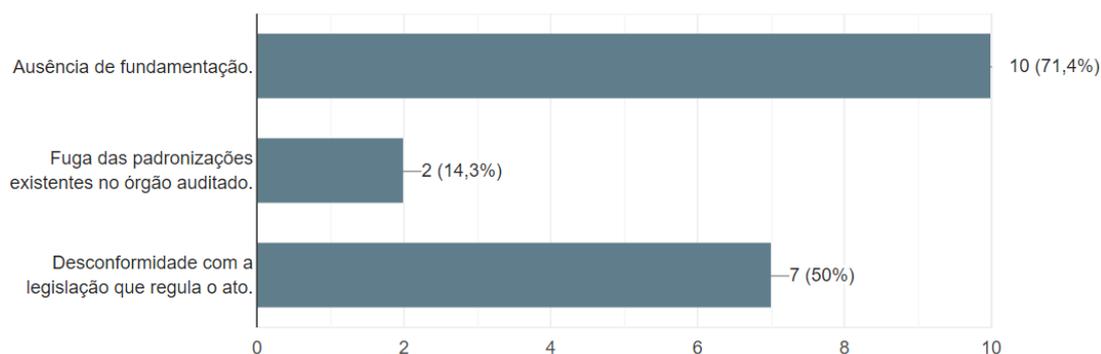
A percepção dos controladores é de que os gestores públicos federais, no seu processo de tomada decisão, não se baseiam em

evidências. De certo modo, tal observação converge para o apontamento de que “falta motivação” adequada para as decisões.

De todo modo, é interessante anotar que mesmo os controladores apontaram como elemento dificultador do processo decisória a insegurança jurídica.

2) Qual é, na sua percepção, o principal indício de que uma decisão ou a prática de um ato administrativo foi praticado sem os elementos integridade e boa-fé?

Sobre tal questionamento, a percepção foi a seguinte:



Relevante o diagnóstico de que os controladores consideraram como o principal indício de que uma decisão ou a prática de um ato administrativo foi praticado sem os elementos integridade e boa-fé a ausência de fundamentação.

Nesse quesito, os controladores puderam indicar mais de uma hipótese, indicando a primeira como a principal.

3) O sr.(a) percebe uniformidade e critérios claros para a responsabilização dos agentes públicos pelos órgãos de controle externo federais? Justifique sua resposta.

Aqui, convém mencionar que foram obtidas respostas de controladores oriundos tanto das carreiras da CGU, como também do TCU, devendo, pois, tal diversidade ser considerada ao examinarmos as conclusões dos entrevistados.

As respostas foram livres, sendo transcritas abaixo:

“Não. Por mais que os critérios existam, as informações atualmente disponíveis não permitem que essa percepção seja percebida.

“Não. Decisões muitas vezes são políticas”.

“Se os auditores de controle externo seguirem as normas do TCU e as regras internacionais, haveria uniformidade e critérios definidos de responsabilização!”

“Não. É importante que todos os agentes públicos entendam os critérios normativos aos quais estão submetidos.”

“Os critérios, em sua maioria, são claros e uniformes. No entanto, essa uniformidade talvez seja um problema. Pois, os atos não são uniformes, e por muitas vezes não se enquadram nos critérios. Algumas vezes, principalmente devido a matriz de responsabilidade, os critérios não são muito justos”.

“Sim”.

“Sim. O contraditório a livre manifestação e os ritos de claros para efetivar uma responsabilização.”

“Não. Há discrepância entre Tribunais de Contas e internamente dentro de alguns tribunais sobre o que é irregular. Há situações em que a mesma conduta resulta em uma multa em um caso e em nada em outro”.

“Não. Lamentavelmente, as normas, em boa parte, dão margem a inúmeras interpretações, e, além disso, a natureza do agente a ser responsabilizado e/ou seu maior ou menor poder de influência, por vezes, possui mais peso do que a aplicação efetiva dos critérios”.

“Não vejo uniformidade e nem muito menos critérios técnicos. Cada auditor pode questionar ou não o mesmo ato de gestão, usando critérios próprios de "suspeição". O que foi questionado de um gestor, pode não o ser de outro. Não há fonte segura de informação para o gestor definir um ideal de conduta esperado”.

“Não. As decisões se baseiam em relatórios de auditoria produzidos por diferentes equipes, com elevado grau de discricionariedade”.

“Sim. Normatização e jurisprudência”.

“Não. Dentro do tcu, por exemplo, existem decisões contraditórias.”

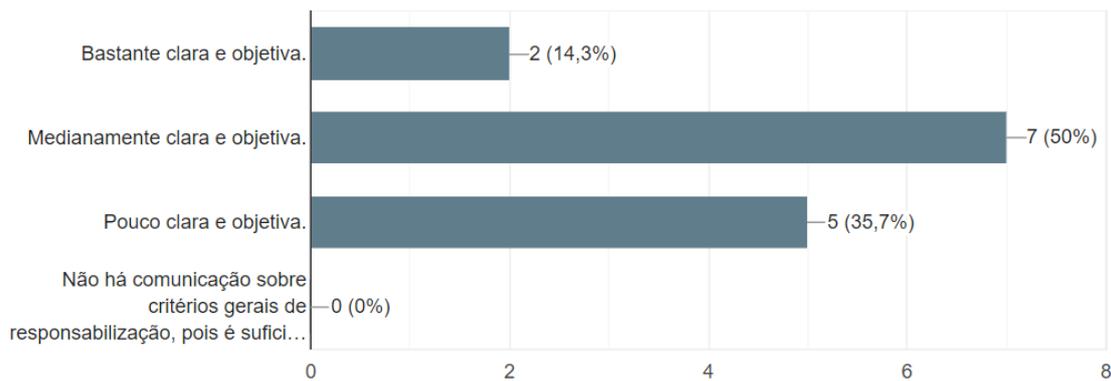
“Sim. Atuação sob supervisão sistemática do órgão central de correição”.

O primeiro apontamento a ser feito reside no fato de que as respostas advêm de controladores federais internos e externo. Os primeiros, com uma visão do Executivo em relação ao Tribunal de Contas, revelaram possuir críticas mais ou menos brandas à atuação do controle externo, sobressaindo a falta de uniformidade como a crítica

mais visível. Já os controladores externos responderam no sentido de que são claros e uniformes os critérios de responsabilização.

4) O sr.(a) entende que a comunicação dos órgãos de controle com os gestores para fins de esclarecimento sobre critérios gerais de responsabilização dos dirigentes é:

As respostas estão compiladas no gráfico seguinte:



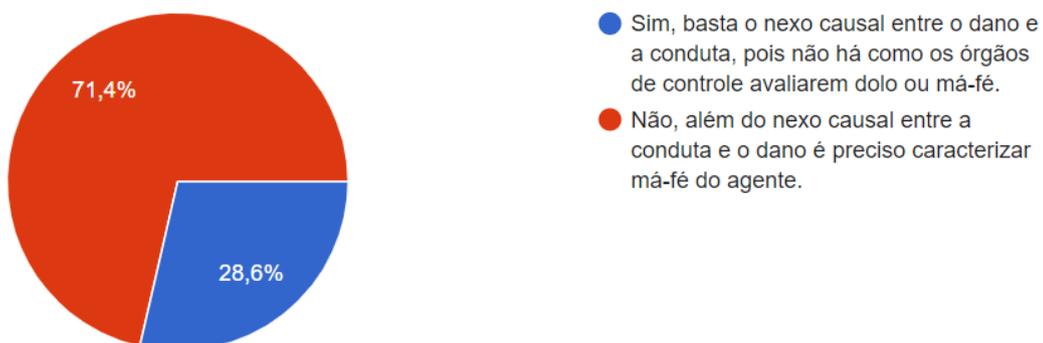
* A última alternativa possui a seguinte redação completa: "Não há comunicação sobre critérios gerais de responsabilização, pois é suficiente o esclarecimento a respeito das leis que regulam as condutas".

Da leitura das respostas se depreende que a percepção geral dos controladores é de que 85,7% entendem que a comunicação com os gestores acerca dos critérios de responsabilização é medianamente clara ou pouco clara e objetiva.

Nenhum dos controladores entendeu que não há comunicação sobre critérios gerais de responsabilização.

5) O sr.(a) entende que para a imposição de multas em situações de desconformidade que gerem danos basta o simples nexos causal entre a conduta e o resultado:

As respostas obtidas estão assim divididas:

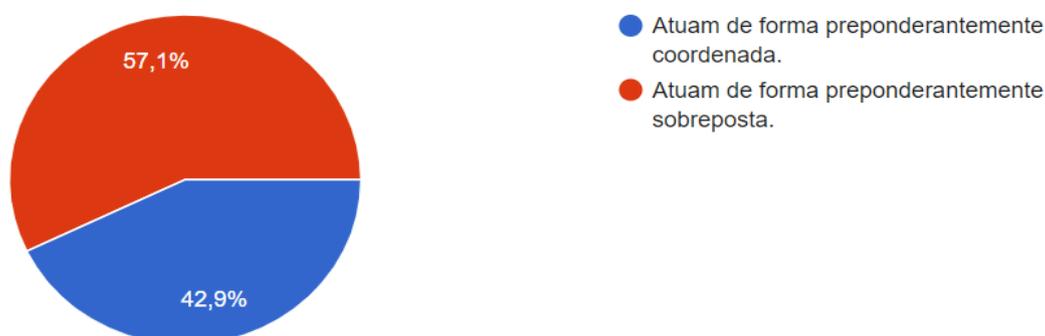


Mesmo se considerarmos que os questionamentos foram direcionados tanto para controladores internos como externos, é perceptível que a grande maioria das respostas aponta para a necessidade de caracterização da má-fé do gestor.

Consoante já explanamos acima, perante o Tribunal de Contas da União, a demonstração da boa-fé tem o condão de afastar a aplicação de sanções, tal como a multa, mas não a imputação do débito¹⁴⁵, vale dizer, o prejuízo apurado pelo Tribunal precisa ser ressarcido ao erário. Ou seja, a existência de boa-fé pode afastar a multa, mas não a reparação de dano apurado pelo Tribunal

Nesse ponto, há que se mencionar que, quando o gestor público responsável é condenado pelo TCU, mas a Corte reconhece sua boa-fé, entende-se pela possibilidade de afastamento dos juros de mora relativamente ao valor do débito.

6) O sr.(a) tem a percepção de que os órgãos de controle (como o Tribunal de Contas, Ministério Público e Controladoria-Geral da União) atuam, preponderantemente, de forma sobreposta ou que atuam de forma coordenada, conforme o tipo de problema identificado:



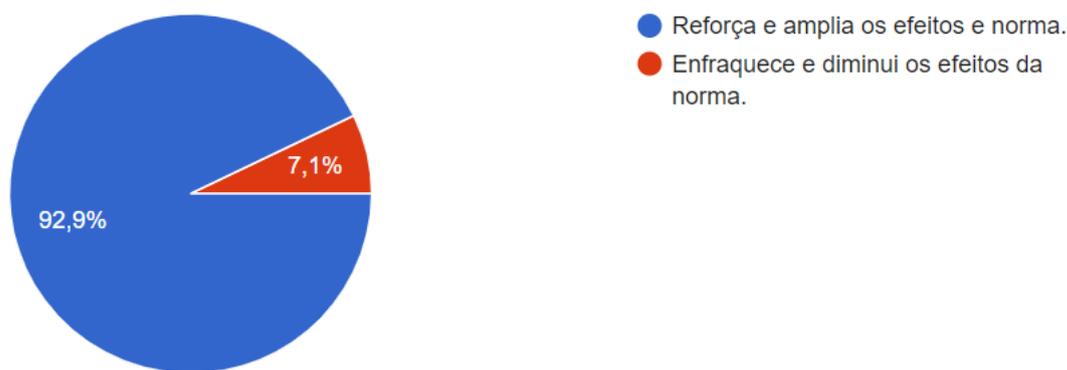
Restou evidente que os controladores, assim como ocorreu com os gestores, também identificaram a existência de sobreposição nas atuações dos controles interno e externo.

Tal sobreposição, naturalmente, gera confusão aos destinatários dos atos de controle, a saber, os gestores, reforçando o sentimento de

¹⁴⁵ Sobre a imputação de débito, pode ser consultada a Instrução Normativa - TCU nº 71, de 28 de novembro de 2012, que dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial.

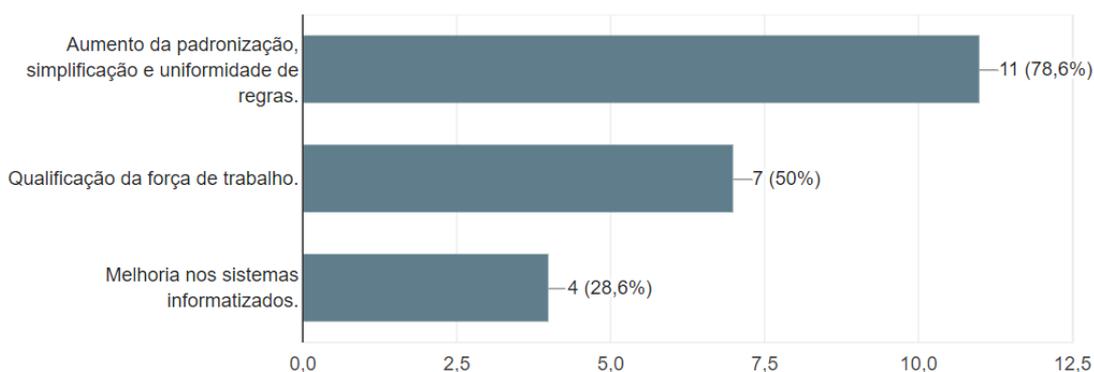
temor (e não de colaboração) e a tendencia absenteeísta do “apagão das canetas”.

7) O sr.(a) tem a percepção de que a elaboração de normas e critérios de responsabilização com a consulta pública dos órgãos e agentes abrangidos pelos efeitos da norma:



Deste questionamento sobressai a percepção de que normas sobre responsabilização de agentes públicos que tenham sido objeto de prévia consulta pública à sociedade civil sobre o seu conteúdo teriam maior legitimidade, isso mesmo entre os controladores.

8) Segundo a sua percepção, qual o fator preponderante para uma melhoria técnica na fundamentação das decisões e processos administrativos nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal:



Nesse particular, verifica-se que o aumento da padronização e uniformidade de regras é tido pelos controladores como o fator fundamental para uma melhoria técnica na fundamentação das decisões.

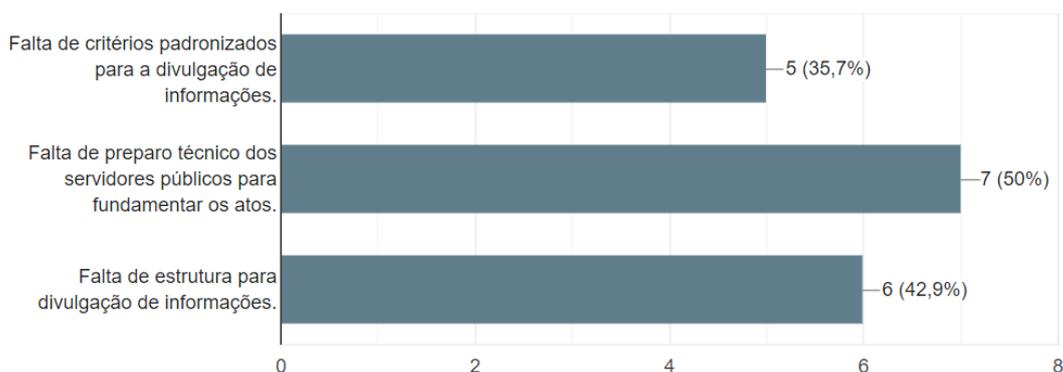
Um elemento para considerar, de fato, tal quesito como relevante está no reconhecimento da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre sua importância.

A AGU, aliás, foi reconhecida pela OCDE pelo seu pioneirismo na padronização de modelos de licitações e contratos.

Segundo noticiado recentemente¹⁴⁶, “a utilização de modelos padronizados (...) tem o objetivo de reduzir os custos com as licitações, bem como potencializa a participação dos interessados, ou seja, incrementa a competitividade”. Além disso, a OCDE “recomenda a obrigatoriedade da utilização dos modelos padronizados em todos os tipos de contratação, bem como em todas as etapas do procedimento – planejamento, licitação e execução”.

A AGU considera¹⁴⁷ que a boa prática traz “agilidade, presteza e eficiência para a atuação consultiva e para o próprio procedimento de aquisições no setor público”. Ademais, com tal prática os gestores públicos possuirão “um ponto de partida para a confecção dos editais, o que contribui para conferir segurança jurídica para todo o procedimento licitatório”.

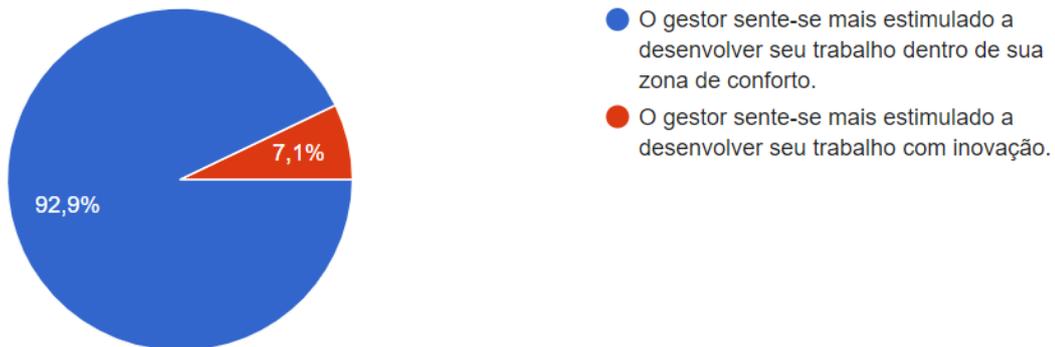
9) Para o sr.(a) qual a principal dificuldade para ampliação da transparência nos locais que auditou ou exerceu direta ou indiretamente ação de controle nos últimos cinco anos:



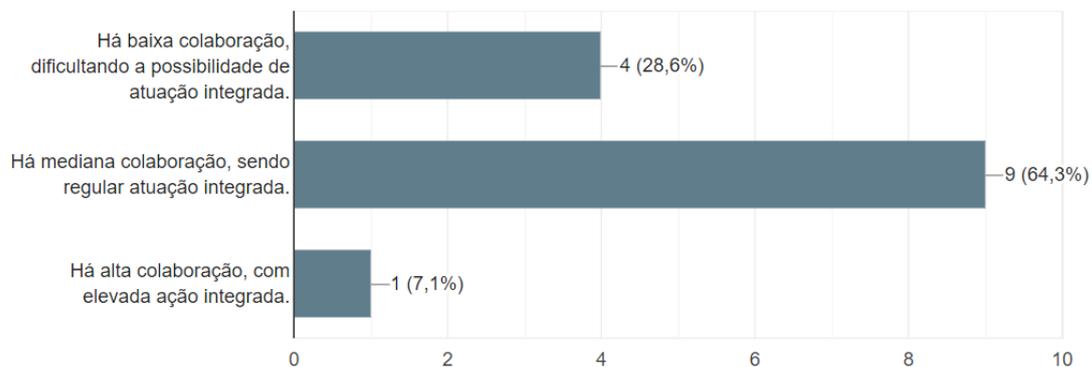
¹⁴⁶ AGU é reconhecida pela OCDE por pioneirismo na padronização de modelos de licitações e contratos. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-e-reconhecida-pela-ocde-por-pioneirismo-na-padronizacao-de-modelos-de-licitacoes-e-contratos>>. Acesso em 31 de maio de 2021.

¹⁴⁷ Id. Ibid.

10) O sr.(a), como integrante de um órgão de controle, entende que o gestor público sente-se estimulado pelo ambiente institucional para desenvolver seu trabalho dentro de sua “zona de conforto” ou, no seu dia a dia, ele se sente mais estimulado a inovar?



11) O sr.(a), como integrante de órgão de controle, tem a percepção de que, na Administração, há um ambiente de colaboração entre órgãos da administração e órgãos de controle?



12) Campo livre para manifestação sobre percepção a respeito do relacionamento dos dirigentes e órgãos de controle.

“A falta de clareza quanto aos papéis de cada um dos agentes integrantes de um sistema de governança bem estruturado dificulta enormemente o relacionamento entre dirigentes, gestores e órgãos de controle. Essa confusão não está restrita aos dirigentes, alcança todos os setores, principalmente a sociedade”.

“Há razoável interação”.

“Os avanços são inequívocos. A maturidade institucional do relacionamento tem avançado. Precisamos persistir nos avanços - principalmente na melhoria da governança pública e nas decisões baseadas em reais evidências nos processos de formulação implementação, avaliação e monitoramento de políticas públicas - além do sistema de *accountability* ser visto mais como um reforço de *forward looking* e resultados que *backward looking* e responsabilização.”

“A relação entre dirigentes e órgãos de controle ainda precisa evoluir substancial. É preciso abrir uma linha de diálogo clara, objetiva, sem melindres, com o real propósito de implementar melhorias, ouvindo todas as partes envolvidas. É preciso buscar a padronização, a simplificação, a desburocratização, sem deixar de lado a importância do controle e da observância aos princípios da Administração Pública. Se faz necessário que os Auditores aprendam, na prática (ocupando cargos de gestão) sobre o dia a dia dos gestores, de forma conhecê-los e enfrentar os desafios e gargalos existentes nas áreas que irão auditar. Dessa forma, estarão melhor preparados para desempenhar suas atribuições, contribuindo para a melhorias das gestões”.

“Devido à falta de deferência para com a expertise do gestor, a ingerência do auditor em suas decisões trazem a sensação de desrespeito”.

“Não vejo uniformidade. Depende muito de cada gestor e também do posicionamento do auditor”.

“Órgão de Controle Interno ainda precisa amadurecer sua posição de agregação de valor, especialmente na Administração Pública Direta. Além do que há ainda muita dificuldade em reconhecer ações dos gestores que se interessam em resolver problemas estruturantes e se voltar para baixar recomendações menores”.



8

**NOVOS PARADIGMAS
EMPREGADOS PELO TCU: A
BUSCA DE UM MODELO**

() NOVOS PARADIGMAS EMPREGADOS PELO TCU: A BUSCA DE UM MODELO EQUILIBRADO ENTRE CONTROLE E GOVERNANÇA

Conforme já se examinou acima, há uma série de evidências que demonstram que o emprego de mecanismos coercitivos para obtenção de conformidade legal nem sempre acarretam os efeitos almejados pelo legislador (que instituiu os aludidos mecanismos) ou pelo próprio controlador.

Ocorre, como demonstrado, o chamado imobilismo decisório, também conhecido como apagão das canetas, como uma externalidade negativa da ação controladora, consoante apontado nos itens 7.1 a 7.3 deste trabalho.

Não se quer, em momento algum, colocar em dúvida a indispensabilidade do controle externo e interno, mas apenas se debater acerca da melhor forma de sua atuação.

Com efeito, a existência de um regime republicano é inseparável de mecanismos de controle com freios e contrapesos, transparência e primado pelo bom emprego de recursos públicos.

Mas, segundo André de Castro O. P. Braga¹⁴⁸ no artigo *Resolução 315 do TCU: início de uma revolução no controle?* “evidências sugerem que o TCU entrou em rota de autocontenção”. Segundo Braga, a edição da Resolução nº 315, de 2020, contém uma série de elementos indicativos de uma maior colaboração entre gestor e controlador¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/control-publico/resolucao-315-do-tcu-inicio-de-uma-revolucao-no-control-10032021> . Acesso em: 03 de abr. de 2021.

¹⁴⁹ A ementa do ato contém a seguinte redação “Dispõe sobre a elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas no âmbito do Tribunal de Contas da União e revoga a Resolução-TCU 265, de 9 de dezembro de 2014” e pode ser acessada por meio do endereço abaixo: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528Resolu%25C3%25A7%25C3%25A3o%2529%2520NUMAT%253A315%2520NUMANOATO%253A2020/DTRELEVANCIA%2520desc%252CNUMAT%2520desc/0/%2520?uuid=ee4d0190-96e6-11ea-b39d-7744880a9168

Demonstra tal afirmação o fato de que a novel resolução estabelece que “as determinações do TCU, de aplicação obrigatória, não podem restringir a ‘discricionariedade do gestor’ (art. 5º)”, assim como dispõe que “as recomendações do tribunal, de obediência facultativa, não devem ser ‘genéricas e distantes da realidade’ (art. 12)”, comandos com clara inspiração na Lei nº 13.655, de 2018, e no Decreto nº 9.830, de 2019.

O próprio Tribunal, ao divulgar as modificações, enfatizou que:

(...) A regra agora é que a unidade técnica deverá **ouvir os comentários do gestor antes** de propor determinações e recomendações, **inclusive** no caso **dos processos de acompanhamento de desestatização**. O objetivo é adequar os procedimentos da Corte de Contas às normas de auditoria nacionais e internacionais e, ainda, racionalizar o uso dos instrumentos de determinação, recomendação e ciência, ampliando sua eficácia e permitindo o monitoramento das deliberações mais relevantes e que demandem cumprimento imediato.

“Os comentários do gestor poderão nos apontar riquíssimas contribuições, tais como custos excessivos e questões práticas como carência de pessoal para implementar as deliberações do TCU. Dessa forma, nossas decisões poderão ser mais objetivas e concisas. Deveremos focar naquilo que seja mais importante e assegurar a imparcialidade, objetividade e completude dos nossos trabalhos, inclusive nas desestatizações”, explicou o ministro Vital do Rêgo, relator do processo no Tribunal de Contas da União¹⁵⁰.

A Seções III da Resolução evidencia, com clareza solar, a nova linha seguida pelo Tribunal. Seu título fala por si só: *Da Construção Participativa das Deliberações*.

O novel artigo 14, ao mesmo tempo em que presta homenagem ao princípio republicano e fortalece a legitimidade das decisões da Corte de Contas, presta deferência ao consequencialismo consagrado de forma expressa na Lei nº 13.655, de 2018, na medida em que dispõe que

A unidade técnica instrutiva deve oportunizar aos destinatários das deliberações a apresentação de comentários sobre as

¹⁵⁰ **TCU aprova pacote de normas voltadas à racionalização e simplificação de procedimentos.** Portal TCU. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aprova-pacote-de-normas-voltadas-a-racionalizacao-e-simplificacao-de-procedimentos.htm>>. Acesso em: 3 de abr. de 2021.

propostas de determinação e/ou recomendação, solicitando, em prazo compatível, informações quanto às consequências práticas da implementação das medidas aventadas e eventuais alternativas.

Além disso, para fechar o círculo virtuoso do mecanismo de participação, o TCU estabeleceu, no art. 15, que “as propostas finais de deliberação devem considerar as manifestações das unidades jurisdicionadas e, em especial, justificar a manutenção das propostas preliminares caso apresentadas consequências negativas ou soluções de melhor custo-benefício”.

Esse posicionamento do Tribunal é reflexo de um esforço pelo estabelecimento da boa governança na Administração Pública, pauta que teve como protagonista do Min. Augusto Nardes¹⁵¹. Quando de sua gestão na Presidência do Tribunal, foram editadas a primeira e a segunda edição do Referencial básico de governança aplicável a órgãos e entidades da administração pública, nos anos de 2013 e 2014.

Como enfatizou o TCU na 3ª edição do seu Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU¹⁵², de 2020, o propósito da governança é prover o gestor de “formas de descobrir oportunidades de remover controles desnecessários, que se tornam empecilhos à entrega de resultados”, já que sua finalidade é “a melhoria do desempenho da organização para a geração de valor”. Todas as práticas de governança dispostas no Referencial, consoante o Tribunal, “servem para criar contextos favoráveis à entrega dos resultados esperados pelos cidadãos, com sustentabilidade”.

Nota-se os esforços do tribunal em mudar o eixo de atuação, focando mais em proposições de arranjos institucionais vocacionados à entrega de resultados, do que em pura e fria conformidade.

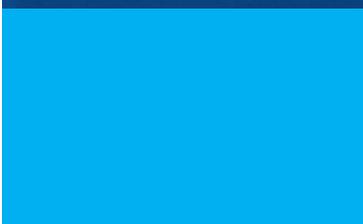
A linha que o TCU aparenta seguir parece estar de acordo com as lições de Jacques Chevalier acerca do emprego da *participação* e *governança* como instrumento de *legitimidade do direito* e dos

¹⁵¹ Para conhecer mais sobre a evolução da governança pública no Brasil e no próprio Tribunal de Contas da União, sugere-se consultar NARDES, João Augusto Ribeiro e outros. **Governança Pública: o desafio do Brasil**. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

¹⁵² **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU**. Edição 3 - Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado – SecexAdministração, 2020, p. 15.



procedimentos adotados pelas instituições, conforme foi exposto no item 5.



CONCLUSÃO CONCLUSÃO

Os antecedentes da discussão sobre o PL n. 7.448/2017 (na origem, PLS 349/2015), fazem parte dos motivos pelos quais se definiu o escopo da dissertação em relação a apenas o Tribunal de Contas da União como órgãos de controle externo ao Poder Executivo.

Com efeito, uma parcela significativa do TCU se posicionou de forma incisiva contra o Projeto de Lei, em especial invocando o argumento de afrouxamento do combate à corrupção na hipótese de sanção. A Corte capitaneou as críticas e realizou inclusive um evento com muita repercussão antes do prazo final para sanção o citado projeto.

É bem verdade, como bem salientou a Professora Leany Lemos na Banca de Qualificação, que há órgãos de controle externo, tais como o Ministério Público, que por sua própria constituição e forma de funcionamento, causam externalidades mais severas que as Cortes de Contas, onde os julgamentos são colegiados. Lembre-se que cada procurador da República ou promotor é considerado um órgão¹⁵³, possuindo ampla autonomia funcional, o que, se por um lado assegura a independência diante de pressões políticas, por outro, amplia o espaço para o subjetivismo e para o ativismo¹⁵⁴ – por vezes inconsequentes.

Como dito, a definição do objeto da pesquisa se deu nesses termos e também porque se espera uma oportunidade, tal como um doutorado, para aprofundar mais o estudo, ampliando-se inclusive o objeto.

Os achados de pesquisa conseguiram apontar para fortíssimos indícios de que o fenômeno do apagão das canetas é real. Com efeito,

¹⁵³ Nesse sentido, veja-se a Lei Complementar n. 75, de 1993.

¹⁵⁴ Veja-se, para uma consulta mais ampla, TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário**. 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

tanto a pesquisa realizada pelo Ipea¹⁵⁵, analisada com vagar no tópico 7.1, como a efetuada por Fernando Meneguim e Maurício Bugarin, mencionada no item 7.2, corroboram tal afirmação.

Não bastasse isso, foi realizada ainda pesquisa específica junto a altos dirigentes do Poder Executivo, assim considerados os ocupantes de cargo DAS 6 ou superior, nos termos do Decreto n. 9.203, de 2017.

No caso, foi investigada a percepção dos gestores públicos do Executivo acerca das dificuldades na tomada de decisão e a influência dos órgãos de controle nessa equação.

As respostas aos questionários evidenciam a percepção de elevada insegurança no ambiente decisório “mesmo atuando-se da forma mais zelosa e técnica possível” e “independentemente de má-fé”.

Metade dos gestores entrevistados avaliaram que a comunicação com os órgãos de controle é pouco clara e objetiva. Registraram, ainda, que os órgãos de controle externo e interno atuam de forma sobreposta¹⁵⁶, dificultando que suas recomendações, nem sempre coincidentes, sejam bem assimiladas. Mesmo os controladores, quando ouvidos, reconheceram, majoritariamente¹⁵⁷, que há sobreposição.

Outro ponto preocupante é que a grande maioria dos gestores ouvidos indicaram que se sentem pouco estimulados a inovar¹⁵⁸ no exercício da atividade, uma decorrência clara da insegurança que experimentam no dia a dia, já que no ambiente da Administração, segundo afirmaram 60% dos entrevistados, “há baixa tolerância ao erro, dificultando a inovação”. Não é por menos, aliás, que a doutrina denomina a Lei n. 13.655, de 2018, como Lei de Segurança Jurídica para a Inovação Pública¹⁵⁹, vislumbrando nesse novo marco legal um passo importante para modificar esse quadro.

¹⁵⁵ Análise do quadro crescente de funcionários públicos responsabilizados por irregularidades (2003 – 2018).

¹⁵⁶ O percentual de servidores que entendeu pela sobreposição de atuação foi de 90%.

¹⁵⁷ O percentual foi de 57,1%.

¹⁵⁸ Aliás, é curioso como a Administração e a própria sociedade em geral tem falado das características BANI (brittleness, anxiety, nonlinearity, incomprehensibility) e VUCA (volatility, uncertainty, complexity, ambiguity) do mundo atual. Mais que nunca, é exigido do gestor uma atitude inovadora, rápida, transformadora, mas, paradoxalmente, os incentivos para que isso ocorra são escassos, digamos até, irrisórios. A Lei nº 13.655 é um dos mecanismos para modificar essa realidade.

¹⁵⁹ Nesse sentido, Juliana Bonacorsi de Palma. Vide item 4.2 da dissertação.

As respostas, no entanto, apontam para caminhos por meio dos quais será possível melhorar o relacionamento e diminuir a insegurança. Um deles está no “aumento da padronização, simplificação e uniformidade de regras”. Sobre esse ponto, 80% dos entrevistados entenderam que tal procedimento poderia contribuir para uma melhoria técnica na fundamentação das decisões em processos administrativos e ampliação da transparência.

Por sua vez, os controladores ouvidos indicaram que consideram que as decisões dos gestores públicos, como regra, não se baseiam em evidências, algo de gravidade, em especial no desenho de políticas públicas.

Consideraram os controladores que o principal indício de que uma decisão foi proferida sem a observância dos elementos integridade e boa-fé é a “ausência de fundamentação”. Essa foi a percepção de 71% dos entrevistados.

Veja-se que, na visão de 85,7% dos controladores, a comunicação com os gestores é medianamente clara e objetiva ou pouco clara e objetiva acerca dos critérios de responsabilização, sendo um ponto de possível aprimoramento institucional.

Mas as pesquisas, como dito acima, revelaram disposição importante do controle em aprimorar sua atuação, na linha, aliás, do que sustenta Jacques Chevallier (vide item 5) quando advoga a tese da procedimentalização e do emprego da consensualidade.

Ao responderem sobre os benefícios de construção de normas e critérios sobre responsabilização com a consulta pública de órgãos, agentes e sociedade civil, 91% dos controladores avaliaram que isso “reforça e amplia os efeitos da norma”. Sem dúvida, com escólio em Chevallier, a construção normativa baseada na pluralidade de opiniões confere muito mais legitimidade e segurança na aplicação das regras.

Essa concessão do direito à consensualidade tem gerado frutos promissores em termo de efetividade das regras, sendo exemplo disso os institutos do *termo de ajustamento de gestão*, do *compromisso* e do dever de estabelecimento de *regras de transição* quando da edição de nova orientação jurídica geral, nos termos do Decreto n. 9.830, de 2019. Tais institutos, de caráter visivelmente consequencialistas, prestigiam a formação do ato de forma consensual, sempre considerando as consequências práticas de se adotar um determinado rumo na execução de um ato ou política.

Mas não basta só o aprofundamento da consensualidade na Administração.

A valorização do elemento boa-fé para fins de responsabilização do gestor público é uma realidade positivada na Lei n. 13.655 e no Decreto n. 9.830. Tais normativos, conforme apontamos no decorrer desse trabalho, são fruto de anos de debates acadêmicos e contam com maciço apoio dos maiores administrativistas brasileiros, tais como Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Marçal Justen Filho, Maria Sylvia Z. Di Pietro, Egon Boeckman e Paulo Modesto, dentre outros.

A sedimentação dos conceitos e a modificação da cultura organizacional na Administração e nos órgãos de controle faz parte de um processo de amadurecimento que não ocorre de uma hora para outra.

Prova disso é que, como demonstrado, houve resistência na aceitação do entendimento previsto no art. 28 da Lei n. 13.655, no sentido de que a responsabilização do agente público ocorrerá apenas nos casos de dolo ou erro grosseiro (culpa grave).

Tal resistência tende a diminuir com o julgamento do STF sobre a MP n. 966, no qual, na prática, a maioria do tribunal ratificou a constitucionalidade do novo sistema de responsabilização do gestor (tópico 4.3).

Há, pois, boas perspectivas para o aumento da segurança jurídica, elemento indispensável para a prosperidade de uma nação, conforme apontam Acemoglu e Robinson¹⁶⁰ na conhecida obra “Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza”.

Não obstante, como dito, o apagão das canetas ter se demonstrado uma realidade, os debates para superação da situação avivaram-se nos órgãos de controle e também na academia, com avanços sensíveis.

O caso da recente Resolução n. 315 do TCU é um notável exemplo de ampliação da oitiva do gestor no processo de responsabilização e um evidente (e elogiável) exemplo de autocontenção do Tribunal.

Muito embora o Executivo Federal esteja atrasado no debate sobre a implementação da governança, como bem apontam Gaetani e Nogueira, os novos arranjos institucionais apontam para uma evolução

¹⁶⁰ ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

consensualidade na administração, com soluções para políticas públicas mais estáveis.

Há muitas práticas ainda para se solidificar, mas os movimentos dos órgãos de controle parecem apontar para uma atuação mais cooperativa e focada em resultados.

Com efeito, a forma de aplicação das normas de responsabilização dos gestores públicos, se baseada numa racionalidade pragmática e consequencial, mostrar-se-á mais eficiente¹⁶¹ para gestores e controladores que o modelo tradicional, baseado puramente na coerção.

Essa racionalidade pragmática e consequencial, conforme se procurou justificar, pode ser obtida pelo incremento de elementos consensuais¹⁶², de governança¹⁶³ e de transparência¹⁶⁴ no processo decisório e de responsabilização, tendo em vista que tais elementos reforçam a legitimidade do direito (hoje de índole procedimental, segundo Chevallier) e abrandam a tendência absenteísta do gestor público.

¹⁶¹ Mais eficiente do ponto de vista da correção do procedimento acoimado de incorreto. Os mecanismos consensuais, tais como o termo de ajustamento de gestão, tem o condão de aprimorar o agir administrativo, de forma mais célere e econômica, gerando mais valor público ao cidadão, destinatário último dos serviços públicos fornecidos pelo Estado.

¹⁶² Veja-se, por exemplo, o termo de ajustamento de gestão previsto no Decreto n. 9.830, de 2019, como um claro exemplo do emprego de mecanismos onde é empregada a consensualidade na melhoria da gestão e na correção de equívocos do gestor.

¹⁶³ Como o emprego racional e equilibrado de instâncias colegiadas, como forma de legitimação e aprimoramento das decisões.

¹⁶⁴ Tais como o uso de consultas e audiências públicas, além da institucionalização da oitiva do gestor, como ocorreu com a Resolução 315 do TCU.



REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

BIBLIOGRAFIA

ACEMOGLU, Daron e ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais - ANAFE. **ANAFE ajuíza Ação Direta de Inconstitucionalidade contra alterações na Lei de Improbidade (LIA)**. Disponível em: <<https://anafenacional.org.br/anafe-ajuiza-acao-direta-de-inconstitucionalidade-contra-alteracoes-na-lei-de-improbidade-lia/>>. Acesso em: 30 de dez. de 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 20 Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BRAGA, André de Castro O. P. **Resolução 315 do TCU: início de uma revolução no controle?** Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/resolucao-315-do-tcu-inicio-de-uma-revolucao-no-controle-10032021>>. Acesso em: 03 de abr. de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>.

_____. **Decreto-Lei n. 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>.

_____. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>.

_____. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>.

_____. **Lei n. 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14230.htm>.

_____. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>.

_____. **Decreto n. 1.171, de 22 de junho de 1994.** Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>.

_____. **Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>.

_____. **Lei n. 10.180, de 6 de fevereiro de 2001.** Organiza e disciplina os Sistemas de Planejamento e de Orçamento Federal, de Administração Financeira Federal, de Contabilidade Federal e de Controle Interno do Poder Executivo Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>.

_____. **Lei n. 12.813, de 16 de maio de 2013.** Dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego; e revoga dispositivos da Lei n. 9.986, de 18 de julho de 2000, e das Medidas Provisórias ns 2.216-37, de 31 de agosto de 2001, e 2.225-45, de 4 de setembro de 2001. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>.

_____. Decreto n. 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>.

_____. Controladoria-Geral da União. **Portaria CGU n. 1.089, de 25 de abril de 2018.** Estabelece orientações para que os órgãos e as entidades

da administração pública federal direta, autárquica e fundacional adotem procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento de seus programas de integridade e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 30 nov. 2018.

_____. **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. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 30 nov. 2018

_____. **Decreto n. 9.830, de 10 de junho de 2019.** Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____.Tribunal de Contas da União. **Referencial básico de governança aplicável a organizações públicas e outros entes jurisdicionados ao TCU.** Edição 3 - Brasília: TCU, Secretaria de Controle Externo da Administração do Estado – SecexAdministração, 2020.

_____. Tribunal de Contas da União. **TCU aprova pacote de normas voltadas à racionalização e simplificação de procedimentos.** Portal TCU. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-aprova-pacote-de-normas-voltadas-a-racionalizacao-e-simplificacao-de-procedimentos.htm>>. Acesso em: 3 de abr. de 2021.

_____. Enap. **Capacidades estatais para produção de políticas públicas: resultados do survey sobre serviço civil no Brasil.** Brasília: Enap, 2018. 74 p. : il. (Cadernos Enap, 56).

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo,** 20 Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado pós-moderno.** Trad. Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Estado e ordem concorrencial.** Tradução de Thales Morais da Costa. Revistade Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 133-151, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49829>>. Acesso em: 4 dez. 2018.

_____. **As novas fronteiras do serviço público.** Interesse Público - IP Belo Horizonte, n. 51, ano 10Setembro/Outubro 2008 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=55458>>. Acesso em: 4 dez. 2018.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, quinta edição, 2010.

CONRADO, Márcio Macedo; MENEGUIN, Fernando B. **Impactos da Lei nº 13.655/2018 nos órgãos de controle e seus reflexos na Administração Pública**. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, out./dez. 2019.

COSTA, Paulo Henrique Sá. **O princípio da proteção da confiança aplicado à Administração Pública**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5126, 14 jul. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58790>>. Acesso em: 13 out. 2018.

COUTO E SILVA, Almiro do. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)**. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, n. 6, ano 2 Julho / Setembro 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12568>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

_____. **Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo**. *Revista de direito público*, nº 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

CUNHA, Marcia Borin da, *et all*. **Uma metodologia para avaliar as percepções de Ciência e Tecnologia dos estudantes**. Disponível em: <https://www.academia.edu/3141636/Uma_metodologia_para_avaluar_as_percep%C3%A7%C3%B5es_de_Ci%C3%A7ncia_e_Tecnologia_dos_estudantes>. Acesso em: 24 de abr. de 2021

DIPP, Gilson e CARNEIRO, Rafael Araripe. **Banalização do conceito de improbidade administrativa é prejudicial a todos**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-19/banalizacao-conceito-improbidade-prejudicialtodos>>. Acesso em: 25.07.2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**, 22. Ed., São Paulo: Atlas, 2009.

FALCÃO-MARTINS, Humberto e MARINI, Caio. 2014. **Governança pública contemporânea – uma tentativa de dissecação conceitual**. *Revista do TCU*, edição nº 130.

_____. 2010. **Um guia de governança para resultados na Administração Pública**. Publix.

FAVETTA, Flávia de Assis e TOMMASIELLO, Maria Guiomar Carneiro. **Percepções de ciência e de tecnologia de estudantes da área de humanas em nível de pós-graduação**. Disponível em:

<<http://revistapos.cruzeirosul.edu.br/index.php/rencima/article/download/413/346/0>>. Acesso em: 24 de abril de 2021.

FERRAZ, Luciano. **Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa**. Consultor Jurídico. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-LINDB-revogaparcialmente-lei-improbidade?imprimir=1>>. Acesso em: 23.07.2018.

FREEMAN, R. Edward and MCVEA, John. **A Stakeholder Approach to Strategic Management (2001)**. Disponível em:

<<https://ssrn.com/abstract=263511> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.263511>>. Acesso em: 31 de nov. de 2020.

GAETANI, Francisco. **A governabilidade da Administração Pública em jogo**. Valor Econômico. Disponível em:

<<https://www.valor.com.br/opiniao/5468781/governabilidade-da-administracao-em-jogo>>. Acessado em 25.07.2018.

_____. **Debate sobre políticas de gestão pública em el contexto de la OCDE: notas desde una perspectiva brasilena**. Revista del CLAD Reforma y Democracia, v. 44, p. 57-84, 2009.

_____, NOGUEIRA, Ronaldo Alves. **A questão do controle no debate de governança pública**. Boletim de Análise Político-Institucional, v. 19, p. 91, 2018.

GARCIA, Emerson. **Improbidade administrativa**. – 7ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 7 Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Filipe Lobo; SAMPAIO, Thyago Bezerra. **LINDB e argumentação jurídica: da efetiva motivação dos atos pelo administrador público para a superação dos conceitos jurídicos abstratos**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 41-58, out./dez. 2019.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direitoadministrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>>. Acesso em: 13.10.2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 3 Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LEMOS, B. Leany, RENNO, Lucio e POWER, Timothy J. **Supervisión, Control e Monitoreo en Brasil 1991-2012**. Em *Supervisión legislativa en América Latina*. México: FCE, CIDE, 2018.

MAIA FILHO, Napoleão Nunes. **Garantismo judicial e positivismo jurídico: elementos para uma teoria da jurisdição includente e efetiva**. Fortaleza: Impreco, 2017.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo e MOREIRA, Egon Boeckman. **Uma lei para o estado de direito contemporâneo**. Em *Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática*. Brasília: Senado Federal, 2015.

MARRARA, Thiago. *A boa-fé do administrado e do administrador como fator limitativo da discricionariedade Administrativa* in **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo**. Coordenadores: Rafael Valim, José Roberto Pimenta Oliveira, Augusto Neves Dal Pozzo; prefácio Almiro do Couto e Silva. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MENEGUIN, Fernando B.; SILVA, R. S. (org.). **Avaliação de impacto legislativo: cenários e perspectivas para sua aplicação**. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas. 2017.

Disponível em:

<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/535244>>.

_____. **Qual a quantidade ótima de intervenção judicial nas políticas públicas?** Brasil, Economia e Governo, fev/2014. Disponível em:

<<http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/02/10/qual-a-quantidade-otima-de-intervencao-judicial-nas-politicas-publicas/>>. Acesso em 13.06.2021.

_____. BUGARIN, Maurício S. **Incentivos à corrupção e à inação no serviço público: Uma análise de desenho de mecanismos**. Estud. Econômicos. Online. 2016. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0101-416146142mbf>>. Acesso em: 13.06.2021.

_____. BUGARIN, Maurício S. **A nova lei de improbidade administrativa e os incentivos à corrupção**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/nova-lei-de-improbidade-incentivos-corrupcao-09112021?amp>>. Acesso em 9 de novembro de 2021.

MOREIRA, João Batista Gomes. **Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática**. Prefácio de: Juarez Freitas. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MOURÃO, Licurgo. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a crise financeira do Estado**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 9-39, out./dez. 2019.

MUNIZ, Maria Luiza de Castro. **A Agenda contemporânea de gestão pública e seus desafios, na visão de Francisco Gaetani**. Boletim de Análise Político-Institucional, Brasília, n. 2, p. 31-37, ago. 2012.

MOORE, Mark Harrison. **Criando Valor Público: Gestão Estratégica no Governo**. Rio de Janeiro: Uniletras; Brasília: Enap, 2002.

NARDES, João Augusto Ribeiro e outros. **Governança Pública: o desafio do Brasil**. 3ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NIEBUHR, Joel de Menezes e NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Administração Pública do medo**. Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/administracao-publica-do-medo-23112017>>. Acessado em 25.07.2018.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de (org.). **Judicialização de políticas públicas no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2019.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Quem é o 'administrador médio' do TCU?** Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/queme-o-administrador-medio-do-tcu-22082018>>. Acessado em 13.10.2018.

_____. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br/wp/wpcontent/uploads/2018/04/PALMA-Juliana-A-proposta-de-lei-da-seguran%C3%A7ajur%C3%ADdica.pdf>>. Acesso em 13.10.2018.

_____. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei n. 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, ago. 2020. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012/78227>>. Acesso em: 08 Nov. 2020.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes (coord.) **Segurança jurídica e qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática**. Brasília: Senado, 2015.

_____. **Improbidade administrativa e o dolo genérico: O risco de ser gestor público**. Jota. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/improbidade-administrativa-e-o-dolo-generico-11082015>>. Acesso em: 21.07.2018.

REIS, Tiago. **Externalidade: analisando os efeitos indiretos que uma empresa pode causar**. Disponível em: <<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/externalidade/#:~:text=Externalidade%20positiva%3A%20Quando%20a%20atividade%20proporcio%20ganhos%20indiretos%2C,%C3%A9%20um%20conceito%20basicamente%20econ%C3%B4mico%2C%20originado%20da%20microeconomia>>. Acesso em: 26 de nov. de 2020.

ROSILHO, André. **Tribunal de Contas: competências, jurisdição e instrumentos de controle.** São Paulo: Quartier Latim, 2019.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Análise econômica do direito.** Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/41/edicao-1/analise-economica-do-direito>>.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo: risco e fuga da responsabilização de agentes públicos.** 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SILVA, Almiro do Couto e. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99).** *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP.* Belo Horizonte, n. 6, ano 2 Julho / Setembro 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=12568>>. Acesso em: 16 nov. 2020.

_____. **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo.** Coordenadores: Rafael Valim, José Roberto Pimenta Oliveira, Augusto Neves Dal Pozzo; prefácio Almiro do Couto e Silva. Belo Horizonte: Fórum, 2013. pp 23 e 26.

SILVA, Luiz Augusto da; DESIDÉRIO, Luiz Gustavo Mussolini. **Uma guinada pós-moderna no Direito Público brasileiro? Notas sobre a Lei nº 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).** *Revista de Direito Público da Economia – RDPE,* Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 183-202, jul./set. 2018.

SILVEIRA, Stefano José Caetano da. **Externalidades negativas: as abordagens neoclássicas e institucionalista.** *Rev. FAE,* Curitiba, v.9, n.2, p.39-49, jul./dez. 2006.

SOARES, Emília Salgado. **Externalidades negativas e seus impactos no mercado.** São Paulo: EAESP/FGV, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos.** 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari, MARQUES, Floriano de Azevedo, MOREIRA, Egon Bockmann et. al. **Segurança Jurídica e Qualidade das Decisões**

Públicas: desafios de uma sociedade democrática (Estudos sobre o Projeto de Lei n. 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público). Disponível em: <<http://anastasia.com.br/wp-content/uploads/2015/09/segurancajuridica.pdf>>. Acessado em: 20 jan. 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da Atuação do Judiciário.** 1 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2012.

VALIM, Rafael, OLIVEIRA, José Roberto Pimenta e DAL POZZO, Augusto Neves. **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo.** Prefácio Almiro do Couto e Silva. – Belo Horizonte: Fórum, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Transigibilidade na Administração Pública: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI.** Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 123, p.9-18, maio 2011.

_____. **Eficiência administrativa, pluralismo e hipercomplexidade: no vas fronteiras de compreensão de um velho problema.** Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte - RPGMBH, Belo Horizonte, ano 3, n. 6, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70745>>. Acesso em: 4 dez. 2018.

WIMMER, Miriam. **Pluralismo jurídico e as transformações do Estado contemporâneo.** Revista de Direito Público da Economia - RDPE, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 183-207, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=49827>>. Acesso em: 4 dez. 2018.

ZYLBERSTAJN, D.; STAJN, R. **Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.



idn

A ESCOLHA QUE
TRANSFORMA