RDPC

Revista de Direito Público Contemporâneo

ISSN 2594-813X

RDPC

Revista de Direito Público Contemporâneo

Ano nº 08 | Volume nº 01 | Edição Nº 01 | Janeiro/Junho 2024
Año nº 08 | Volumen nº 01 | Edición Nº 01 | Enero/Junio 2024

Fundador:
Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ/UNIRIO.

Editor-Chefe | Editor-Jefe:
Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, UFRRJ/UNIRIO.

Co-Editor | Coeditor:
Prof. Dr. Alexander Espinoza Rausseo, Universidad d Las Americas.

Revista de Direito Público Contemporâneo
Revista de Derecho Público Contemporáneo
Journal of Contemporary Public Law

Conselho Editorial Internacional | Consejo Editorial Internacional
International Editorial Board

Sr. Alberto Levi, Università di Modena e Reggio Emilia, Emilia-Romagna, Itália.
Sr. Alexander Espinoza Rausseo, Instituto de Estudios Constitucionales, IEC, Caracas, Venezuela.
Sr. Jorge Miranda, Universidade de Lisboa, ULISBOA, Lisboa, Portugal.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACh), Valdivia, Región de los Ríos, Chile, Chile
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha.
Sra. María Laura Böhm, Universidade de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.
Sr. Mustava Avci, University of Anadolu Faculty of Law, Eski?ehir, Turquia.
Sr. Olivier Deschutter, New York University, New York, USA.

Conselho Editorial Nacional | Consejo Editorial Nacional
National Editorial Board

Sra. Adriana Scher, Centro Universitário Autônomo o do Brasil, UNIBRASIL, Curitiba, PR.
Sra. Ana Lúcia Pretto Pereira, Centro Universitário Autônomo do Brasil, UniBrasil, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, Brasil.
Sr. Braulio de Magalhães Santos, Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, FundaÃ§Ã£o GetÃºlio Vargas, FGV, SÃ£o Paulo, SP, Brasil.
Cavichioli Paulo Afonso Cavichioli Carmona, UNICEUB - Centro Universitário de Brasília, Brasil
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sr. Diogo R. Coutinho, Universidade de São Paulo, USP. São Paulo, Brasil.
Sr. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (in memoriam), Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Emerson Gabardo, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural e do Estado do Rio de Janeiro, UFRRJ/UNIRIO, RJ, Brasil.
Sr. Eros Roberto Grau, Instituto Brasiliense de Direito Público, IDP, Brasí-lia, DF, Brasil.
Sr. Flávio Roberto Baptista, Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, SP, Brasil.
Frederico Augusto Pasdchoal, Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, Santa Catarina, Brasil., Brasil
Sr. Ingo Sarlet, Pontifí-cia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC, RS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, PUC-SP, São Paulo, Brasil.
Sr. Jamir Calili, Universidade Federal de Juiz de Fora, Governador Valadares, MG, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piripiri, PI, Brasil.
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, UNIRIO, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Curitiba, PR, Brasil.
Sr. Philip Gil França, Pontifí-cia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil
Sr. Rafael Santos de Oliveira, Universidade Federal de Santa Maria, UFSM, Santa Maria, RS, Brasil.
Sra. Regina Vera Villas Boas, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, São Paulo, SP, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil.
Sr. Yuri Schneider, Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC, SC, Brasil.

Avaliadores | Evaluadores | Evaluators

Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal 2
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, US, Sevilha, Espanha. 2
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil.2
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, UFRRJ, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Antonio de Oliveira, Universidade Santa Cecília, UNISANTA, São Paulo, SP, Brasil. 2
Sr. Manoel Messias Peixinho, Pontifícia Universidade Católica, PUC, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Dr. Plauto Cavalcante Lemos Cardoso, Associação Argentina de Justiça Constitucional (AAJC), Brasil 2
Sra. Samara de Oliveira Pinho, Universidade Federal do Ceará, UFC, Ceará, Brasil.
Sr. Yan Capua Charlot, Universidade Federal do Sergipe, Aracaju, SE, Brasil., Brasil 2

O ERRO GROSSEIRO E OS DESAFIOS NA CONTENÇÃO DOS EXCESSOS DO CONTROLE EXTERNO

GROSS ERROR AND THE CHALLENGES IN CONTAINING THE EXCESS OF EXTERNAL CONTROL

Rodrigo Grazinoli Garrido[1]
Sandro Rafael Matheus Pereira[2]

RESUMO

O medo de sanções aplicadas pelos órgãos de controle externo da Administração Pública tem gerado paralisia decisória por partes dos gestores públicos, o que já se denomina "apagão das canetas". A Lei nº 13.655/2018, ao acrescentar novos dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), surge como uma tentativa de mitigar esse problema. Com a inclusão do artigo 28 na LINDB, a responsabilização dos agentes públicos passa a ocorrer somente em casos de dolo ou erro grosseiro. Exige-se, assim, que os órgãos de controle fundamentem suas decisões de forma mais detalhada, levando em consideração as circunstâncias fáticas e as dificuldades de cada caso concreto. Com base em um estudo exploratório, a partir de levantamento descritivo documental da doutrina, da legislação aplicável e de decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), o artigo analisa tais disfunções do controle externo, discutindo suas implicações para a administração pública, com possíveis efeitos do disposto no artigo 28 da LINDB. Assim, verificou-se que a exigência de examinar o erro grosseiro impôs ao órgão controlador um ônus

[1] Biomédico, Licenciado em Biologia e Graduado em Segurança Pública. Especialista em Direito Processual Penal, em Análises Clínicas, em Bioética e em Gestão Escolar. Mestre em Ciências Farmacêuticas e Doutor em Ciências. Realizou diversos cursos de aperfeiçoamento em Bioética e Ciência Forense. Concluiu estágio de Pós-doutoramento no departamento de Genética da UFRJ. Atua como Perito Criminal da Secretaria de Estado de Polícia Civil - SEPOL/RJ, tendo desenvolvido atividades no Instituto de Criminalística Carlos Éboli-ICCE, no qual foi Chefe do Serviço de Perícias de Petrópolis-RJ. Atualmente, atua no Instituto de Pesquisa e Perícias em Genética Forense-IPPGF, onde ocupa o cargo de Diretor. É Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito-FND/UFRJ e da UCP, atuando nos Cursos de Graduação em Direito e Biomedicina e no Mestrado em Direito-PPGD da UCP.

[2] Auditor e diretor de Secretaria do Tribunal de Contas da União (TCU), mestrando em Direto, professor, advogado e economista.

argumentativo que vai além da mera afirmação de que o ato questionado violou a lei, o que pode levar a análises mais justas e qualificadas, minimizando os efeitos disfuncionais na decisão do gestor público.

PALAVRAS-CHAVES: Apagão das canetas. Responsabilização de agentes públicos. Controle Externo. Erro grosseiro.

ABSTRACT

The fear of sanctions applied by the external control bodies of the Public Administration has generated decision-making paralysis by public managers, which is already called "pens blackout". Law No. 13,655/2018, by adding new provisions to the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law (LINDB), emerges as an attempt to mitigate this problem. With the inclusion of Article 28 in the LINDB, the liability of public agents now occurs only in cases of intent or gross error. Thus, it is required that the control bodies justify their decisions in a more detailed way, taking into account the factual circumstances and difficulties of each concrete case. Based on an exploratory study, based on a descriptive documentary survey of the doctrine, the applicable legislation, and decisions of the Federal Court of Accounts (TCU), the article analyzes such dysfunctions of external control, discussing their implications for the public administration, with possible effects of the provision of external control.

KEYWORDS: Pen blackout. Accountability of public officials. External control. Gross error

1 INTRODUÇÃO

O controle externo da Administração Pública, nos termos da Constituição Federal de 1988, desempenha papel essencial na promoção da legalidade, economicidade e combate à corrupção no setor público. No entanto, a evolução desse sistema de fiscalização, especialmente com o fortalecimento dos órgãos de controle, trouxe à tona um fenômeno preocupante: o denominado “apagão das canetas”. Esse termo é usado para descrever a paralisia na tomada de

decisões por parte dos gestores públicos, causada pelo receio de punições pelos órgãos de controle, o que pode levar à ineficiência administrativa.

A origem do conceito remete a um contexto no qual os gestores, ao invés de inovar ou buscar soluções criativas, limitam-se a fazer o mínimo necessário, sem assumir riscos, para evitar futura responsabilização pessoal.

A crítica à atuação excessiva dos órgãos de controle, sobretudo no Brasil, está ligada a aspectos ideológicos, normativos e estruturais, que, em última instância, estariam comprometendo a eficiência e a qualidade da gestão pública. Questiona-se, ainda, a falta de critérios legais para distinguir os gestores desonestos daqueles que, embora bem-intencionados, cometem erros sem dolo ou má-fé.

Esse quadro revelava a necessidade de uma legislação que proporcionasse um ambiente mais seguro e estável para a implementação de soluções administrativas inovadoras, permitindo que o gestor público íntegro e honesto pudesse agir sem o receio de retaliações dos órgãos de controle externo, caso suas decisões fossem interpretadas como inadequadas pelo poder judiciário, ministério público ou tribunais de contas.

A Lei nº 13.655/2018, resultado de estudos acadêmicos realizados por Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto[3], traz em seu preâmbulo o propósito de conferir maior segurança jurídica nas relações entre o Estado e a sociedade, além de promover a eficiência na criação e aplicação do direito público.

A referida norma acrescentou dez novos dispositivos ao Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), do art. 20 ao 30, com destaque para o novo regime de responsabilização dos agentes públicos previsto no art. 28, segundo o qual "o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro"[4].

[3] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A proposta de Lei da Segurança Jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas.** Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. 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 02/02/2025.

[4] BRASIL. Lei nº 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. Disponível em:

Nesse contexto, este artigo busca analisar as disfunções do controle externo, com ênfase no fenômeno do "apagão das canetas", e discutir suas implicações para a administração pública. Com base em um estudo exploratório, portanto, apoiado em levantamento descritivo documental da doutrina, da legislação aplicável e de decisões do Tribunal de Contas da União (TCU), serão analisadas as causas desse problema e de que forma o disposto no artigo 28 da Lei nº 13.655/2018 pode mitigar seus efeitos, garantindo uma atuação mais equilibrada do controle.

2 AS DISFUNÇÕES DO CONTROLE EXTERNO E O FENÔMENO DO "APAGÃO DAS CANETAS"

O fenômeno do "apagão das canetas" seria resultado de um empoderamento desmedido que se atribuiu aos órgãos de controle externo, sobretudo com a Constituição Federal de 1988 e os instrumentos legislativos de combate à corrupção que lhe sucederam[5]. Criou-se, assim, um ambiente institucional propício para o fortalecimento da atividade controladora do Estado, reconhecidamente fundamental para o regime republicado e democrático, mas que, com o decorrer dos anos, teria passado a ser exercida de modo disfuncional e atentatória à separação dos poderes.

No cenário acima descrito o ato de "administrar" estaria deixando de ser uma atividade precipuamente orientada à concretização de políticas públicas em benefício da sociedade para se transformar numa espécie de engrenagem burocrática na qual os agentes estatais apenas se dispõem a fazer o mínimo necessário para manter a máquina administrativa em funcionamento, num ambiente em que ninguém quer assumir riscos ou fazer qualquer movimento em direção a soluções inovadoras ou criativas. Isso se deve ao receio permanente de que, no futuro próximo, poderão vir a ser questionados e sancionados pela

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 21/2/2025.

[5] SANTOS, Rodrigo Valgas do. **Direito Administrativo do Medo [livro eletrônico]: risco e fuga da responsabilização de agentes públicos**. 1 ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

atuação dos órgãos de controle externo com consequências severas sobre suas esferas de direitos individuais[6].

A origem da expressão “apagão das canetas” surge no âmbito das publicações sobre o Direito Administrativo do medo. A relação entre o medo e o Direito Administrativo fez com que a expressão fosse utilizada pela primeira vez em 2015, por Rodrigo Valgas dos Santos, durante o II Congresso da Advocacia Sul Catarinense[7].

A partir de então, a expressão passou a ser utilizada por diversos doutrinadores em obras acadêmicas, bem como pela comunidade jurídica em geral, para se referir às disfuncionalidades produzidas pela atuação excessiva e desproporcional dos órgãos de controle sobre os agentes públicos e que tem acarretado paralisia e ineficiência administrativa.

No artigo intitulado "O risco de ‘infantilizar’ a gestão pública," o Ministro do TCU Bruno Dantas discute como a hipertrofia do controle na administração pública pode levar a um "apagão decisório”. Dantas argumenta que o fortalecimento excessivo dos órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público, pode inibir a tomada de decisões inovadoras pelos gestores públicos. Ele destaca que essa situação resulta em um comportamento semelhante ao de crianças inseguras, que hesitam em agir por medo de represálias dos pais opressores[8].

Decerto que administrar é um processo constante de tomada de decisões ante a realidade que se apresenta para o gestor, envolvendo, em muitos casos, situações de incerteza e de riscos quanto à alternativa que melhor atenderá ao interesse público. O receio de escolher uma decisão que, mais tarde, poderá ser contestada pelo controlador externo, com risco de responsabilização pessoal, acaba fazendo com que a não decisão se torne uma opção mais atrativa para o gestor do que ter que decidir, ou seja, ter que utilizar a “caneta”.

[6] NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – paradigmas para intepretação e aplicação do Direito Administrativo**. São Paulo: Contracorrente, 2019.
[7] SANTOS, *op. cit*.
[8] DANTAS, Bruno. **O risco de ‘infantilizar’ a gestão pública.** O Globo, 7 jan. 2018. Disponível em: https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401. Acesso em 10/10/2024.

Marques Neto e Véras sugerem que existe um sistema legislativo voltado ao combate à corrupção estatal, projetado e estruturado para identificar e punir gestores desonestos[9]. No entanto, esse sistema teria deixado o gestor íntegro e honesto sem o devido amparo normativo.

A ausência de uma distinção clara no ordenamento jurídico entre gestores desonestos e aqueles que agem de boa-fé, mas que eventualmente cometem equívocos (sem dolo, corrupção ou locupletamento), permite que leis criadas para sancionar práticas irregulares sejam aplicadas indiscriminadamente.

Órgãos de controle externo acabariam utilizando o mesmo conjunto de normas tanto para corruptos quanto para gestores que, por erro, agiram de forma inadequada. Embora erros sejam comuns em qualquer atividade, não devem ser confundidos com fraude ou má-fé. Essa falta de critério nos órgãos de controle geraria paralisia, uma vez que os agentes públicos hesitam em assumir responsabilidades, temendo consequências negativas, pois o medo de sanções pessoais ao menor desvio legal os inibiria de tomarem decisões.

Acerca do medo de decidir atribuído aos excessos do controle, Palma afirma que:

> (...) não é de hoje que estudiosos da burocracia e de direito administrativo apontam para um quadro de paralisia decisória na esfera pública. Gestores públicos devem decidir, mas não querem assinar atos e contratos. Temem serem pessoalmente responsabilizados porque o controlador teve uma interpretação distinta da sua e, assim, reputou a decisão como um ato ilícito. Receiam ter de enfrentar inquéritos administrativos, serem questionados, prestarem esclarecimentos, serem constrangidos a assinar termos de ajustamento de gestão ou termos de ajustamento de conduta, figurarem no polo passivo de ações civis públicas de improbidade administrativa, virarem autoridades coatoras, lidarem com processos administrativos disciplinares, não fazerem jus aos benefícios da categoria e serem retaliados entre seus pares[10].

[9] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. **O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto**. Revista Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>. Acesso em 27/12/2024.

[10] PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A proposta de lei da segurança jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**. Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp.

Trata-se de um estado de coisas em que o enfoque excessivamente punitivista acaba inibindo administradores honestos e qualificados de assumirem funções públicas relevantes. O agente público tenderia a declinar de qualquer função de ordenador de despesa e a agir de modo a não querer correr riscos no exercício de suas funções.

Assim, haveria uma espécie de inversão da lógica de atuação dos gestores públicos. Ao invés de destinar energia e trabalho para decidir sobre as melhores alternativas no que se refere à consecução do interesse coletivo, o medo do controle externo faz com que o administrador altere a escala de valores no exercício de suas funções, passando a se ocupar prioritariamente com a autopreservação, por intermédio de mecanismos de blindagem decisória ou atribuição de responsabilidade a terceiros.

Esse fenômeno, regra geral, teria origem em três fatores: i) de fundo ideológico, em razão do voluntarismo dos controladores de combater a corrupção e da falta de deferência ao gestor público, ii) de natureza legal, pela hiperinflação legislativa que dificulta a atuação do gestor público, como também pelo ambiente regulatório que, em muitos casos, contém normas que estão impregnadas de princípios e conceitos jurídicos indeterminados; e iii) de ordem estrutural, haja vista as alegadas desigualdades existentes entre as estruturas administrativas e condições de trabalhado de que desfrutam os agentes controladores e controlados.

2.1 A questão ideológica – "não sei por que eu estou batendo, mas ele sabe por que está apanhando"

Ao tratar das disfunções do controle da Administração Pública, Santos relata haver um tipo de animosidade que orbitaria o imaginário dos órgãos de persecução do Estado, no sentido de olhar para o gestor público sempre com desconfiança[3]. Por esse motivo, não se sentiriam constrangidos de açodadamente indicar "culpados" pela ocorrência de ilícitos, por meio de

Disponível em https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf. Acesso em: 05/02/2025.

incriminações superficiais, cabendo aos agentes envolvidos direta ou indiretamente com o fato apontado como irregular o ônus de apresentar prova em contrário da acusação que recaí sobre eles.

Haveria certa inversão de valores, partindo-se da premissa de que todo agente público, especialmente os políticos, são desonestos, ímprobos, corruptos e antiéticos. Mal comparando, a crítica à atuação do controle no Brasil, sob o viés ideológico, parece guardar paralelo com conhecida expressão popular, segundo a qual se diz: “eu não sei por que eu estou batendo, mas ele sabe por que está apanhando”.

Os órgãos de controle teriam – por vezes – viés ideológico cujos fundamentos residem “na crença de que os agentes públicos (mormente políticos) exercem suas funções com desvios éticos e burla à legalidade, assumindo postura pouco deferente com aqueles que desempenham função administrativa”[11]

Uma das implicações dessa desconfiança seria a tentativa de apropriação de parcela da atribuição constitucional precípua dos gestores públicos pela instância controladora. Em outras palavras, a falta de credibilidade nas decisões dos gestores legitimaria o órgão de controle a invadir o espaço de discricionariedade próprio da atividade administrativa.

Essa situação se torna ainda mais problemática quando o controle é realizado de forma posterior, em que o controlador utiliza seus próprios critérios para questionar as escolhas do gestor e responsabilizá-lo por não ter adotado a opção que, na sua visão, melhor atenderia o interesse público. Todavia, sem ponderar as dificuldades práticas que se apresentavam e que de certa maneira condicionaram a escolha do agente público[12].

Santos segue na mesma trilha ao mencionar que:

> Não raro os órgãos de controle acreditam que o espaço da política e da administração pública são – de regra – exercidos com falta de ética e com desonestidade, levando ao menoscabo dos agentes políticos submetidos ao controle jurisdicional, frequentemente levando os Tribunais

[11] SANTOS, *op. cit*., p. 38.
[12] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Os grandes desafios do controle da Administração Pública. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 730, abr. 2010, p. 29.

> de Contas, o Judiciário e o Ministério Público à tentação de "administrarem" e definirem as escolhas que lhes pareçam mais adequadas e, mais que isso, responsabilizando os agentes públicos pelas decisões por eles adotadas ainda que fundamentadas e amparadas no direito, mas discrepantes dos parâmetros fixados pelos órgãos de controle externo. Tal postura - ainda que não generalizável – realmente amedronta. Em especial, a desconfiança recai no agente político, cujos episódios de envolvimento com corrupção divulgados pela mídia, ainda que não sejam regra, já são suficientes para gerar permanente estado de dúvida acerca da credibilidade das decisões administrativas por eles tomadas, o que em última análise tira a legitimidade da sua decisão – com consequente falta de deferência dos órgãos de controle – levando à grande interferência dos órgãos de controle externo na atividade administrativa[13].

Por essa linha de raciocínio, no afã de fazer avançar operações contra corrupção, muitas vezes sob os holofotes da mídia e da opinião pública, o controlador, a pretexto de restabelecer a legalidade que se diz violada, não teria dificuldade de passar "para o outro lado do balcão" e exercer, não raras vezes, a competência precípua que a lei reserva ao administrador público no tocante à escolha acerca da melhor forma de realizar o interesse público, sem, contudo, repisa-se, assumir os ônus e repercussões que normalmente envolvem as decisões administrativas.

2.2 A questão dos princípios – a "geleia geral em que tudo é possível"

Nenhum outro ramo do direito é tão permeado por normas de conteúdo principiológico como o Direito Administrativo. Em geral, as legislações estão impregnadas pelos chamados "conceitos jurídicos indeterminados", cujo sentido e extensão são incertos, ou seja, são dotados de fluidez e imprecisão quando analisados abstratamente[9].

Apenas para citar um exemplo do que ora se apresenta, basta uma simples leitura do art. 5º da nova de lei de licitações e contratos (Lei 14.133/2021):

[13] SANTOS, *op. cit*., p. 85.

> Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

De certo modo, no Direito Administrativo, a escolha por normas de alcance mais aberto está associada à discricionariedade administrativa[14]. O próprio legislador reconhece que, em muitos casos, o modelo abstrato legal e fechado não é capaz de antever todos os problemas e definir as possíveis soluções ante uma realidade pulsante e dinâmica, o que o leva a preferir esquemas normativos mais abertos e menos engessados.

Nesse passo, sem deixar de delimitar as diretrizes e princípios a serem observados pelos órgãos e entidades executores das políticas públicas, a lei, propositadamente, pode conferir maior grau de liberdade aos gestores públicos para que façam a escolha que melhor atenda ao interesse coletivo, pois, em tese, quem está mais próximo do problema possivelmente encontrará a solução mais adequada para enfrentá-lo[15].

A crítica feita à atuação dos órgãos de controle quando envolve a aplicação de conceitos com alto grau de indeterminação refere-se à iniciativa do controlador de se substituir à discricionariedade do gestor público, estabelecendo qual deveria ter sido a decisão mais adequada para a concretização do interesse público.

A pluralidade de possíveis soluções contidas nesses tipos de normas de conteúdo aberto enseja dificuldades naturais para a determinação de qual seria a solução mais satisfatória em cada caso concreto. Portanto, não seria justo e

[14] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
[15] CARVALHO. Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Parte Geral. Intervenção do Estado e Estrutura da Administração, Salvador: editora JusPODIVM, 2008.

leal por parte dos órgãos controladores, valendo-se da multiplicidade de sentidos que poderá comportar um conceito jurídico indeterminado, buscar a responsabilização do agente público porque ele não escolheu a opção que, aos olhos do órgão de controle, e após os acontecimentos, era a que dava a melhor resposta ao problema da vida real.

Ao examinar a produção acadêmica sobre o assunto, Palma observa que há uma linha de pesquisa crítica ao controle externo da Administração Pública, segundo a qual os estudos indicariam que, "não raro, os órgãos de controle reputam a decisão administrativa válida ou inválida com base em princípios ou conceitos jurídicos indeterminados"[16]. Trata-se, assim, conclui a pesquisadora, de um modo de decidir fundado demasiadamente em princípios, citando como exemplo a Lei 8.249/92, cujo art. 11 enumera os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública.

Conforme Sundfeld e Marques Neto, assiste-se a um verdadeiro paradoxo no processo de produção das normas que regem a ação da Administração Pública, pois, de um lado, quanto mais se avança na confecção de leis, por outro, mais se aprofundaria a precarização da segurança jurídica. Quanto mais se intensifica a atuação dos órgãos de controle, maior seria a imprevisibilidade e incerteza dos resultados dessa expansão, servindo de porta de entrada para violação de direitos fundamentais[17].

De acordo com Justen Filho[18], a atual tendência de proliferação de normas revestidas de elevado grau de abstração e generalidade é explicada, em parte, pelo que o jurista italiano Massimo Severo Giannini chama de sociedade multiclasse, marcada pela participação de várias classes e grupos de interesse na cena política, o que dificultaria a aprovação pelos parlamentos de proposições que afetem interesses específicos. Dessa maneira, as normas de conteúdo geral e impreciso acomodariam melhor os conflitos resultantes dessa alta representatividade política.

[16] PALMA, *op. cit.,* p. 4

[17] SUNDFELD, Carlos Ari e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Contratações públicas e seu controle**. Capítulo 12. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). São Paulo: Malheiros, 2013.

[18] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

O referido autor também relaciona a produção de normas gerais e abstratas à tentativa de se mitigar o risco da obsolescência do Direito frente ao ritmo acelerado das transformações sociais, econômicas e tecnológicas, "envolvendo o surgimento de novas necessidades, a criação de soluções tecnológicas inovadoras e a superação de tradições e preconceitos, num ambiente de comunicação global imediata"[19].

Nesse quadro, soluções legislativas abstratas poderiam produzir respostas mais adequadas para o enfretamento dos novos problemas da realidade em constante mutação, sem que seja necessário despender o grande esforço que comumente se emprega nas alterações legislativas formais.

No entanto, reconhece que a multiplicidade de leis principiológicas, marcadas pelo elevado grau de abstração, gera incerteza na aplicação do direito. Isso porque a fluidez dos princípios e a possibilidade de múltiplas decisões fundadas em normas abertas dificultam sobremaneira a previsibilidade da solução administrativa que será adotada para cada caso concreto[20].

Já Santos traça um cenário bem mais preocupante ao se referir aos excessos que têm sido cometidos pelos órgãos fiscalizadores na aplicação dos princípios como artifício para fundamentar toda e qualquer condenação do agente público, sobretudo quando se assume uma postura essencialmente punitivista, pois haveria sempre um princípio "na prateleira" para dar verniz de legalidade às alegadas arbitrariedades do controlador[21].

Sundfeld observa uma tendência das autoridades de recorrerem a decisões superficiais, ou seja, desconectadas com a complexidade do caso concreto, em que a invocação de fórmulas verbais abertas, a exemplo da expressão "interesse público", serve frequentemente para respaldar decisões distintas e até mesmo de conteúdo contraditório, prestando-se, em algumas situações, a encobrir preferências pessoais da autoridade estatal. Vive-se "hoje um ambiente de 'geleia geral' no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão"[22].

---

[19] *Ibid.*, p. 325

[20] JUSTEN FILHO, *op. cit.*

[21] SANTOS, *op. cit.*

[22] SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

Ressalta, ainda, que a opção por decisões simplistas decorreria da preguiça do agente investido de competência para decidir. Preguiça aqui, adverte o autor, não tem a ver com a ausência de dedicação ao trabalho do servidor, mas, sim, do ceticismo quanto à viabilidade e utilidade do aprofundamento da decisão. Conclui que essas decisões simplistas, que apelam a normas abertas, têm gerado insegurança jurídica no país, conduzindo a um processo decisório imprevisível[23].

É interessante notar que, embora a Lei nº 13.655/2018 tenha sido criada para combater o uso de conceitos abstratos e vagos pela instância controladora, o próprio texto legal recorre a termos igualmente imprecisos e vagos ao definir o alcance de algumas de suas disposições. Exemplos disso são a utilização de conceitos jurídicos indeterminados como "necessidade", "adequação", "erro grosseiro", "dificuldades reais", entre outros.

2.3 A questão da ausência de paridade de armas entre controlador e controlado

O sistema jurídico normativo evoluiu no sentido de fortalecer e incentivar o controle da atividade pública, por meio de um arcabouço normativo que valoriza e exige condutas íntegras, éticas e probas, empoderando a atuação dos controladores externos. Cite-se, por exemplo, a criação do sistema de Gestão da Ética do Poder Executivo Federal – Decreto nº. 6.029, de 1 de fevereiro de 2007; A Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa); a Lei Anticorrupção – Lei nº. 12.846, de 1 de agosto de 2013; a Lei de Acesso à Informação – Lei nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011; a Lei que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da Administração Pública – Lei nº. 13.460, de 26 de junho de 2017, a Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Lei do Pacote Anticrime), entre outras.

Ademais, os órgãos de controle, investidos de autonomia administrativa e financeira, ostentariam orçamentos robustos e, em geral, não sujeitos a contingenciamentos efetuados pelo Poder Executivo, o que lhes permitiria

[23] *Ibid.*

investir de forma regular e permanente em infraestrutura e modernização de seus instrumentos de atuação.

Em contrapartida, tal realidade não encontraria paralelo na maior parte das repartições administrativas que respondem pela execução das políticas públicas, especialmente no âmbito municipal, em que ainda predominam estruturas administrativas frágeis e precárias, carentes de profissionais qualificados e bem remunerados, sofrendo sérias limitações financeiras e que não dispõem de sistemas de governança capazes de auxiliar os gestores públicos (agentes políticos e administrativos) no processo de tomada de decisões.

Nesse contexto, segundo a crítica de Sundfeld, a relação entre controlador e controlado tende a ser desigual, na qual o elo mais fraco (controlado) passa a ceder cada vez mais espaço de sua discricionaridade ao controlador, cuja atuação tem avançado para terrenos tradicionalmente reservados aos domínios dos gestores.

Ademais, embora bem-intencionados, os controladores sempre poderiam manobrar com maior destemor e voluntarismo, ainda que as consequências de suas intervenções se mostrem equivocadas para o interesse público, visto que os cargos que ocupam lhes conferem independência e autonomia para agirem conforme suas convicções e dificilmente serão responsabilizados civil ou criminalmente pelo insucesso de suas ações, seja na esfera administrativa ou judicial.

3 O ERRO GROSSEIRO COMO EXIGÊNCIA PARA A RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS

Embora se reconheça que a atuação do gestor público está, desde o início, condicionada à expectativa de controle — o que, em geral, é positivo para garantir as precauções necessárias na administração de interesses alheios —, um controle disfuncional, excessivo e asfixiante, ou que ignore a realidade sobre a qual incidirão as medidas interventivas, pode criar um ambiente de insegurança jurídica e paralisia decisória. Isso resultará em efeitos prejudiciais à eficiência da gestão e à promoção de uma boa administração pública.

Desse modo, o art. 28 da LINDB, ao estabelecer que o gestor responderá por seus atos apenas nos casos de dolo ou erro grosseiro, buscou a ampliar o espaço de tolerabilidade ao erro no desempenho da atividade administrativa, de modo que os agentes públicos possam transitar com tranquilidade por caminhos que conduzam a escolhas mais eficientes e inovadoras, sem o receito da responsabilização pessoal.

Nesse sentido, Binenbojm e Cyrino defendem que:

> O art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) surge nesse cenário. Era preciso cuidar do gestor que quer fazer uma boa administração a partir de abordagens inovadoras, mas tem medo de agir. O legislador precisava lidar com o receio de qualquer espécie de criatividade administrativa, de não se querer assumir o risco do erro. Com efeito, o rigoroso sistema de controles administrativo, que nem sempre é suficiente para inibir casos graves de má gestão e corrupção acaba por dissuadir a ação daqueles que poderiam sugerir mudanças. Dorme tranquilo quem indefere, dizia Marcos Juruena.
> O art. 28, LINDB, tem o escopo de proteger o gestor com boas motivações.8 Para que ele possa assumir o risco de deferir e dormir bem. Do mau administrador continuam tratando os inúmeros estatutos de controle da moralidade administrativa (Lei de Improbidade Administrativa, Lei Geral de Licitações etc.). A LINDB, no seu art. 28, quer tutelar o administrador com incentivos positivos de inovação no trato da coisa pública[24].

Assim, observa-se que a lei surgiu de um movimento impulsionado pela academia, o qual foi acolhido pelo Parlamento, como uma resposta ao fenômeno denominado "apagão das canetas". Por meio do artigo 28 da LINDB, estabelece-se, na prática, um novo regime de responsabilização dos agentes públicos, fundamentado em uma espécie de cláusula geral de erro administrativo. Essa cláusula é, inclusive, apresentada como um antídoto à alegada desproporcionalidade com que os órgãos de controle externo têm conduzido suas investigações e aplicado sanções aos gestores públicos.

[24] BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista Direito Administrativo, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro - LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 203-224, nov. 2018, p. 212.

O dolo, entendido como a intenção livre e consciente de causar um resultado ilícito, não gera grandes controvérsias conceituais, uma vez que sua aplicação já está bem estabelecida na legislação civil e penal.

Já a definição de erro grosseiro apresenta importância fundamental para a aplicação do art. 28 da LINDB. O conceito é vago e nebuloso no plano legislativo. Resulta daí que a instância controladora acaba dispondo de uma ampla moldura para definir o que, na sua perspectiva, configura um "erro grosseiro", cuja densificação do conceito dependerá de uma construção jurisprudencial mais sólida.

É importante destacar que o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, regulamentou os artigos 20 a 30 da LINDB[25]. Embora tenha sido emitido pelo Chefe do Poder Executivo Federal e, portanto, não tenha caráter impositivo para os órgãos judiciais e de controle externo, o decreto oferece diretrizes interpretativas que podem auxiliar na aplicação da Lei nº 13.655/2018. Além disso, pode fixar um parâmetro de comparação sobre o que se espera da atuação administrativa no âmbito do Executivo Federal.

De acordo com o art. 12, § 1º, do Decreto nº 9.830/2019, "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". Cumpre observar que o Tribunal de Contas da União (TCU) tem seguido a mesma trilha, no sentido de definir o erro grosseiro com aquele que decorre de "grave inobservância do dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave" (Acórdão 2924/2018-Plenário, Relator: José Mucio Monteiro).

Um número significativo de decisões do TCU estabelece uma equivalência conceitual entre "erro grosseiro" e "culpa grave". Dada a quantidade de acórdãos proferidos pelo plenário e pelas duas turmas da Corte que seguem

[25] BRASIL. **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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9830.htm. Acesso em: 7/3/2025.

essa linha de entendimento, pode-se inferir que se trata de uma posição predominante naquela importante instância controladora[26].

Portanto, somente o erro grosseiro ou flagrantemente evitável, nos termos da lei, poderá conduzir a algum tipo de responsabilização pessoal. Assim, a valoração da culpa, em cuja faixa de gradação se encontra o erro grosseiro (culpa grave), passa a assumir papel decisivo na imputação de responsabilidade do administrador público. É dizer, a métrica do erro grosseiro passa a operar como uma exigência das decisões condenatórias proferidas pelas esferas administrativa, controladora e judicial.

3.1 A análise do erro grosseiro como fundamento indispensável à decisão do controlador e do controlado.

A motivação das decisões dos órgãos de controle é o principal elemento que separa o exercício arbitrário do poder daquele que se alinha aos princípios de um regime democrático[27]. Desse modo, é imprescindível que as decisões sejam fundamentadas com clareza e racionalidade, explicitando os motivos e as razões que orientaram o posicionamento adotado pelo julgador em cada caso concreto, de acordo com o que prevê o artigo 93, incisos IX e X, da Constituição Federal.

[26] Consulta à Jurisprudência Selecionada na página do Tribunal de Contas da União na internet, utilizando os operadores de pesquisa “erro adj grosseiro” e “culpa adj grave”, permitiu selecionar 21 (vinte e um) acórdãos cujos Enunciados (que procuram sintetizar o entendimento contido na deliberação da qual foram extraídos) correlacionam o erro grosseiro com a grave inobservância do dever de cuidado, ou seja, com a culpa grave. Desse conjunto, foram selecionados manualmente os 15 (quinze) julgados a seguir em que essa correlação ocorre que forma direita no voto condutor da deliberação. São eles: Acórdão 9007/2023-Segunda Câmara, Relator: Marcos Bemquerer; Acórdão 7685/2022-Primeira Câmara, Relator: Benjamin Zymler; Acórdão 1643/2022-Segunda Câmara, Relator: Bruno Dantas; Acórdão 26/2022-Segunda Câmara, Relator: Raimundo Carreiro; Acórdão 2599/2021-Plenário, Relator: Bruno Dantas; Acórdão 8879/2021-Primeira Câmara, Relator: Benjamin Zymler; Acórdão 2028/2020-Plenário, Relator: Augusto Sherman; Acórdão 11069/2019-Primeira Câmara, Relator: Benjamin Zymler; Acórdão 1941/2019-Plenário, Relator: Augusto Nardes; Acórdão 1689/2019-Plenário, Relator: Augusto Nardes; Acórdão 1620/2019-Plenário, Relator: Bruno Dantas; Acórdão 1264/2019-Plenário, Relator: Augusto Nardes; Acórdão 2681/2019-Primeira Câmara, Relator: Benjamin Zymler; Acórdão 2924/2018-Plenário, Relator: José Múcio Monteiro; Acórdão 2391/2018-Plenário, Relator: Benjamin Zymler.

[27] TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Trad. de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

No Estado Democrático de Direito, a exposição dos argumentos que fundamentam o convencimento do julgador atua como um importante mecanismo para prevenir arbitrariedades. Além disso, permite que a decisão possa ser submetida à fiscalização da sociedade, visto que o controlador, ao exercer uma função pública, também deve respeitar os limites estabelecidos pela Constituição e pelas leis. Na ausência de fundamentação ou se ela for insuficiente, o ato decisório padecerá de invalidade, devido à evidente incompatibilidade com a ideia de Direito.

A relevância da motivação para o conceito de Estado de Direito é destacada por Nojiri, que a considera uma verdadeira cláusula pétrea:

> O dever de fundamentar decisões judiciais, como corolário inarredável do Estado Democrático de Direito, deverá estar a salvo de qualquer espécie de emenda ou revisão propugnada pelo poder constituinte derivado ou decorrente. Não se concebe que uma regra impositiva do dever de justificar atos advindos de um dos órgãos fundamentais do poder público, e que dá efetividade ao princípio da responsabilidade estatal, além de realçar a importância da participação popular no controle das decisões judiciais, possa estar a mercê de normas de natureza ordinária, complementar ou mesmo de revisão constitucional, capazes de retirar sua eficácia (normativa ou social). Qualquer proposta nesse sentido desfiguraria os traços definidores do nosso Estado Democrático de Direito. A efetiva participação e controle dos atos decisórios emanados do Poder Judiciário faz parte do núcleo essencial da nossa Constituição e é, portanto, intangível[28].

Cumpre mencionar, ainda, que a necessidade de motivação da decisão controladora não se satisfaz apenas com o atendimento do seu conteúdo formal, em que o órgão julgador limita-se a decidir a demanda a partir de premissas genéricas e abstratas, sem se ater à necessidade de desenvolvimento racional e explícito dos fundamentos que, no caso concreto, determinaram a conclusão decisória. Conforme adverte Nery Júnior, no exercício de seu mister constitucional, o julgador está obrigado a “ingressar no exame da situação concreta posta à sua decisão, e não se limitar quem direta ou indiretamente é

[28] NOJIRI, Sérgio. **O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 69.

por ela afetado a repetir os termos da lei, sem dar as razões do seu convencimento”[18. p. 174].

O artigo 28 da LINDB, ao exigir a comprovação de erro grosseiro para responsabilizar o gestor, impôs um ônus argumentativo mais rigoroso à decisão de controle. Isso significa que não basta simplesmente afirmar que o ato impugnado violou formalmente a lei. A análise do erro grosseiro exige que a fundamentação da decisão examine detalhadamente as circunstâncias fáticas de cada caso, comparando o ato considerado irregular com os elementos concretos da realidade, para avaliar se a justificativa para o erro é aceitável ou não.

Além disso, sempre será possível ao agente acusado de praticar um ato ilícito defender que, no momento dos fatos, a escolha que fez era juridicamente válida, entre outras opções igualmente legítimas. Também é possível argumentar que, embora a conduta adotada tenha formalmente infringido a lei, as circunstâncias específicas do caso indicam que ele agiu dentro de um nível aceitável de erro, ou seja, que o erro não era facilmente perceptível pelo comum dos homens[29].

Desse modo, todas as circunstâncias práticas que dificultaram ou limitaram a atuação do agente devem estar descritas na motivação do ato contestado, como a situação de urgência, o ineditismo da solução, problemas de infraestrutura, falta de pessoal ou restrições orçamentárias enfrentadas à época dos fatos. Em síntese, é essencial que o gestor detalhe, na motivação do ato, a realidade que se apresentava quando tomou sua decisão.

À mingua de tais informações, será praticamente impossível reconstruir com perfeição os obstáculos e as dificuldades reais enfrentadas pelo gestor. Ademais, a motivação deve ser prévia ou concomitante à prática do ato. A fundamentação tardia, apresentada apenas depois da impugnação do ato pelos órgãos controladores, acaba deixando dúvidas se motivos declinados ulteriormente, de fato, preexistiam, ou foram os que justificaram a decisão adotada. A chamada motivação a *posteriori*, em geral, lança suspeitas de que as

[29] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

alegações ulteriores poderiam ter sido fabricadas para justificar a prática do ato ilegal[30].

Aliás, essa ênfase quanto à necessidade de motivação recíproca, ou seja, que se impõe tanto à decisão do controlador como à do agente controlado, destina-se a atenuar a crítica que em geral é atribuía à atividade de controle, especificamente no tocante ao momento em que ela é exercida. Sobre o assunto, convém trazer a lume reflexão do Ministro do STF Luís Roberto Barroso, segundo voto que proferiu no julgamento das ADIs 6.421 e 6.428:

> Reitero aqui a reflexão compartilhada no julgamento da medida cautelar: um dos problemas do Brasil é que o controle dos atos da Administração Pública sobrevém muitos anos depois dos fatos relevantes, quando, muitas vezes, já não se tem mais nenhum registro, na memória, da situação de insegurança, da situação de dramaticidade, da situação de urgência, das incertezas e indefinições que levaram o administrador a decidir. Porque, daqui a alguns anos, quando se vai julgar o que passou, age-se como um "comentarista de videoteipe". E, depois que tudo aconteceu, quando se podem olhar os fatos à distância, percebem-se muitas coisas que, quando se está ali no calor do momento, não se é capaz de perceber[31].

Portanto, a motivação do ato administrativo, para além de ser um dever do gestor e de vincular a declaração nele manifestada, funciona também como instrumento de proteção do agente público contra eventual responsabilização pelos órgãos de controle. Destarte, especialmente por força das alterações promovidas na LINDB pela Lei n° 13.655/2018, o gestor público precisará manusear corretamente a argumentação jurídica para melhor fundamentar a sua decisão, sobretudo quanto ao estabelecimento da necessária conexão entre a realidade e a legislação positivada. Conforme esclarece Sampaio:

[30] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

[31] Trata-se do julgamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, propostas pela Rede Sustentabilidade (ADI 6.421) e pelo Partido Democrático Trabalhista - PDT (ADI 6.428), tendo por objeto, no conjunto, a Medida Provisória (MP) nº 966/2020, o art. 28 do Decreto-Lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), com a redação dada pela Lei nº 13.655/2018, e os arts. 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019.

> Para além da consideração de valores jurídicos em jogo, tais como a moralidade, a eficiência, a impessoalidade, a transparência, deve o administrador público fazer uso de uma teoria argumentativa para fins de consubstanciar sua decisão de modo a conferir-lhe contorno de superação aos conceitos abstratos e demonstrar a relevância das consequências que fundamentaram sua decisão. Com isso, a nova disposição da LINDB, de certo, conduzirá a efeitos significativos no contexto prático do dever de fundamentação das decisões pelo administrador público. Além de exigir do gestor um melhor e mais apurado desenvolvimento da interpretação jurídica, proporcionará o uso e manuseio das técnicas de argumentação, sem descuidar-se da realidade fática circundante do meio ambiente da administração[32].

Resta evidente que a fundamentação das decisões como corolário do Estado Democrático de Direito assume importância ainda maior no sistema jurídico com as novas alterações da LINDB, no que se refere à legitimidade tanto do ato controlado como o de controle. E tanto melhor e mais completa poderá ser a fundamentação da decisão controladora quanto mais detalhada e rica for a fundamentação da decisão administrativa, por meio da explicitação de todas as circunstâncias fáticas existentes à época da prática do ato. Apenas dessa maneira será possível ao controle externo avaliar, em momento posterior, e longe do calor dos acontecimentos, eventuais dificuldades práticas que cercavam a tomada de decisão do gestor e com base nisso chegar a um julgamento mais justo e qualificado.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na análise exposta neste artigo, conclui-se que a atual dinâmica de do Controle Externo da Administração Pública tem gerado efeitos disfuncionais, como o fenômeno do "apagão das canetas", em que o medo das

[32] SAMPAIO, Thyago Bezerra. **Controle na administração pública federal: do necessário diálogo institucional como mecanismo de mitigação da ineficiência e superação do direito administrativo do medo** / Thyago Bezerra Sampaio. – 2021. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2021.

sanções por parte dos órgãos de controle pode levar à paralisia no processo de tomada de decisões.

A atuação excessiva e desproporcional dos órgãos de controle, muitas vezes sustentada por um viés ideológico e por normas de conteúdo indeterminado, tem restringido a discricionariedade dos gestores públicos, tornando o ato de administrar uma atividade caracterizada pela cautela excessiva, pela falta de inovação e pelo receio assumir riscos.

A aprovação da Lei nº 13.655/2018, que acrescentou novos dispositivos à Lei de Introdução às Norma do Direito Brasileiro (LINDB), surgiu como uma resposta ao fenômeno denominado “apagão das canetas”.

O artigo 28 da LINDB estabelece um novo regime de responsabilização para os agentes públicos, incluindo a previsão de uma espécie de cláusula geral para o erro administrativo. Ao restringir a responsabilização do agente público aos casos de dolo ou erro grosseiro, esse dispositivo visa proporcionar um ambiente decisório mais seguro e confortável para o gestor público íntegro e honesto, que frequentemente é responsabilizado apenas por adotar uma interpretação distinta daquela defendida pelos órgãos de controle.

A exigência de examinar o erro grosseiro, nos processos de apuração de responsabilidade, impôs ao órgão controlador um ônus argumentativo que vai além da mera afirmação de que o ato questionado violou a lei. É essencial que a decisão de controle realize uma avaliação detalhada das circunstâncias de cada situação específica. Essa análise deve confrontar o ato considerado irregular com os elementos reais que possam indicar se o erro cometido pelo gestor era justificável ou não.

A fundamentação das decisões ganha ainda mais relevância no sistema jurídico diante das recentes alterações na LINDB. A qualidade e profundidade da motivação na decisão do órgão controlador são proporcionais ao detalhamento da fundamentação do ato administrativo questionado, que deve contemplar exposição minuciosa das circunstâncias relevantes no momento de sua realização. Dessa forma, o controle externo poderá, em um contexto temporal mais distante dos fatos e das dificuldades enfrentadas pelo gestor, efetuar uma análise mais justa e qualificada.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional.** 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

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

BRASIL. **Lei nº 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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 2/3/2025.

BRASIL. **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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9830.htm. Acesso em: 7/3/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6421 Distrito Federal**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>. Acesso em: 26/2/2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6428 Distrito Federal**. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5913301>. Acesso em: 26/2/2025

CARVALHO. Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo. Parte Geral**. Intervenção do Estado e Estrutura da Administração, Salvador: editora JusPODIVM, 2008.

DANTAS, Bruno. **O risco de 'infantilizar' a gestão pública.** O Globo, 7 jan. 2018. Disponível em: https://oglobo.globo.com/opiniao/o-risco-de-infantilizar-gestao-publica-22258401. Acesso em 10/10/2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. **O artigo 28 da nova LINDB: um regime jurídico para o administrador honesto**.

Revista Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-25/opiniao-lindb-regime-juridico-administrador-honesto>. Acesso em 27/12/2024

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Os grandes desafios do controle da Administração Pública**. Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 730, abr. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **As normas de Direito Público na Lei de Introdução ao Direito Brasileiro – paradigmas para intepretação e aplicação do Direito Administrativo**. São Paulo: *Contracorrente*, 2019.

NOJIRI, Sérgio. **O Dever de Fundamentar as Decisões Judiciais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **A proposta de Lei da Segurança Jurídica na gestão e do controle públicos e as pesquisas acadêmicas**. Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. 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 02/02/2025.

SAMPAIO, Thyago Bezerra. **Controle na administração pública federal: do necessário diálogo institucional como mecanismo de mitigação da ineficiência e superação do direito administrativo do medo** / Thyago Bezerra Sampaio. – 2021. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Maceió, 2021.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do Medo [livro eletrônico]: risco e fuga da responsabilização de agentes públicos**. 1 ed. – São Paulo: *Thomson Reuters Brasil*, 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Contratações públicas e seu controle**. Capítulo 12. In SUNDFELD, Carlos Ari (org.). São Paulo: Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Trad. de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.