REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PUBLICA

ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 06 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 03 – Dossiê Temático
ISSN 2595-5667

Editor-Chefe:
Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

Rio de Janeiro, 2021.

Revista de Direito da Administração Pública

Law Journal of Public Administration

Conselho Editorial Internacional:

Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACh), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turqia

Conselho Editorial Nacional:

Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasílialia, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do SUl, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piripiri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de SÃ£o Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goías, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de SÃ£o Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

A LEI DE INTRODUÇÃO E O CONSEQUENCIALISMO NA POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE À CORRUPÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

THE INTRODUCTION LAW AND THE CONSEQUENCIALISM IN THE ANTI-CORRUPTION PUBLIC POLICY OF THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS

Paulo Roberto Soares Mendonça[1]
Hamilton Pires de Castro Junior[2]

RESUMO:A Lei n.º 13.655/2018 acrescentou dez novos artigos ao texto da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Dentre as disposições normativas acrescentadas, consta a redação do novo artigo 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942, o qual preceitua a responsabilização do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro. Questiona-se no presente artigo quanto à efetiva observância dos novos paradigmas positivados no artigo 28 do Decreto-Lei n.º 4.657/1942 no Tribunal de Contas da União (TCU), com o objetivo de se promover uma análise crítica, à luz do pragmatismo, da atuação da Corte de maio de 2018 até junho de 2020. Promove-se análise da motivação das decisões no âmbito do órgão de controle, bem como de sua adesão às diretrizes do postulado consequencialista estabelecido na execução de sua política pública de combate à corrupção.

Palavras-chave: Agente Público; Corrupção; Erro Grosseiro; Pragmatismo; TCU.

ABSTRACT: Law n.º 13.655/2018 added ten new articles to the text of the Law on Introduction to Brazilian Law Rules. Among the added normative provisions, there is the wording of the new Article 28 of Decree-Law No. 4.657/1942, which precribes the responsibility of the public agent for their decisions or technical opinions in case of misconduct or gross error. This article questions about the effective observance of the new paradigms posited in article 28 of the Decree-Law n.º 4.657/1942 at Federal Court of Accounts (TCU – Brazil), with the objective of promoting a critical analysis of the performance of the Court from May 2018 to June 2020, in light of the notion of the pragmatism. It's promoted an analysis of the motivation of decisions within the Court, as well

[1] Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2000). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (1994). Professor Titular da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: paulo.mendonca@unirio.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/7602313320676345. Orcid: 0000-0002-3132-402X

[2] Mestrando em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Empresarial e Operações Societárias pelo IBMEC (2019). Membro da Comissão de Advogados Estatais da OAB/RJ. E-mail: hamilton.castro@edu.unirio.br. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8567186377274650 3. Orcid: 0000-0003-2026-5439

as their adherence to the guidelines of the established consequentialist postulate in the execution of its anticorruption public policy.

Keywords: Public Agent; Corruption; Gross Error; Pragmatism; TCU.

I. INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas da União (TCU) tem por missão o aprimoramento da gestão pública e uma das formas de atingir esse objetivo é, conforme divulgado institucionalmente, por meio da execução da política pública de combate à corrupção.

Para o aperfeiçoamento dessa atividade estatal nas searas administrativa, judicial e de controle, a Lei n.º 13.655 de 25 de abril de 2018 acrescentou dez novos artigos ao texto do Decreto-Lei n.º 4.657/1942, diploma normativo intitulado Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

As inovações introduzidas têm por finalidade primordial a redução da insegurança jurídica no campo do Direito Público. Dentre as disposições normativas acrescentadas, consta da redação do novo artigo 28 da LINDB.[3]

Cuida-se de norma voltada a coibir eventual punição do agente público que tenha agido de acordo com interpretação razoável de norma legal, ainda que posteriormente considerada equivocada, sem que, com isso, torne-se isento de responsabilização o agente que atue com reiterada desídia, ou em nítida afronta ao direito, mediante dolo ou erro grosseiro.

Foi também acrescentado à LINDB o art. 22, *caput* e o respectivo parágrafo primeiro.[4] Neles, foi estabelecido que na interpretação de normas sobre gestão pública, devem ser considerados os obstáculos e as dificuldades reais do agente e as exigências das políticas

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

[4] Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.
§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados, bem como as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Tendo em conta o revelado enfoque do TCU na atuação como agente indutor da eficiência e produtividade no âmbito da Administração Pública Federal e observada a significativa carga principiológica de que se reveste a fundamentação de suas decisões, afigura-se de extrema importância a abordagem desses novos parâmetros.

A despeito de não haver uma referência constitucional expressa às decisões do TCU, o dever de motivação na seara de controle pode ser compreendido como princípio constitucional implícito a partir das disposições do art. 93, inciso X, combinado com o art. 73 da CRFB.

Ademais, verifica-se no preceito do art. 69, *caput* e inciso II, do respectivo Regimento Interno (RITCU – Resolução TCU n.º 246, de 30 de novembro de 2011) que a fundamentação constitui parte essencial das deliberações da Corte de Contas.

Por meio da efetiva fundamentação das decisões dos órgãos de controle externo, viabiliza-se o controle da sociedade sobre o exercício de suas atribuições. O TCU, enquanto órgão controlador independente, não está infenso ao controle social nem à revisão pelo Poder Judiciário de suas decisões em processos de responsabilização de agentes públicos quando eivados de vícios de ilegalidade ou irregularidade formal intransponível.

Assim, considerada a evidente repercussão do tema na judicialização da política pública de combate à corrupção, indaga-se quanto à orientação do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca da aplicação do artigo 28 da LINDB para, então, ser questionado em que medida a política pública de combate à corrupção no âmbito do TCU tem observado os novos parâmetros estabelecidos pelo dispositivo legal. Busca-se o diagnóstico de eventual não adesão, adesão parcial ou adesão integral ao comando normativo.

Para tanto, utiliza-se no presente estudo do arcabouço teórico do pragmatismo jurídico, a partir do qual se supõe a adesão ainda incipiente e parcial pela Corte de Contas aos preceitos dos artigos 22 e 28 da LINDB na execução da política pública de combate à corrupção, a ensejar casos de revisão de suas decisões em esfera judicial.

Busca-se a confirmação da hipótese por meio da análise das considerações do Plenário do STF no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade n.º 6.421 MC /DF, em

que questionada a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos nas hipóteses de erro grosseiro e de dolo, com base no artigo 28 da LINDB.

Em seguida, estabelece-se o cotejo entre os novos paradigmas estabelecidos pelo artigo 22, *caput* e parágrafo primeiro, bem como pelo artigo 28, da Lei n.º 13.655 de 2018 e as decisões do TCU fundamentadas com os dispositivos desde a publicação da Lei n. 13.655/2018 no Diário Oficial da União de 26/04/2018 até 09/06/2020.

O recorte temporal é estabelecido de acordo com o período de mapeamento das decisões a respeito do art. 28 da LINDB proferidas pelo Plenário e pelas Câmaras do TCU. Os dados são obtidos a partir de consulta à pesquisa empírica do Observatório do TCU, da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas de São Paulo, desenvolvida em parceria com a Sociedade Brasileira de Direito Público (FGV DIREITO SP/SBDP), divulgada em setembro de 2021.

Deste modo, descreve-se no primeiro item do presente estudo o problema do voluntarismo na tomada de decisão quanto à punição de agentes públicos com base em princípios de baixa densidade normativa, assim entendidos por conterem enunciados amplos, desprovidos de um sentido unívoco e, por isso, alvos de necessária densificação nos casos concretos.

São apresentadas as diretrizes teóricas do pragmatismo jurídico para a superação do caráter excessivamente abstrato das decisões, em prestígio à segurança jurídica e à previsibilidade necessárias à atuação dos agentes no âmbito das entidades jurisdicionadas dos órgãos de controle.

No item 2, sugere-se a análise dos preceitos dos artigos 22 e 28 da LINDB, utilizando-se das referências de doutrina especializada e das disposições regulamentares do Decreto n.º 9.830 de 10 de junho de 2019 como apoio para a respectiva compreensão. São explorados os consectários de sua aplicação efetiva na seara de controle.

No item 3, é demonstrado o posicionamento a respeito do tema adotado pelo STF na ADI 6.421 MC/DF e do TCU quando da fase de discussões do Projeto de Lei que resultou na publicação da mencionada Lei n.º 13.655 de 2018.

Busca-se estabelecer o confronto das conclusões da Corte de Contas a respeito dos artigos 22 e 28 da LINDB com os ensinamentos e orientações de abalizada doutrina.

Apresenta-se, enfim, uma abordagem crítica quanto ao posicionamento do TCU, com base nos dados do mencionado relatório de pesquisa empírica, utilizando-se do respectivo mapeamento da aplicação das novas disposições da LINDB pelo TCU como suporte para a análise da motivação no âmbito do órgão de controle.

II. UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA PARA A SUPERAÇÃO DO VOLUNTARISMO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Para a melhor compreensão do uso de princípios para a tomada de decisões como expressões da vontade, convém que se adote como objeto de estudo preliminar a abordagem do voluntarismo sob as luzes da hermenêutica jurídica, entendida como conjunto de princípios gerais para a interpretação das leis no caso concreto ou, na definição usada por Maximiliano (1988, p.1), como a "teoria científica da arte de interpretar".

Com esta abordagem, não se tem a pretensão de contemplar a problemática da interpretação do direito à exaustão, o que extravasaria o escopo do objeto de estudo proposto. Busca-se apenas apresentar alguns dos instrumentos reputados úteis para a superação do voluntarismo no processo interpretativo face à celeuma estabelecida entre o prestígio à objetividade do texto e à subjetividade do intérprete.

Necessário, então, averiguar a sistematização de um processo aplicável para a interpretação dos princípios, voltado à determinação do sentido e do alcance de suas expressões, ou, nas palavras de Grau (2020, p. 22), voltado à constituição da norma a partir do texto e da realidade.

Já no início desta empreitada metodológica, verifica-se na própria definição de princípios apresentada por Ávila (2006, p. 78-79) o rechaço ao voluntarismo por força da necessidade de ponderação quanto às consequências das condutas determinadas em decisões com base principiológica.

Os princípios são normas finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade. Para a aplicação dessas normas, é necessário estabelecer a correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

Dentre as diretrizes de Ávila (2006, p. 91-94) para a investigação e aplicação dos princípios, verifica-se a recomendação de que seja substituído o fim vago neles contemplado pelo fim específico, por meio da análise de normas constitucionais que possam, direta ou indiretamente, reduzir o seu âmbito de aplicação.

Ademais, é necessário que se proceda à demonstração objetiva das condutas necessárias à realização do fim colimado pelo princípio a ser aplicado, o que deve ser providenciado por meio de detida investigação jurisprudencial.

Deve-se abandonar a mera catalogação de casos isolados, nem sempre aplicáveis ao caso levado à apreciação da autoridade julgadora, em face das respectivas peculiaridades. Por isso, deve-se investigar de fato o problema jurídico nele envolvido e os valores que devem ser preservados para a sua solução.

O foco reside não na busca de um fim ideal, mas na realização de um fim concretizável, devendo se preocupar o julgador com a apresentação dos critérios e dos fundamentos para a busca daquele fim específico.

Devem, enfim, ser verificados o estado de coisas e os comportamentos necessários, aferindo-se a existência de outros casos que deveriam ter sido decididos com base no princípio em análise.

Assim, ainda de acordo com as lições de Ávila (2006, p. 91-94), há que se avaliar quais são os legítimos resultados perseguidos com a aplicação dos princípios, com base em fundamentos e critérios pertinentes, para que então se estabeleça o devido cotejo entre a adequação de sua interpretação e os fins colimados.

Cuida-se de providência com a qual se preocupa a hermenêutica jurídica. É possível que a norma a ser interpretada admita para a solução de um caso concreto mais de um modo de ser entendida e aplicada, devendo ser avaliado pela autoridade julgadora o resultado de cada interpretação para, só então, decidir.

Deve-se buscar, na lei expressa, a interpretação que conduza ao bem-estar geral, adaptando-se a disposição normativa às ideias vitoriosas entre o povo em cujo seio vigem as expressões de Direito sujeitas a exame (MAXIMILIANO, 1988, p. 165).

O primado da lei confere aos agentes públicos a proteção contra arbítrios e desvios. Por outro lado, deve-se reconhecer que a lei não pode abarcar todas as hipóteses de litígio

possíveis, pelo que não há como prescindir da intervenção do intérprete para que seja dado a cada um o que lhe é devido.

Nesses termos, indaga-se quanto ao que deve prevalecer no julgamento dos agentes da Administração Pública, se a literalidade da lei ou o juízo equitativo do intérprete.

O interesse no deslinde desta questão resulta ainda mais intenso na atual conjuntura, em que se renovam os questionamentos em torno do sentido, do alcance, da extensão e dos limites da jurisdição constitucional.

Sendo assim, para o julgamento dos casos de responsabilização de agentes públicos, contextualismo, concretude e empirismo. Estes os instrumentos indicados por Posner (2012, p. 380) para a tomada de decisões públicas com base em fatos e consequências, em contraposição aos criticados conceitualismos e generalizações.

De acordo com essa construção teórica, para a tomada de decisão, tendo em conta a dinamicidade da realidade, deve ser avaliado o contexto no desenvolvimento das investigações. A atenção da autoridade julgadora deve se voltar para os efeitos sistêmicos de sua decisão, não se limitando tão somente à análise do caso concreto submetido a sua análise. Logo, as consequências não são avaliadas apenas para dentro de um processo, assumindo conotação de maior abrangência, pelo que se afigura necessário aquilatar tais efeitos também para fora do caso em exame (POSNER, 2003, p. 59, 71-72).

Deve ser promovido o juízo dos prováveis efeitos concretos de diferentes normas e interpretações, para aferição empírica de compatibilidade ou não de uma solução com a ordem constitucional vigente, devendo ser buscada a solução mais adequada para o caso concreto, em detrimento das demais.

Deste modo, depreende-se que a pluralidade de sentidos que decorre da abstração da Constituição e das leis não pode resultar na admissão de que o direito tolera múltiplas respostas ao alvedrio do exegeta, sob pena de grave comprometimento da segurança jurídica e, em última instância, do regime democrático no julgamento dos casos concretos.

O significado de um comando normativo não pode ser reduzido, por um lado, ao que o autor-intérprete quer, nem por outro lado, ao que o receptor captou segundo seus próprios critérios. Isto faria supor a aceitação de um subjetivismo comprometedor da juridicidade (STRECK, 2020, p. 382-383).

Nesses termos, tem-se que o intérprete se encontra vinculado ao texto normativo. A abertura do texto, embora sirva ao propósito de que o direito permaneça a serviço da realidade, não é absoluta. Ainda que, por um lado, a função de julgar não se resuma à de um mero enunciador das palavras da lei, por outro lado, o exercício dessa função deve estar contido nos lindes da legalidade e da constitucionalidade (GRAU, 2020, p. 74-75).

Afigura-se necessário um mecanismo de calibragem, de modo a se alcançar um nível ideal entre o subjetivismo dos adeptos do julgamento irrestrito e o legalismo exacerbado na aplicação das normas de baixa densidade normativa (BOBBIO, 2017, p. 236-237). A solução não pode ser proposta em termos absolutos, sob pena de vulneração da juridicidade na tomada de decisão no caso concreto.

Ocorre que o espaço da administração e das autoridades administrativas vem sendo cada vez mais disputado pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público e por outras instituições públicas integrantes do Poder Legislativo e do Poder Judiciário (SUNDFELD, 2014, p. 68-69), o que rende ensejo a maior preocupação quanto à motivação das decisões proferidas no âmbito dessa ampla rede de controle.

É preciso dedicar atenção e cuidado quanto ao ímpeto de afirmação das finalidades institucionais dessas entidades, sobretudo quando da condução de processos de responsabilização dos agentes da Administração Pública, face às possivelmente severas e irreversíveis repercussões nas respectivas esferas de direitos.

Não cabe aos julgadores decidir subjetivamente, de acordo com um senso próprio de justiça, mas sim aplicar a Constituição e as leis. A arbitrária formulação de juízos de valor por meio do abuso do uso de princípios compromete a segurança jurídica. Deve-se buscar, tanto quanto possível, o estabelecimento de um positivismo adequado aos particularismos da realidade social (GRAU, 2020, p.17-22).

Para tanto o pragmatismo propõe uma visão mais ampla, que leve em consideração o mundo fora da situação em análise. A atenção volta-se para os efeitos sistêmicos da decisão (ARGUELHES, 2009, 9. 186). Não basta dizer qual é o direito ou princípio a ser aplicado. É necessário que sejam considerados os efeitos da decisão no caso concreto, bem como as possíveis soluções alternativas.

O pragmatismo constitui método de solução de questões que sustenta o postulado consequencialista, a indicar uma postura interpretativa ou cognitiva tendente a considerar as consequências de ato, teoria ou conceito (MENDONÇA, 2018, p. 47-49), razão pela qual a decisão que eventualmente adotar determinado ato, conceito ou perfilhar determinada teoria deverá apresentar de forma fundamentada as respectivas consequências jurídicas de sua adoção.

Porém, desde a instauração do regime democrático da CRFB/1988, o que tem sido visto progressivamente é a utilização de normas de baixa densidade normativa para a tomada de decisões, inclusive em processos de responsabilização de agentes públicos, sem a devida cautela com os deveres de motivação e transparência (SUNDFELD; 2014, p. 71).

Com a promulgação da CRFB de 1988, nutriu-se uma expectativa de aumento do prestígio das instituições, assim como da legislação, vinda da representação popular, e também das políticas e procedimentos da nova Administração Pública, legitimada por eleições e por outros mecanismos de participação.

Expectativa submersa, no entanto, na onda principiológica que ainda se espraia nas diversas esferas de controle, atribuindo-se ao julgador o papel de tentar corrigir por si mesmo os defeitos que imagine haver nas organizações, nas leis e nos atos administrativos (SUNDFELD, 2014, p. 71). Papel por vezes desempenhado por meio de lacunosa e enviesada motivação de suas decisões, com base em valores jurídicos abstratos, assim entendidos aqueles valores previstos em normas jurídicas com alto grau de indeterminação, conforme definição do art. 3º, parágrafo primeiro, do Decreto n.º 9.830 de 2019, que regulamentou as mudanças promovidas na LINDB pela Lei n.º 13.655 de 25 de abril de 2018.

Numa conjuntura em que a abertura dos princípios e a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados passam a servir como instrumentos para a extensão da margem de atuação de órgãos judiciais e controladores, assume ainda maior importância o dever de motivação como decorrência do imperativo democrático.

III. A SOLUÇÃO DOS ARTIGOS 22 E 28 DA LINDB E SEUS CONSECTÁRIOS NA SEARA DE CONTROLE

3.1. Tramitação legislativa, alcance e finalidades dos artigos 22 e 28 da LINDB

Para suprir a carência de uma Lei de Introdução voltada ao Direito Público, foi apresentado no Senado Federal o Projeto de Lei (PL) n.º 349/2015 (SUNDFELD; JURKSAITIS, 2017, p. 22).

O PL n.º 349/15 foi arquitetado pelos professores Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, com o intento de conferir tratamento a importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública, dentre os quais, o uso de padrões vagos para sustentar as decisões nas searas administrativa, controladora e judicial (LEAL, 2017, p. 25).

Após a revisão de seu texto final, em abril de 2017, o PL n.º 349/2015 foi remetido do Senado à Câmara dos Deputados, passando a tramitar sob o n.º 7448/2017 (BRASIL, 2021).

Em 1º de novembro de 2017, foi interposto recurso ao Plenário da Câmara dos Deputados contra a apreciação conclusiva das Comissões sobre o referido PL n.º 7448/2017, o que possibilitaria o aprofundamento do debate. No entanto, esse recurso foi retirado em 15 de março de 2018 (BRASIL, 2021).

Em abril de 2018, após a aprovação da redação final pela Casa Revisora, o PL n.º 7448/2017 foi encaminhado para a sanção presidencial, na forma do artigo 66 da CRFB/1988 (BRASIL, 2021).

O Projeto de Lei foi aprovado com vetos em algumas de suas disposições, resultando sancionada a Lei n.º 13.655 de 25 de abril de 2018 que, dentre outras normas, promoveu o acréscimo dos artigos 22 e 28 da LINDB. Os vetos foram submetidos à análise do Congresso Nacional, em sessão conjunta, realizada em junho de 2018, na qual foram mantidos em sua integralidade, por maioria de votos (BRASIL, 2021).

Assim foi positivado o postulado do consequencialismo na LINDB, com o condicionamento da adequação jurídica de determinada decisão judicante à valoração das consequências associadas a ela e às suas alternativas (SHUARTZ, 2008, p. 131).

É preciso evitar a confusão entre os postulados normativos e os chamados sobreprincípios. Os sobreprincípios funcionam como fundamento formal e material para a instituição e atribuição de sentido às normas hierarquicamente inferiores. Já os postulados normativos funcionam como estrutura para aplicação de outras normas (ÁVILA, 2006, p. 122-123).

As normas dos artigos 22 e 28 da LINDB situam-se em plano distinto, podendo ser compreendidas como normas estruturantes para a aplicação do princípio da segurança jurídica nas esferas administrativa, controladora e judicial.

Para a devida compreensão do postulado consequencialista preceituado pela LINDB, os artigos 22 e 28 do diploma normativo devem ser interpretados de forma integrada.

O *caput* do artigo 22 prevê que, na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do agente e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

O respectivo parágrafo primeiro estabelece que, em decisão sobre a regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, devem ser consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

Por sua vez, o art. 28 estabeleceu uma regra geral para a aferição da culpabilidade de agentes públicos, que passou a limitar as hipóteses de responsabilização pessoal àquelas em que comprovado o dolo ou o cometimento de erro grosseiro por parte do agente.

Nos termos dos parágrafos primeiro e segundo do art. 12 do Decreto nº 9.830 de 2019, qualifica-se como erro grosseiro aquele manifesto, evidente e inescusável, praticado com culpa grave, resultante de ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia, não havendo ensejo para a responsabilização do agente caso não configurado dolo ou erro grosseiro em sua conduta.

O artigo 22, *caput* e § 1º, e o artigo 28 da LINDB se voltam a proteger o agente bem-intencionado de julgamentos temerários, impedindo a sua responsabilização por erros que não indiquem prática de conduta desonesta.

O art. 28 da LINDB foi elaborado com o fim de preservação da segurança jurídica para os agentes públicos, permitindo a identificação de condutas objetivamente reprováveis, porém escusáveis em razão de circunstâncias concretas.

Segundo Leal (2017, p. 25), quando da tramitação do Projeto de Lei n.º 349/15 no Senado, entendeu-se que o objetivo nele expresso, qual seja, o de "elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e aplicação do Direito Público", só poderia ser alcançado se impostos limites ou barreiras ao uso de termos abstratos como razões centrais para fundamentar decisões.

No entanto, deve-se notar que os artigos 22 e 28 da LINDB, em verdade, não impedem a fundamentação das decisões com base em valores abstratos, mas impõem um processo de concretização que considere as circunstâncias verificadas no mundo dos fatos. Até porque seria inviável a vedação do uso de valores abstratos, afinal, toda decisão abrange uma dimensão axiológica.

Não se pode perder de perspectiva que o direito é composto por valores, destituídos de conteúdo preciso, tais como justiça, bem comum (bem geral), liberdade, interesse público, dignidade humana, entre outros (JUSTEN FILHO, 2018, p. 25-27).

A LINDB não se volta à abstenção da fundamentação axiológica das decisões por autoridades julgadoras quando da tomada de decisão, mas inaugura um postulado de índole pragmática, a indicar a necessidade de concretização de tais valores à luz das circunstâncias de fato presentes em cada caso concreto.

A validade da fundamentação com base no postulado consequencialista depende da confiabilidade das prognoses feitas pelo julgador sobre o que acontecerá caso um determinado curso de ação seja adotado.

Como formas de mitigação dos riscos gerados por esse trabalho de predição da autoridade julgadora, Didier e Oliveira (2019, p. 154-158) sugerem a adoção de três providências preliminarmente à tomada de decisão.

A primeira, ter em consideração as consequências que tenham sido objeto de contraditório nos autos, e não todas as consequências possíveis, até mesmo porque isto seria inviável.

Não por outra razão, dispõe o parágrafo segundo do art. 3º do Decreto n.º 9.830 de 2019 que o julgador deve apresentar apenas as consequências práticas que, no exercício diligente de sua atuação, consiga vislumbrar diante dos fatos e fundamentos de mérito e jurídicos. O que cabe ao julgador é indicar as consequências postas no debate judicial.

A segunda providência consiste em esclarecer as prognoses realizadas. Cabe ao julgador explicar racionalmente o caminho trilhado até chegar às consequências apontadas.

A terceira, declinar, na fundamentação, a prognose das consequências e o lastro probatório contido nos autos que as demonstre.

Tais diligências não esgotam as dificuldades inerentes à aplicação do postulado consequencialista. Porém, a despeito desses e outros desafios impostos e da margem para o aperfeiçoamento do processo de interpretação e aplicação das normas de baixa densidade normativa, não há como refutar as virtudes da reforma trazida pela Lei n.º 13.655 de 2018.

3.2. As repercussões da reforma da LINDB na esfera de controle do TCU

Compreendidos o alcance, a finalidade e os desafios impostos pelos preceitos dos artigos 22 e 28 da LINDB, enfim se alcança a indagação proposta por Sundfeld e Jurksaitis (2017, p. 22): e o que os Tribunais de Contas, e os órgãos de controle em geral, têm a ver com isso?

Especificamente quanto ao TCU, estabelece o art. 71 da CRFB que o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o seu auxílio. Deste modo, a CRFB estabelece dois sistemas de controle no âmbito da gestão contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União: o controle externo, exercido pelo Congresso Nacional com o auxílio do TCU e o controle interno, no âmbito de cada Poder.

Assim, a gestão dos recursos públicos federais exercida em todos os Poderes da República está abrangida pela esfera de controle do TCU, competindo-lhe o exercício das funções fiscalizatória, judicante, sancionadora, corretiva, pedagógica, normativa, de ouvidoria e informativa. O controle externo exercido pelo TCU pode ser segmentado em dois grandes grupos de atividades: as de fiscalização dos recursos federais e as de exame das prestações de contas dos respectivos administradores (CHAVES, 2007, p. 24, 46-48).

Ocorre que, com um protagonismo cada vez mais alastradiço no âmbito do Direito Público, o TCU e os demais órgãos de controle externo passaram a estabelecer deveres, padrões de comportamento e comandos concretos de conduta às entidades estatais, aos agentes públicos e aos particulares que se relacionam mais estreitamente com eles (SUNDFELD, JURKSAITIS, 2017, p. 22).

Em algum ponto de sua trajetória, parece haver se desvirtuado, no órgão de controle, a aplicação do princípio específico da segregação de funções, em que pese seu reconhecimento por meio da Portaria TCU n.º 63/96.

Segundo Fernandes (2008, p. 38-39) este princípio atua tanto no aspecto estrutural, determinando que a função de controle deve se separar das demais (de contabilidade, jurídica, assessoria, etc.), como também no aspecto funcional, pelo qual o órgão de controle não pode ser encarregado de outras funções, com especial vedação de desempenho de tarefas executivas.

No entanto, o TCU e os demais órgãos de controle externo, segundo os críticos de sua atuação proeminente, não têm observado tais limitações. Instaurou-se um ambiente de geleia geral, expressão de cunho crítico utilizada por Sundfeld (2014, p. 205) para se referir ao uso de princípios vagos como base para qualquer decisão.

Assumiram o papel da gestão na formulação de políticas públicas e na própria condução da máquina estatal, gerando instabilidade e, por consectário, a imposição de um ônus mais elevado de motivação de suas decisões, sobretudo quando revestidas de relevante carga de abstração e generalidade (SUNDFELD; JURKSAITIS, 2017, p. 22).

Foi com o intento de promover uma resposta legislativa a esta conjuntura que se fez constar expressamente na LINDB a necessidade de que, também na esfera de controle, decisões com base em valores jurídicos abstratos sejam acompanhadas das consequências práticas da decisão, devendo-se demonstrar a necessidade e a adequação da medida ou de eventual invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Os comandos normativos da LINDB se aplicam a todos os atos promovidos pelo TCU e demais órgãos controladores revestidos de conteúdo decisório e com lastro em valores abstratos, quer decorram da apreciação de contas de responsáveis por recursos públicos e

agentes políticos, quer decorram de auditorias, inspeções, levantamentos, acompanhamentos e monitoramento realizados no âmbito dos trabalhos de fiscalização.

IV. A ADOÇÃO DAS NOVAS DIRETRIZES DA LINDB NA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES DO TCU

4.1. Da controvérsia sobre a constitucionalidade do art. 28 da LINDB: a ADI 6.412/DF e o posicionamento do TCU

A atividade de controle constitui um exercício de poder, pelo que se deve entender como natural que lhe sejam inerentes, num Estado Democrático de Direito, limites quanto a sua extensão, servindo o dever de motivação ao desiderato de contenção de abusos e arbitrariedades (FERNANDES, 2008, p. 187).

Em 21 de maio de 2020, o Plenário do STF julgou o pedido cautelar formulado na ADI 6.421/DF, em que requerida a inconstitucionalidade do art. 28 da LINDB e também do art. 2º da MP 966/2020, editada no período da pandemia da Covid-19, cujos textos são praticamente idênticos e preveem que os agentes públicos só podem ser pessoalmente responsabilizados em caso de dolo ou erro grosseiro. Em decisão liminar, o STF afirmou que nem a MP nem o art. 28 da LINDB contêm qualquer inconstitucionalidade (BRASIL, 2015b).

Muito embora não tenha em sede de liminar analisado a constitucionalidade do artigo 28 da LINDB, em seu voto, o Ministro Relator Roberto Barroso consignou tratar-se de uma Lei que já vinha sendo aplicada sem que se houvesse detectado qualquer tipo de malefício ou de transtorno, restando chancelada pela maior parte dos administrativistas brasileiros.

Já em relação ao art. 2º da MP 966/2020, foi concedida parcialmente a cautelar, para conferir interpretação conforme à Constituição, estabelecendo parâmetros para a caracterização do erro grosseiro no caso das medidas de enfrentamento da pandemia de COVID-19.

No que tange ao Tribunal de Contas da União, ainda quando em tramitação o Projeto de Lei na Câmara dos Deputados, foi divulgado pela Corte de Contas um documento intitulado Análise Preliminar do PL 7.448/2017 (BRASIL, 2018b). O teor dos

questionamentos suscitados no documento confere uma perspectiva inicial quanto à postura crítica do TCU a respeito da concretização do postulado consequencialista que se avizinhava.

Dentre as considerações dos debatedores sobre a redação dos novos artigos da LINDB contidas no documento, extrai-se anterior entendimento no âmbito do TCU segundo o qual a redação do dispositivo do artigo 22 demandaria interpretação casuística da norma, pois seu alcance e limites seriam definidos em cada caso e de acordo com a realidade do gestor público e que o texto do artigo 28 libera o gestor de responsabilização em caso de negligência, imprudência e imperícia (BRASIL, 2018b).

Ademais, em parecer da Consultoria Jurídica do TCU exarado nos autos do processo 012.028/2018-5, foram questionadas a constitucionalidade e a legalidade do dispositivo em apreço (DIAS; NASCIMENTO, 2019).

Em resposta a esses apontamentos críticos, conforme salientado no mencionado voto do Ministro Roberto Barroso na ADI 6.421/DF, diversos juristas se dedicaram à elaboração de parecer conjunto, o qual contribuiu para o melhor esclarecimento dos artigos contidos no Projeto de Lei.

No que tange ao artigo 22 da LINDB, os pareceristas concluíram que a interpretação do TCU se encontrava equivocada, pois o dispositivo apenas parte da premissa de que as decisões na gestão pública não são tomadas em um mundo abstrato. Assim, devem ser observadas como condicionantes os obstáculos e a realidade fática do gestor, as políticas públicas acaso existentes e o direito dos administrados envolvidos (MARQUES NETO *et al*, [ca. 2018], p. 8).

Além disso, segundo os pareceristas, tampouco se afiguravam corretas as considerações do TCU quanto ao art. 28 da LINDB. Consignaram que o agente público só responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões em caso de dolo ou erro grosseiro, o que inclui obviamente situações de negligência grave, imprudência grave ou imperícia grave (MARQUES NETO *et al*, [ca. 2018], p. 26).

Aduziram que, com o dispositivo, fica pacificada a discussão a respeito da inviabilidade ou não de se responsabilizar advogados e procuradores por suas opiniões exaradas em processos administrativos. Segundo os pareceristas, foi consignado pelo STF que somente haverá responsabilização em caso de erro ou dolo grave (MARQUES NETO *et al*,

[ca. 2018], p. 4). Concluíram que com o dispositivo restou vedado aquilo que Ruy Barbosa cunhou de crime de hermenêutica, isto é, o sancionamento do agente público por oferecer opinião técnica divergente da tese adotada pelo controlador ou pelo Judiciário.

Superadas tais discussões quando ainda em curso a fase de tramitação no Congresso Nacional, a partir da vigência da Lei n.º 13.655 de 2018 e da incorporação da redação do art. 28 à LINDB, alguns dos precedentes da Corte de Contas Federal passaram a conter ponderações quanto à aplicação do referido dispositivo legal.

4.2 - A aplicação do "erro grosseiro" pelo TCU na motivação das suas decisões

A partir das disposições do art. 93, inciso X, combinado com o art. 73 da CRFB, e do art. 69, *caput* e inciso II, do Regimento Interno do TCU (RITCU – Resolução TCU n.º 246, de 30 de novembro de 2011), verifica-se que a fundamentação constitui parte essencial das deliberações da Corte de Contas (BRASIL, 2018a, p. 51).

Por meio da efetiva fundamentação das decisões dos órgãos de controle externo, viabiliza-se o controle da sociedade sobre o exercício de suas atribuições. Reveste-se de grande importância a fundamentação de seus julgados também nas hipóteses de revisão pelo Poder Judiciário, quando eivados de vícios de ilegalidade ou irregularidade formal intransponível.

Deste modo, impõe-se ao TCU o dever de motivação, o qual abrange não só as decisões proferidas na atividade fim do órgão, mas também as suas decisões administrativas. As decisões proferidas no âmbito do TCU sem a devida fundamentação deverão ser consideradas nulas de pleno direto (FERNANDES, 2008, p. 188).

Porém, não basta promover a fundamentação de suas decisões com a mera finalidade de cumprimento de requisitos formais. É preciso que sejam estabelecidos critérios para a racionalização dos fundamentos adotados, sobretudo em deliberações que se utilizem de valores abstratos. Dentre outros dispositivos, o artigo 28 da LINDB se volta a esta racionalização, aplicada às hipóteses de responsabilização de agentes públicos.

Segundo dados de relatório de pesquisa divulgados em evento de setembro de 2021, realizada pelo Observatório do TCU da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São

Paulo em parceria com a Sociedade Brasileira de Direito Público (FGV DIREITO SP/SBDP), após a edição da Lei n. 13.655/2018, o TCU divulgou 18 enunciados de jurisprudência nos quais se descrevem condutas enquadradas como erro grosseiro para fins de responsabilização do agente.

Dentre tais descrições, constam como condutas qualificadas como erro grosseiro: a) a contratação fundamentada em inexigibilidade de licitação sem a caracterização da inviabilidade de competição (Acórdão 22/2021 – 2ª Câmara); b) o descumprimento, sem motivação, de determinação expedida pelo TCU (Acórdão 2.028/2020 – Plenário); c) o pagamento de serviços de natureza continuada prestados sem respaldo contratual (Acórdão 13.053/2019 – 2ª Câmara); d) a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige (Acórdão 264/2019 – Plenário); e) o direcionamento de licitação para marca específica sem a devida justificativa técnica (Acórdão 1.264/2019 – Plenário) (GRUPO PÚBLICO DA FGV DIREITO SP/SBDP, 2021, p. 8).

Com a criação da aludida lista de condutas objetivamente qualificáveis como erro grosseiro, o TCU se limitou a reiterar que essas condutas consistem em violação do ordenamento jurídico.

Com esta medida, não cumpriu a Corte de Contas com a necessária verificação dos fatores subjetivos que tornariam essa violação aceitável ou não na análise de cada caso concreto. Assim, o relatório evidenciou que o TCU nem sempre avalia os elementos subjetivos do agente público para decidir sobre sua responsabilização, e quando o faz, varia em grau de profundidade.

Além disso, a eficácia do art. 28 da LINDB foi mitigada em razão do entendimento de que ele não se aplicaria aos casos que envolvem dano ao erário (GRUPO PÚBLICO DA FGV DIREITO SP/SBDP, 2021, p. 9).

Em 84% dos casos em que o art. 28 da LINDB foi aplicado expressamente, houve responsabilização de pelo menos um agente, verificando-se, assim, que o art. 28 da LINDB tem sido expressamente invocado pelo TCU, majoritariamente, no sentido de embasar ou ratificar condenações, e não para eventual reconhecimento de erro desculpável.

Ainda que se possa concluir pela formal utilização pelo TCU das novas diretrizes da LINDB em sua motivação quando da execução da política pública de combate à corrupção de agentes públicos, verifica-se que, ao se abster da análise dos elementos subjetivos do agente público, o TCU deixa de atender ao comando normativo, em adesão ainda tímida e incipiente aos critérios estabelecidos.

Por outro lado, verificam-se algumas iniciativas no âmbito do TCU favoráveis a um processo pedagógico para a consolidação das normas da LINDB na responsabilização de agentes públicos.

Em caráter de ilustração, cumpre informar que, em evidente esforço de autolimitação do conteúdo de suas decisões, a partir do Acórdão 1.005/2020 – Plenário, a Corte de Contas editou em abril de 2020 a Resolução n.º 315, visando atender às diretrizes da LINDB.

Dentre outras disposições, a Resolução preceitua a necessidade de preservação da discricionariedade do gestor quando da emissão de determinações (art. 5º), a indicação do critério constitucional, legal ou regulamentar infringido e a base normativa que legitime suas deliberações (art. 6º, inc. II), a vedação de recomendações genéricas e distantes da realidade prática da unidade jurisdicionada (art. 12) e a racionalização de suas determinações, ciências e recomendações (art. 16) (BRASIL, 2020, p. 22-26).

No entanto, é preciso avançar. É necessário que os dispositivos legais em apreço e os preceitos da mencionada Resolução sejam efetivamente aplicados em número mais significativo de deliberações do órgão controlador.

Isto porque o uso de valores abertos, expressos em princípios básicos e fundamentais, quando utilizados como fundamentos a partir do mero sentimento subjetivo de justiça, contraria frontalmente a diretriz de racionalidade imposta por um ideal democrático.

Em que pese o STF haver afastado a alegação de inconstitucionalidade do artigo 28 da LINDB, verifica-se, com base nos dados obtidos junto ao TCU, a existência de indícios consistentes de que os dispositivos permaneceram envolvidos pela inicial perspectiva de receio e desconfiança por parte do órgão de controle.

Segundo Sundfeld e Jurksaitis (2017, p. 24), é necessário abandonar a crença equivocada de que mais burocracia e mais dirigismo inibem a corrupção. Chegou o momento de mudança.

Na qualidade de agente indutor da eficiência e da produtividade no âmbito da Administração Pública Federal, cabe ao TCU proferir deliberações que, quando fundamentadas em valores abstratos, estejam em consonância com o primado da racionalidade consequencialista.

V. CONCLUSÕES

O pragmatismo constitui método de solução de questões que confere lastro para a aplicação do postulado consequencialista. O aprofundamento do estudo teórico do pragmatismo revela nítido intento de superação do subjetivismo voluntarista quando da aplicação das normas de baixa densidade normativa, sem que com isto se recorra ao positivismo legalista no julgamento de casos concretos.

A partir do estudo hermenêutico proposto podem ser melhor compreendidas as diretrizes do postulado do consequencialismo. Cuida-se de importante ferramenta de calibragem para um nível ideal na aplicação de valores abstratos na tomada de decisão.

A abstração dos valores e princípios contemplados pelo ordenamento jurídico não pode servir de escusa para a arbitrariedade e a incoerência no exercício da função julgadora. Também na execução da política pública de combate à corrupção levada a efeito na Corte de Contas da União, é necessário que sejam estabelecidas diretrizes que mitiguem o subjetivismo na análise de casos concretos submetidos à esfera de controle.

Se por um lado não se questiona a relevância da política pública de combate à corrupção e a necessidade de desvelo e controle da lisura na gestão dos recursos públicos pelos agentes da Administração Pública, por outro lado, não se deve descurar da preservação dos direitos e garantias desses agentes nas hipóteses de julgamentos no âmbito do TCU que envolvam a respectiva responsabilização.

Não há como garantir a esses e demais jurisdicionados a juridicidade de um julgamento com base na interpretação de valores abstratos proferidos a partir de um sentimento próprio de justiça.

Não se pode pressupor, quanto aos julgadores, os predicados de Hermes, o Deus intérprete na mitologia grega, por melhores que sejam suas intenções. Impõe-se às autoridades

julgadoras o dever de análise das consequências de suas decisões, como relevante instrumento para a preservação da segurança jurídica na análise dos casos concretos.

A inutilidade ou deficiência da motivação equivale a sua ausência. Deve ser observado pelo TCU o dever de motivação de suas decisões, até mesmo para que se viabilize o controle social de sua atuação, nas hipóteses de judicialização de sua política pública de combate à corrupção.

Isto é o que se conclui a partir das disposições do art. 93, inciso X, combinado com o art. 73 da CRFB, do preceito do art. 69, *caput* e inciso II, do Regimento Interno do TCU (Resolução TCU n.º 246, de 30 de novembro de 2011), da aplicação subsidiária do art. 498, parágrafo primeiro, do CPC (na forma do art. 298 do RITCU) e da incidência da LINDB sobre os processos da Corte de Contas.

Foi com base nessas premissas que o postulado consequencialista resultou reforçado no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do acréscimo da redação dos artigos 22 e 28 à LINDB.

Foi estabelecida, a partir de então, a necessidade de se considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo na interpretação das normas sobre a gestão pública.

Ademais, impôs-se um dever específico de motivação das decisões proferidas pelos julgadores, inclusive na seara de controle, consistente na demonstração de dolo ou erro grosseiro para a responsabilização pessoal do agente público por suas decisões ou opiniões técnicas.

No entanto, a despeito de reconhecida pelo STF a constitucionalidade dos novos parâmetros da LINDB para a responsabilização de agentes públicos, em análise dos dados de mapeamento da motivação das decisões do TCU que envolveram a aplicação dos artigos 22 e 28 da LINDB no período de maio de 2018 até junho de 2020, pôde-se verificar uma adesão ainda incipiente, tímida e parcial da Corte de Contas da União às novas diretrizes estabelecidas.

Verificou-se a deficiência nos enunciados jurisprudenciais da Corte de Contas quanto à verificação dos fatores subjetivos da conduta dos agentes públicos para o julgamento quanto à respectiva responsabilização.

Ademais, restou demonstrado no recorte temporal estabelecido que, na maioria dos precedentes contemplados na análise, a alusão pelo TCU aos termos dos artigos 22 e 28 da LINDB serviu ao propósito de fundamentar a responsabilização dos agentes, não procedendo ao esclarecimento das razões que levariam à conclusão de que o suposto erro do agente público constatado não seria aceitável.

Afasta-se a postura judicante da Corte de Contas da abordagem pragmática e da aplicação de postulados consequencialistas contemplados pela reforma da LINDB, por não se proceder à efetiva análise das circunstâncias e peculiaridades da atuação do agente público, à averiguação dos elementos subjetivos que envolveram sua conduta, nem tampouco ao cotejo dos resultados alcançados com aqueles que decorreriam da conduta reputada adequada pela autoridade julgadora.

Tais providências não constituem faculdades legislativas atribuídas aos membros do TCU, mas sim deveres impostos por lei, os quais, uma vez descumpridos, rendem ensejo à reforma das decisões tomadas em esfera de controle em hipótese de judicialização.

Por outro lado, a edição da Resolução n.º 315 do TCU nutre a expectativa de desenvolvimento de um processo pedagógico para as autoridades julgadoras do órgão controlador, que resulte no amadurecimento e na consolidação dogmática do postulado consequencialista, a servir de instrumento para o afastamento do voluntarismo, das arbitrariedades e da insegurança jurídica no julgamento dos casos concretos.

Porém, para a concretização dos parâmetros estabelecidos pela LINDB, é preciso que o TCU siga promovendo avanços no sentido de estimular a efetiva aplicação dos termos de sua Resolução n.º 315 em todos os casos concretos que envolvam a responsabilização dos agentes da Administração Pública. Medida necessária para que não se contrarie a diretriz de racionalidade imposta pelo ideal democrático.

O Estado Democrático de Direito assegura o império das normas que se produzam em consonância com os termos e valores constitucionais, pela vontade popular, e com a garantia plena dos direitos humanos ou fundamentais.

Para a eficiência de um sistema jurídico não positivista, em que figura a Constituição como o parâmetro de valores materiais de todo o ordenamento jurídico, não há como se abster

do uso de valores abertos, expressos em princípios básicos e fundamentais, inclusive para fins de julgamento quanto à eventual responsabilização de um agente da Administração Pública.

De fato, não há como circunscrever a administração da justiça a um mecanismo autômato de aplicação da literalidade das leis, em um formalismo simplório e arcaico, empreendido pelo juiz mediante simples conexões entre umas leis e outras, abstendo-se de quaisquer valores superiores.

Ao revés, cuida-se de considerar os valores contemplados pelo ordenamento jurídico no processo de aplicação das leis para alcançar o valor maior de justiça na análise dos casos submetidos à apreciação da Corte de Contas.

No entanto, por outro lado, é preciso ressaltar que não se dessume com isto a possibilidade de que a Lei seja negligenciada, tampouco na seara de controle, pois isto violaria o princípio da legalidade, o império da Lei, igualmente proclamado pela Constituição.

Não se pode apelar a um impreciso e possivelmente equivocado sentimento subjetivo de justiça das autoridades julgadoras, pois, se admitida tal empreitada para cada intérprete, em cada circunstância, restará violada a generalidade do Direito, a segurança jurídica e, em última instância, a noção de um Estado Democrático de Direito.

Ainda que reconhecida a necessidade de contínuo aperfeiçoamento da exegese empreendida sobre as novas diretrizes trazidas pelos artigos 22 e 28 da LINDB, entende-se como salutar a reforma promovida pela Lei n.º 13.655 de 2018 para a busca do equilíbrio e estabelecimento de novos parâmetros objetivos no julgamento da conduta dos agentes da Administração Pública.

Impõe-se, portanto, a segregação entre as funções de controle e gestão, afastando-se o arbítrio e o voluntarismo para que se alcance a plena concretização da noção de segurança jurídica no âmbito do TCU.

REFERÊNCIAS

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 186.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo*. 14. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei do Senado n° 349, de 2015*. Brasília: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pls-349-2015. Acesso em: 02/03/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.421 MC / DF - Distrito Federal. Direito administrativo. Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Responsabilidade civil e administrativa de Agentes Públicos. Atos relacionados à pandemia de COVID-19. Medida Provisória nº 966/2020. Deferimento parcial da cautelar. 1. Ações diretas de inconstitucionalidade que questionam a limitação da responsabilidade civil e administrativa dos agentes públicos às hipóteses de "erro grosseiro" e de "dolo", com base no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e na Medida Provisória nº 966/2020. Alegação de violação aos arts. 37, §§ 4º, 5º e 6º da Constituição, ao princípio republicano e ao princípio da probidade e da eficiência administrativa. Exame, em sede cautelar, limitado à MP 966/2020, em relação à qual, efetivamente, se configura o perigo na demora, diante do contexto da pandemia. 2. Decisões administrativas relacionadas à proteção à vida, à saúde e ao meio ambiente devem observar standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas. Precedentes: ADI 4066, Rel. Min. Rosa Weber, j. 24.08.2017; e RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. No mesmo sentido, a Lei nº 13.979/2020 (art. 3º, § 1º), que dispôs sobre as medidas para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, norma já aprovada pelo Congresso Nacional, previu que as medidas de combate à pandemia devem ser determinadas "com base em evidências científicas e em análises sobre as informações estratégicas em saúde". 3. Tais decisões administrativas sujeitam-se, ainda, aos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, que impõem juízo de proporcionalidade e a não adoção, a priori, de medidas ou protocolos a respeito dos quais haja dúvida sobre impactos adversos a tais bens jurídicos. Nesse sentido: ADI 5592, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 11.02.2019; RE 627189, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.06.2016. 4. Cautelar parcialmente deferida, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 2º da MP 966/2020, no sentido de estabelecer que, na caracterização de erro grosseiro, leva-se em consideração a observância, pelas autoridades: (i) de standards, normas e critérios científicos e técnicos, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; bem como (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 5. Confere-se, igualmente, interpretação conforme a Constituição ao art. 1º da MP 966/2020, para explicitar que, para os fins de tal dispositivo, a autoridade a quem compete decidir deve exigir que a opinião técnica trate expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 6. Teses: "1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por

inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos. Requerente: Associação Nacional dos Editores de Livros. Relator: Min. Roberto Barroso, 21 de maio de 2015. Brasília, STF, 2015b. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436268/false. Acesso em: 19/03/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Boletim do Tribunal de Contas da União especial* - Ano. 37, n. 24, 2018. Brasília: TCU, 2018a. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/regimento-interno-do-tribunal-de-contas-da-uniao.htm. Acesso em: 07/03/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Discussão do Projeto de Lei 7.448/2017*. [Palestrantes] Ministro Raimundo Carreiro *et al*. Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência (SEGEPRES), 2018b. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/CD/E3/51/19/E151F6107AD96FE6F18818A8/Discussao_projeto_lei_7.448_2017.pdf. Acesso em: 21/01/2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). *Boletim do Tribunal de Contas da União de deliberações dos colegiados do TCU e relatores* - Ano. 3, n. 75, 2020. Brasília: TCU, 2020. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881E7197622F0171C67715841D3A&inline=1. Acesso em: 25/08/2021.

CAMPANA, Priscilla de Souza Pestana. A cultura do medo na administração pública e a ineficiência gerada pelo atual sistema de controle. *Revista de Direito de Viçosa*, Viçosa, v. 09, nº 01, 2017, p. 189-216. Disponível em: https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/25270389201709010 7/pdf. Acesso em: 15/03/2022.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. *Controle externo da gestão pública: a fiscalização pelo Legislativo e pelos tribunais de contas*. 1. ed. Niterói: Impetus, 2007.

DIAS, Felipe Wagner de Lima; NASCIMENTO, Victor Hugo Macedo do. O consequencialismo jurídico e o artigo 20 da Lindb. *Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-jun-07/opiniao-consequencialismo-juridico-artigo-20-lindb#_ftn4. Acesso em 19/03/2022.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo

Horizonte, 2019, n. 75, p. 143-160, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1068/799. Acesso em: 15/03/2022.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de. Principio de Legalidad, Estado Material de Derecho y Facultades Interpretativas y Constructivas de Jurisprudencia en la Constitución. *Revista española de derecho constitucional*, España, ano n.º 4, n.º 10, 1984. p. 11-62. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=249929. Acesso em: 17/06/2021.

FERNANDES, J. U. Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos Juízes: a interpretação-aplicação do direito e os princípios*. 1. ed. Coimbra: Almedina, 2020.

GRUPO PÚBLICO DA FGV DIREITO SP/SBDP. Observatório do TCU: Aplicação dos Novos Dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) pelo Tribunal de Contas da União. São Paulo, SP, 2021. Disponível em: https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2021/09/Sumario-LINDB-pelo-TCU.pdf. Acesso em: 17/03/2022.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Volume I. 2. ed. Trad. de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro : Tempo Brasileiro, 2003.

JUSTEN FILHO, M. Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista De Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, 2018. p. 13-41. Disponível em: https://doi.org/10.12660/rda.v0.2018.77648. Acesso em: 16/08/2021.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (coords.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: UERJ/FGV-Rio, 2017. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24319/Considerar_as_consequencias_das_decisoes.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 16/03/2022.

MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo *et al*. *Resposta aos comentários tecidos pela Consultoria Jurídica do TCU ao PL n° 7.448/2017*, [ca. 2018]. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf. Acesso em: 21/03/2022.

MATTIETTO, L. Estado de direito, jurisdição e dignidade humana. *Lex Humana (ISSN 2175-0947), [S. l.]*, v. 11, n. 1, p. 97–109, 2019. Disponível em: http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/1810. Acesso em: 09/10/2021.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito.* 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Dois futuros (e meio) para o projeto de lei do Carlos Ari. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (coords.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: UERJ/FGV-Rio, 2017. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24319/Considerar_as_consequencias_das_decisoes.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 16/08/2021.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB - Indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, edição especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 43-61.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, 2001. p. 265-280. Disponível em: https://doi.org/10.12660/rda.v226.2001.47246. Acesso em: 10/07/2021.

POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy.* Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard A. *A problemática da teoria moral e jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 380

POWER, Timothy; TAYLOR, Matthew (Eds.). *Corruption and Democracy in Brazil: The Struggle for Accountability*. Notre Dame; Notre Dame University Press, 2011.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito Administrativo do Medo: Risco e fuga da Responsabilização dos agentes públicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SCALIA, Antonin. *The Rule of Law as a Law of Rules.* University of Chicago Law Review. Vol. 56: Iss 4, Article 1, 1989. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol56/iss4/1. Acesso em: 19/06/2021.

SHUARTZ, L.F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. *Revista De Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, 2008. p. 130-158. Disponível em: https://doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41531. Acesso em: 16/08/2021.

STRECK, Luiz Lenio. Hermenêutica, analítica e argumentação: distintas visões sobre a discricionariedade judicial. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 25, n. 2, 2020. p. 371-387. Disponível em: https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/16910/9594. Acesso em: 15/03/2022.

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

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (coords.). *Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: UERJ/FGV-Rio, 2017. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18009/Transforma%c3%a7%c3%b5es%20do%20Direito%20Administrativo.pdf?sequence=4&isAllowed=y. Acesso em: 16/08/2021

TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998.

WILLEMAN, Marianna Montebello. *Accountability democrática e o desenho institucional dos Tribunais de Contas no Brasil.* 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

ZYMLER, Benjamin. Questões de controle. Controle das finanças públicas no Brasil: visão atual e prospectiva. In: SOUTO, Humberto Guimarães. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v.1, n.1, 1998. p. 15-42. Disponível em: file:///C:/Users/hamil/Downloads/58-44-PB.PDF. Acesso em: 19/03/2022.

ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo e Controle*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.