

**O ERRO GROSSEIRO E RESPONSABILIZAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS:
UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A JURISPRUDÊNCIA DO TCU*****THE GROSS ERROR AND ACCOUNTABILITY OF PUBLIC AGENTS: A NEW
PERSPECTIVE FOR THE JURISPRUDENCE OF THE TCU***Sandro Rafael Matheus Pereira¹Rodrigo Grazinoli Garrido²**RESUMO**

O presente artigo analisa a constitucionalidade do artigo 28 da Lei nº 13.655/2018, que introduziu o conceito de “erro grosseiro” como requisito para a responsabilização pessoal de agentes públicos, à luz do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. O estudo investiga a compatibilidade entre a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva do agente público, com foco na atuação dos tribunais de contas. O objetivo é verificar se o artigo 28 da LINDB consagra um direito fundamental implícito à tolerância ao erro administrativo e se tal diretriz tem sido incorporada à jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU). A metodologia adotada foi qualitativa, com pesquisa documental e análise jurisprudencial de acórdãos do TCU proferidos entre 2018 e 2023, selecionados a partir dos termos de busca “erro adj grosseiro” e “culpa adj grave” no repositório oficial do Tribunal, priorizando os julgados em que o conceito foi discutido diretamente no voto condutor. Constatou-se que a Corte de Contas tem equiparado erro grosseiro à culpa grave, aplicando o conceito principalmente na aplicação de sanções, mas ainda de forma limitada nas pretensões de ressarcimento. Conclui-se que a ampliação da aplicação do erro grosseiro também à responsabilização financeira poderia representar um avanço na proteção jurídica do gestor público, de maneira a incentivar a inovação administrativa e evitar a paralisia decisória.

Palavras-chave: Erro grosseiro. Responsabilidade Administrativa e Financeira. Jurisprudência do TCU.

ABSTRACT

This article analyzes the constitutionality of Article 28 of Law No. 13,655/2018, which introduced the concept of “gross error” as a condition for holding public officials personally liable, in light of Article 37, § 6 of the 1988 Brazilian Federal Constitution. The study explores the compatibility between the State’s strict liability and the subjective liability of public agents, focusing on the role of audit courts. Its objective is to assess whether Article 28 of the LINDB enshrines an implicit fundamental right to tolerance of administrative error and whether this standard has been incorporated into the jurisprudence of the Federal Court of Accounts (TCU). A qualitative methodology was adopted, involving documentary research and case law analysis of TCU decisions issued between 2018 and 2023, selected through

1 Auditor e Diretor de Secretaria do Tribunal de Contas da União (TCU)

2 Perito Criminal - PRPTC-Petrópolis/DGPTC/SEPOL; Professor Adjunto - PPGD/UCP; Professor Adjunto - FND/UFRJ

the search terms “erro adj grosseiro” and “culpa adj grave” in the Court’s official repository, prioritizing cases in which the concept was directly addressed in the leading opinion. The analysis shows that the Court has equated gross error with gross negligence, applying the concept mainly in sanctioning proceedings but only partially in reimbursement claims. It concludes that expanding the use of the gross error standard to include financial liability could enhance the legal protection of public managers, encouraging administrative innovation and preventing decision-making paralysis.

Keywords: Gross error. Administrative and Financial Responsibility. TCU Jurisprudence.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.655/2018, que introduziu alterações significativas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), é amplamente reconhecida pela doutrina como a “lei da segurança jurídica”³. Seu principal objetivo declarado é conferir maior segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público, especialmente nas relações entre o Estado e a sociedade. Este estudo se debruça sobre o artigo 28 da LINDB, dispositivo que fixa um novo regime de responsabilização para agentes públicos, prevendo que estes responderão pessoalmente apenas em casos de dolo ou erro grosseiro.

Este tema ganha especial relevância diante do contexto do chamado “apagão das canetas” — um fenômeno que retrata a paralisia administrativa gerada pelo medo excessivo dos agentes públicos frente ao controle externo. A atuação intensificada dos órgãos de controle estatal, embora fundamental para o combate à corrupção e manutenção do regime democrático, tem levantado debates sobre a necessidade de um equilíbrio que permita aos gestores públicos atuar com segurança e liberdade para a tomada de decisões, sem receio desproporcional de responsabilização.

A importância deste trabalho reside em analisar a constitucionalidade do artigo 28 da LINDB, particularmente sua compatibilidade com o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, que prevê a responsabilidade objetiva do Estado e o direito de regresso contra agentes públicos nos casos de dolo ou culpa. Além disso, o estudo discute a interpretação predominante na jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca do conceito de erro grosseiro na responsabilização administrativa e civil dos agentes públicos, destacando suas implicações para o equilíbrio entre a eficiência administrativa e a proteção ao erário público.

O artigo está organizado da seguinte forma: o capítulo 2 aborda os aspectos da responsabilização cível, administrativa e criminal dos agentes públicos, contextualizando as diferentes esferas de responsabilidade e suas consequências jurídicas. O capítulo 3 examina a interpretação restritiva do TCU ao artigo 28 da LINDB em face do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, detalhando a jurisprudência

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%A7a-jur%C3%ADdica.pdf>>. Acesso em 02/02/2025.

vigente e os debates doutrinários acerca do erro grosseiro. Por fim, a conclusão sintetiza as análises e aponta perspectivas para o futuro da responsabilização dos agentes públicos no ordenamento jurídico brasileiro.

O recorte proposto para abordar o tema no contexto do processo sancionador do Tribunal de Contas da União reflete o crescente interesse acadêmico pelo estudo das competências dos tribunais de contas, especialmente no que diz respeito à atuação do TCU⁴. Essa instância de controle tem ganhado destaque na discussão das principais questões que pautam a agenda nacional. Desde a fiscalização e o acompanhamento dos orçamentos e das finanças da União, passando pela análise de contratos de bilhões de reais, até a avaliação das mais relevantes concessões públicas e obras de infraestrutura do país.

Quanto à metodologia, a pesquisa fundamenta-se em análise documental e jurisprudencial, com revisão crítica da legislação aplicável, doutrina especializada e decisões do Tribunal de Contas da União (TCU). Essa abordagem permite a avaliação sistemática da compatibilidade normativa e dos critérios interpretativos aplicáveis ao caso, sustentando o posicionamento crítico do artigo.

2. ASPECTOS DA RESPONSABILIZAÇÃO CÍVEL, ADMINISTRATIVA E CRIMINAL DOS AGENTES PÚBLICOS.

A atuação do Estado nas suas relações com terceiros se estabelece por intermédio de seus órgãos e pessoas jurídicas administrativas. Entretanto, tais estruturas organizacionais são realidades que existem somente para o direito, como ficção jurídica reconhecida pela ordem legal, na medida em que reclamam a presença de pessoas naturais com capacidade para emitir declaração de vontade em seu nome e que as vinculará como sujeito de direitos, com vistas a movimentar a Administração Pública em direção à concretização do bem-estar geral.

A rigor, são os agentes públicos *lato sensu*⁵ as pessoas naturais ou físicas investidas de atribuições públicas decorrentes de vínculos funcionais firmados com o Estado, segundo as regras definidas pela Constituição e por leis específicas, que lhes conferem prerrogativas e deveres para que se façam presentes para manifestar a vontade do órgão ou entidade pública a qual estão juridicamente vinculados.

Por se sujeitarem ao poder disciplinar da Administração Pública, no caso de violação aos deveres e obrigações previstos no estatuto jurídico a que estiverem subordinados, desde que observados os princípios do contraditório e ampla defesa, os agentes públicos respondem pelas infrações funcionais que cometerem e poderão

4 Prova do interesse científico sobre essa questão foi a criação do Observatório do Tribunal de Contas da União, um projeto de pesquisa permanente do Grupo Público da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-Direito-SP), em parceria com a Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), cujo objetivo é acompanhar os julgamentos e produzir informações sobre a atuação do TCU.

5 A doutrina é pródiga em apresentar definições de agentes públicos, que variam entre acepções mais ou menos abrangentes. No entanto, para o propósito deste trabalho, é suficiente o conceito constante da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92, art. 2º): "Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei".

sofrer as sanções definidas em lei⁶. A investigação de ilícitos na esfera administrativo-disciplinar geralmente desponta como a primeira instância de responsabilização dos servidores públicos, uma vez que se presume que sua atuação seja constantemente monitorada por seus superiores hierárquicos e pelos sistemas de controle interno das unidades administrativas.

Todavia, quando se fala em responsabilização de agentes públicos, em sentido amplo, a discussão não se circunscreve apenas à questão funcional, pois, a depender da extensão e da gravidade da ofensa praticada, pode acontecer de a infração atingir bens jurídicos protegidos não apenas por normas de organização administrativa, mas também envolver atos ilícitos que venham a causar prejuízo ao patrimônio público ou a terceiros ou que configurem algum tipo penal incriminador. Nessas situações, o ato ilícito desencadeará o acionamento dos sistemas normativos e de responsabilização civil e criminal, paralelamente, à apuração infracional disciplinar⁷.

O agente público poderá responder disciplinarmente pela desobediência à ordem de um superior hierárquico porque tal agir configura uma infração funcional⁸, sem que isso tenha qualquer implicação jurídica à luz da legislação cível ou criminal. Um simples ato de desobediência hierárquica não teria o condão de necessariamente gerar dano ao erário ou configurar algum tipo penal incriminador. Situação bastante distinta ocorre quando um servidor público da área de compras, por exemplo, autoriza uma contratação direta para um caso em que a licitação era claramente obrigatória e o faz por um preço acima do valor de mercado. No exemplo, uma única conduta ilícita poderia afrontar, a um só tempo, normas de natureza administrativa, civil e criminal.

Nesse caso, o agente público responderia perante as instâncias que apuram a responsabilização por infrações em cada um dos sistemas jurídicos referidos, de forma autônoma e independente, sujeitando-se às diversas penalidades ali previstas, sem que a possibilidade de cumulação de sanções aplicáveis nas diferentes esferas implique violação ao princípio do *non bis in idem* - o qual se refere à impossibilidade de que alguém seja responsabilizado mais de uma vez pela prática de um determinado ilícito⁹.

Portanto, o agente público poderá sujeitar-se à responsabilidade administrativa,

6 Por exemplo, o estatuto jurídico dos servidores públicos federais (Lei 8.112/90) prevê em seu artigo 127 as seguintes penalidades disciplinares: I- advertência; II- suspensão; III- demissão; IV- cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V- destituição de cargo em comissão; e VI- destituição de função comissionada.

7 De acordo com o art. 121 do Estatuto Jurídico dos Servidores Públicos Federais (Lei 8.112/1990), "o servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições. Já o art. 125, em complemento à previsão do art. 121, prevê que: "as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si".

8 A guisa de exemplo, nos termos do dispõe o art. 132, VI, da Lei 8.112/90, a insubordinação grave em serviço poderia ocasionar até mesmo a aplicação da pena de demissão.

9 O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a concomitância na apuração de responsabilidade por esferas diversas no tocante à prática de atos atentatórios à probidade administrativa. Nesse sentido: "A norma constitucional prevista no § 4º do art. 37 exigiu tratamentos sancionatórios diferenciados entre os atos ilícitos em geral (civis, penais e político-administrativos) e os atos de improbidade administrativa, com determinação expressa ao Congresso Nacional para edição de lei específica (Lei 8.429/1992), que não punisse a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público voltada para a corrupção, e a todo aquele que o auxilie, no intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e de evitar o perigo de uma administração corrupta caracterizada pelo descrédito e pela ineficiência. A Constituição Federal inovou no campo civil para punir mais severamente o agente público corrupto, que se utiliza do cargo ou de funções públicas para enriquecer ou causar prejuízo ao erário, desrespeitando a legalidade e a moralidade administrativas, independentemente das já existentes responsabilidades penal e político administrativa de Prefeitos e Vereadores". (Tribunal Pleno, RE 976.566-Pará, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 13.09.2019).

civil e penal, decorrente do exercício de cargo, emprego ou função porque ele pode praticar ilícitos no âmbito administrativo, civil e penal¹⁰. Outrossim, a sujeição a cada uma das referidas esferas de responsabilização dependerá da gravidade da conduta praticada, bem como da tipificação do ilícito à lei regulamentadora aplicável a cada microssistema de apuração de infrações acima mencionado.

No tocante à responsabilização administrativa, embora a primeira referência que venha a mente possa estar relacionada às infrações funcionais praticadas por agentes públicos, certo é que tal instância de apuração de reponsabilidade não se limita ao cometimento de infrações aos estatutos jurídicos disciplinares dos servidores públicos. Há outras manifestações do exercício da atividade administrativa do Estado, a exemplo da responsabilização por ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/92, como também a responsabilização no âmbito do Tribunal de Contas da União por irregularidade praticadas na gestão de dinheiros públicos, conforme disciplinado nos artigos 57 e 58 da Lei nº 8.443/92.

A responsabilidade administrativa, repisa-se, pode envolver a aplicação de sanções ao agente por infrações funcionais, em sede de procedimento administrativo disciplinar, por atos de improbidade administrativa, no âmbito de um processo judicial civil ou por atos de gestão irregular, no âmbito de um processo administrativo perante os tribunais de contas.

Sobre a responsabilidade administrativa, ensina Justen Filho¹¹ que:

A responsabilidade administrativa significa, antes de tudo, a impossibilidade de o sujeito negar a posição de supremacia axiológica e jurídica do estado e da sociedade. A investidura no exercício de função pública gera um comprometimento individual com o aparato estatal e a sociedade impõe ao sujeito inúmeros deveres. O sujeito que tem um dever de responder pela conduta adotada no desempenho das atividades administrativas, e isso significa a impossibilidade de eximir-se dos efeitos das ações e omissões. O sujeito é responsável no sentido da existência de um dever de prestação de contas dos atos a outrem e de arcar com as consequências das condutas reprováveis ou equivocadas.

O sujeito responde perante o estado e sociedade, de modo especial, pelos efeitos das ações e omissões praticadas. Isso significa que se impõem um vínculo jurídico de autoria que consiste em atribuir os efeitos ao agente cuja conduta propiciou sua verificação como causador jurídico de defeitos, cabe ao agente arcar com as consequências pertinentes.

A responsabilidade administrativa consiste nessa situação de submissão perante o estado e a sociedade. O que importa o dever de responder pelos efeitos dos atos praticados. Isso compreende a submissão ao acionamento administrativo, mas não se restringe a tanto a responsabilidade administrativa. Traduz-se em números deveres tais como o de prestar contas e de lealdade.

10 DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. Direito administrativo. 25ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

11 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 231.

Segundo esclarece Carvalho Filho¹², a responsabilidade civil do agente público é de ordem patrimonial. Refere-se ao dever de ressarcimento pelos danos que tenha causado à Administração ou a terceiros, resultantes de uma conduta comissiva ou omissiva, culposa ou dolosa. Se o dano for causado à própria Administração, o servidor público responde diretamente à estrutura administrativa a qual se vincula, por meio de processo administrativo disciplinar. Se o dano tiver sido causado a terceiros, a responsabilização do agente ocorrerá, indiretamente, em razão da aplicação da regra do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, segundo a qual o Estado responde, objetivamente, ou seja, independentemente de culpa ou dolo, resguardado o direito de regresso contra o agente que causou o dano.

Já responsabilidade criminal é a que resulta do cometimento de infrações funcionais tipificadas como crimes. O ilícito penal sujeita o agente público a responder a processo criminal e a suportar os efeitos da condenação, comprovas a autoria e a materialidade do delito, o que pode redundar na aplicação de penas de privação de liberdades e de restrição de direitos, além da cominação de multas.

Embora prevaleça no direito pátrio o princípio da independência das instâncias, a lei estabelece que, na hipótese de o agente público ser absolvido na esfera criminal por inexistência do fato ou negativa de autoria, sua responsabilidade administrativa e civil será automaticamente elidida. Contudo, se a absolvição ocorrer por insuficiência de provas, isso não exclui a possibilidade de responsabilização do agente nas esferas civil e administrativa¹³.

3. A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DO TCU AO ART. 28 DA LINDB FRENTE AO DISPOSTO NO ART. 37, §6º, DA CF/1988.

Como foi observado na introdução, este artigo discute a constitucionalidade do artigo 28 da LINDB em relação ao disposto no artigo 37, §6º, da Constituição Federal, com foco no erro grosseiro como requisito para responsabilizar gestores públicos por danos causados a terceiros, por meio de ação de regresso. O dispositivo constitucional em questão estabelece o seguinte:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Pela literalidade do dispositivo acima transcrito, não há qualquer exigência adicional, além da demonstração do dolo ou da culpa, para que o Estado exerça o seu direito de regresso contra o agente público causador de um dano ao erário. De fato, ele só poderá ser obrigado a ressarcir os cofres do Estado pela indenização

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹³ Os artigos 62 e 386 do Código de Processo Penal tratam da relação entre as esferas penal, civil e administrativa, definindo como uma absolvição criminal pode influenciar ou não a responsabilização do agente em outras esferas. O artigo 62 estabelece que a absolvição do réu em ação penal, nos casos em que se apurar a inexistência do fato ou negativa de autoria, implica o afastamento de responsabilidade civil e administrativa. Por sua vez, o artigo 386, ao abordar as situações de absolvição criminal, estipula que, quando esta ocorrer por insuficiência de provas, persistirá a possibilidade de responsabilização civil e administrativa do agente público.

paga à vítima do dano se houver comprovação ao menos da culpa caracterizada pela negligência, imprudência ou imprudência.

A responsabilidade subjetiva do agente público na aplicação do artigo 37, §6º, da Constituição Federal é defendida por Osório¹⁴:

(...) cremos que, ao adotar-se, na própria CF/88, a exigência de culpa ou dolo para embasar a ação de regresso, se está a consagrar o respaldo para reconhecimento do princípio da culpabilidade no campo punitivo, a partir de uma analogia com a responsabilidade subjetiva e não objetiva do agente público para mero ressarcimento ao erário.

A exigência de culpa ou dolo prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição funda-se na necessidade de preservação dos agentes que atuam em nome do Estado. Para que os agentes públicos exerçam suas funções na consecução de atividades voltadas para o bem-estar social, é preciso de um mínimo de estabilidade e tranquilidade no cumprimento desse múnus público, que poderia ser inviabilizado caso fosse possível imputar responsabilidade ao administrador por quaisquer prejuízos causados à Administração, tenha o agente concorrido ou não com culpa.

No desempenho de suas funções, o agente público atua como expressão da vontade do Estado. O artigo 37, § 6º da Constituição Federal determina que, para que o agente público seja responsabilizado regressivamente por danos causados a terceiros, impõe-se demonstrar a existência do elemento subjetivo, dolo ou culpa.

Portanto, numa primeira leitura, a limitação contida no art. 28, no sentido de prever que o agente público responderá somente em caso de dolo ou erro grosseiro ofenderia o comando constitucional do § 6º do art. 37 da Constituição Federal, pois não requer a Carta Maior que a conduta tenha revelado erro grosseiro, basta a culpa. Nesse sentido, a exigência do erro grosseiro, para efeito de responsabilização de agentes públicos, aparenta conflitar com a tradição do direito pátrio quanto aos requisitos da responsabilidade civil extracontratual (ou aquiliana).

Cumprir observar que a jurisprudência reiterada do Tribunal de Contas da União caminha do sentido de equiparar o conceito de erro grosseiro ao de “culpa grave”, ou seja, comete erro grosseiro o agente que atua com grave inobservância do dever de cuidado e zelo com a coisa pública. Consulta à Jurisprudência Seleccionada na página do TCU na internet, utilizando os operadores de pesquisa “erro adj grosseiro” e “culpa adj grave”, permitiu seleccionar 21 (vinte e um) acórdãos cujos Enunciados correlacionam o erro grosseiro com a grave inobservância do dever de cuidado, ou seja, com a culpa grave. Desse conjunto, foram seleccionados 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

¹⁴ OSÓRIO, Fabio Medina. Direito Administrativo Sancionador. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 373.

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.

De acordo com os arts. 186 e 927 do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, isto é, violar a norma e causar dano a outrem tem o dever de indenizá-lo integralmente. Ademais, é conhecida a regra geral de reparação civil no sentido de que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944 do Código Civil), desde que existente o elemento culpa, seja qual for a sua modalidade. Desse modo, a gradação da culpa, se levíssima, leve ou grave, no sistema jurídico civilista, nunca se mostrou relevante para efeito de responsabilização.

A propósito, o TCU considera que a análise da presença do erro grosseiro na conduta do gestor apenas seria cabível nos casos em que se apuram irregularidades que poderão resultar na aplicação de sanções¹⁵. Em outras palavras, a avaliação da gradação da culpa, com o fim de verificar a presença da culpa grave (erro grosseiro), não terá lugar quando a ocorrência recair sobre a responsabilização financeira ou cível do agente (dever de ressarcimento). Foi o que a Corte de Contas decidiu por meio do Acórdão 2391/2018-Plenário, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler. O fragmento a seguir, extraído do voto condutor, ilustra as justificativas para a não aplicação do art. 28 da LINDB na responsabilização financeira por danos ao erário:

146. Isso ocorre porque as alterações promovidas na LINDB, em especial no art. 28, não provocaram uma modificação nos requisitos necessários para a responsabilidade financeira por débito.

147. O dever de indenizar os prejuízos ao erário permanece sujeito à comprovação **de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, como é de praxe no âmbito da responsabilidade aquiliana, inclusive para fins de regresso à administração pública, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição:**

“6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

¹⁵ Desde a entrada em vigor da Lei n.º 13.655/2018, percebe-se que a análise do “erro grosseiro” vem sendo incorporada cada vez mais aos acórdãos do TCU, com vistas a robustecer as razões de decidir que fundamentam as condenações dos gestores e demais jurisdicionados. Pesquisa ao sistema de jurisprudência do TCU na sua página da internet, no campo “acórdãos”, utilizando a palavra-chave “erro adj. grosseiro e 13.655/2018”, retornou com 1996 resultados, distribuídos por ano da seguinte forma: 570 julgados proferidos em 2024 - até 25/09/2024; 502 em 2023; 293 em 2022; 345 em 2021; 207 em 2020; 65 em 2019 e 14 em 2018. Desse modo, não há como negar a crescente importância que o Tribunal vem atribuindo à apuração do erro grosseiro no contexto da responsabilização de agentes públicos.

Dessa forma, o TCU reconhece a existência de dois tipos de responsabilidade para os agentes públicos. A primeira, de ordem punitiva, que deve ser utilizada na aplicação de sanções, exigindo o dolo ou o erro grosseiro (culpa grave) na avaliação da conduta do agente para que possa haver sua responsabilização. A segunda, de ordem financeira ou ressarcitória, não levaria em consideração o erro grosseiro, sendo disciplinada pelo art. 37, §6º da Constituição de 1988, exigindo o dolo ou a culpa simples. O entendimento adotado pelo Tribunal é que o disposto no art. 28 se aplica exclusivamente à aplicação de sanções, como a multa, e não à indenização por danos causados ao erário, mesmo que o dispositivo não estabeleça qualquer diferenciação ou limitação quanto ao alcance sobre as espécies de responsabilização sancionatória e ressarcitória.

De acordo com as razões declinadas no fragmento do voto acima reproduzido (Acórdão 2391/2018-TCU-Plenário), a interpretação favorável à avaliação do erro grosseiro (ou da culpa grave) também em relação à responsabilidade financeira do agente poderia revelar-se contrária ao princípio de hermenêutica segundo o qual “não pode o intérprete restringir onde a lei não restringe”. Isso ocorre porque o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, ao tratar do direito de regresso, não especificou o tipo de culpa exigido para que a Administração Pública recupere a indenização paga a terceiros em razão de ato culposo de um agente público.

Embora a literalidade do texto constitucional leve à conclusão mencionada, é necessário considerar, na análise, princípios de hierarquia constitucional que, quando examinados de forma conjunta e sistemática, revelam fundamentos relevantes para sustentar a presunção de compatibilidade do artigo 28 da LINDB com a Constituição Federal.

De partida, cumpre assinalar que existem categorias de agentes estatais em que a norma infraconstitucional estipulou um regime de responsabilização ainda mais restritivo do que o previsto pelo art. 28 da LINDB, estabelecendo que tais agentes apenas responderão, civil e regressivamente, quando agirem com dolo ou fraude no exercício de suas funções, sem sequer mencionar a modalidade culposa.

É o que prevê, por exemplo, a Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil), ao dispor sobre a responsabilidade pessoal dos magistrados (art. 143), dos integrantes do Ministério Público (art. 181), Advocacia Pública (art. 184) e Defensoria Pública (art. 187), sendo que tal norma até hoje não teve a inconstitucionalidade declarada pelo Supremo Tribunal Federal, o que milia a favor da presunção de constitucionalidade da Lei nº 13.655/2018.

Desse modo, a quantidade de leis que regem categorias específicas, limitando a responsabilidade dos agentes públicos apenas a casos de dolo ou fraude, já sugere que a antinomia em questão é mais aparente do que real.

De acordo com o ensinamento de Meirelles¹⁶, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagrou a responsabilidade extracontratual objetiva do Estado, com fulcro na chamada teoria do risco administrativo. Em síntese, na linha dessa teoria, há o reconhecimento de que a atividade exercida pelo Estado, mediante suas múltiplas formas de intervenção na realidade social, apesar de orientada à consecução dos interesses da coletividade como um todo, também é potencialmente geradora de riscos de danos aos cidadãos que se beneficiam das políticas públicas proporcionadas pela ação estatal¹⁷.

Dessa premissa surge a teoria de que não seria socialmente justo que apenas a pessoa diretamente afetada pelos danos de uma atividade estatal que gera riscos em benefício de todos tivesse que arcar também com o ônus de comprovar a culpa na responsabilidade subjetiva. Isso poderia dificultar significativamente a reparação completa do prejuízo sofrido pela vítima.

Por esse motivo, assevera-se que, na delimitação da responsabilidade objetiva do Estado, haveria um forte componente de solidariedade social, pois todos os membros da coletividade são chamados a concorrer para a recomposição do dano, via o orçamento público, facilitando a indenização à vítima que fica dispensada de demonstrar a culpa.

Nesse sentido, ensina Tepedino¹⁸ que:

Com efeito, os princípios da solidariedade social e da justiça distributiva, capitulados no art. 3.º, Incisos I e III, da Constituição, segundo os quais se constituem em objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, não podem deixar de moldar os novos contornos da responsabilidade civil. Do ponto de vista legislativo e interpretativo, retiram da esfera meramente individual e subjetiva o dever de repartição dos riscos da atividade econômica e da autonomia privada, cada vez mais exacerbados na era da tecnologia. Impõem, como linha de tendência, o caminho da intensificação dos critérios objetivos de reparação do dano e do desenvolvimento de novos mecanismos de seguro social.

Se assim for, não parece compatível com o princípio da igualdade e com a socialização dos riscos administrativos, conforme a responsabilidade objetiva prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, o entendimento de que, em ação regressiva, o agente público possa ser pessoalmente responsabilizado pelo prejuízo causado a terceiros quando atuou no interesse do serviço e com culpa leve ou levíssima. Seria incoerente supor que a Constituição, ao facilitar a reparação do dano para quem sofre prejuízos decorrentes da ação estatal — dispensando a

16 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

17 Na lição Meirelles, “O risco e a solidariedade social são, pois, os suportes desta doutrina que, por sua objetividade e partilha dos encargos, conduz a mais perfeita justiça distributiva, razão pela qual tem merecido o acolhimento dos Estados modernos, inclusive o Brasil, que a consagrou pela primeira vez no artigo 194, da Constituição Federal de 1946”. *Op. cit.*, p. 558.

18 TEPEDINO, Gustavo. *A Evolução da Responsabilidade Civil no Direito Brasileiro e suas Controvérsias na Atividade Estatal*. In *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 201

comprovação da culpa —, tenha, ao mesmo tempo, permitido que esse ônus recaia integralmente sobre o agente público¹⁹.

Assim, não é razoável a interpretação que, ao tempo em que acolhe a justiça distributiva prevista no art. 37, § 6º da CF/1988, não admite a tolerância ao erro do agente público que, no exercício de suas funções, agiu conforme a média de seus pares e, por isso, cometeu um erro escusável. Exigir desse agente um padrão de diligência superior ao normal ou extraordinário, para que ele possa se isentar da obrigação de reparar um dano causado a terceiros por meio de ação regressiva do poder público, é desproporcional, especialmente considerando que sua culpa pode ser leve ou levíssima.

Nesse sentido, Santos²⁰ pondera que:

(...) se a atividade administrativa é intrinsecamente perigosa, não apenas para terceiros, mas aos agentes que atuam em nome da administração, um sistema de distribuição de riscos deve considerar o grau da culpa exigível do agente, para tanto, impõe-se sua responsabilização apenas em casos mais graves e de tolerabilidade ao erro, eis que submetido a nível de risco decorrente do próprio exercício de suas funções.

(...) a limitação da responsabilização dos agentes quando causem danos a terceiros ou diretamente à Administração não significa limitação de responsabilização estatal perante terceiros. Nesta hipótese, os danos sofridos deverão ser ressarcidos pelo risco da atividade (presentes os demais pressupostos da responsabilização objetiva), o que não significa consequente responsabilização dos agentes públicos que causaram danos.

Insista-se no argumento. Há um risco inegável à atividade administrativa que não pode ser integralmente atribuído ao servidor público que, por acaso, contribua de forma culposa (nas formas leve ou levíssima) para a ocorrência de um dano ao Erário. Imputar ao agente público todos os riscos e consequências de um eventual insucesso na atuação do Estado poderia resultar em um sistema que desestimula a tomada de decisões dentro da Administração Pública e inibe a criação de soluções inovadoras e disruptivas.

¹⁹ A interpretação que ora se propõe vai ao encontro da “teoria da dupla garantia” encetada pelo Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o § 6º do art. 37 da Constituição Federal, no sentido de que o aludido dispositivo consagraria uma dupla garantia: “(...) uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular (RE 327904, CARLOS BRITTO, STF). No mesmo sentido confira-se: ARE nº 991.086: “EMENTA DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO CPC/1973. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. REPARAÇÃO DE DANOS. AGENTE PÚBLICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. CONSONÂNCIA DA DECISÃO RECORRIDA COM A JURISPRUDÊNCIA CRISTALIZADA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO QUE NÃO MERECE TRÂNSITO. REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA. PROCEDIMENTO VEDADO NA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. AGRAVO MANEJADO SOB A VIGÊNCIA DO CPC/2015. 1. O entendimento da Corte de origem, nos moldes do assinalado na decisão agravada, não diverge da jurisprudência firmada no Supremo Tribunal Federal. Esta Suprema Corte firmou o entendimento de que “somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns”. Precedentes: RE 228.977, Rel. Min. Neri da Silva, 2ª Turma; 327.904, Rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma; RE 470.996-AGR, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma; RE 344.133, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma; RE 593.525-AgR-segundo, Rel. Min. Roberto Barroso, 1ª Turma; ARE 939.966-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma. 2. As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. 3. Agravo regimental conhecido e não provido.” (In: STF. ARE 991086 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018, DJe-055 DIVULG 20-03-2018 Publicação 21-03-2018).

²⁰ 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, 2020p. 209.

Não se questiona que a existência de instrumentos de responsabilização incentiva o zelo e a precaução na gestão do patrimônio público. Todavia, a reprimenda às infrações deve ser cuidadosamente ajustada para evitar a criação de um clima de medo excessivo, que desencoraje profissionais competentes de assumirem posições decisórias ou, ainda, que incentive a paralisia administrativa ou desmotive a inovação devido ao receio de penalizações desproporcionais.

A rigor, a tolerância ao erro administrativo, tal como prevê o art. 28 da LINDB, pode ser interpretada como um direito fundamental implícito em favor do agente público, conforme a teoria do risco constante do art. 37, § 6º, da CF/1988, sendo a LINDB apenas um instrumento de sua revelação.

Binenjojm e Cyrino²¹, analisando o erro grosseiro à luz do art. 37, § 6º, ressaltam que o constituinte decidiu adotar um conceito mais abrangente de culpa, sem se preocupar em especificar o grau de intensidade em que a culpa deve ocorrer para efeito de responsabilização do agente público.

(...) não existe uma interdição constitucional a que o legislador democrático densifique o conceito de culpa ou adote uma certa modalidade ou intensidade para que a responsabilidade reste configurada. Isso é uma decorrência da abertura semântica do termo e também um imperativo de construção democrática do sentido das normas constitucionais ao longo do tempo. Não há como pretender congelar um conceito específico de culpa, apenas por desejo da doutrina, impedindo a sua regulamentação legal do termo dentro de certas balizas semânticas.

Conforme observa Niebuhr²², embora o § 6º do artigo 37 da Constituição Federal preveja a indenização nos casos de dolo ou culpa, sem especificar graus de culpa, isso não impede que a legislação infraconstitucional discipline a matéria e estabeleça critérios para a responsabilização dos agentes públicos. De acordo com o autor, a Constituição Federal não veda a fixação de limites e condicionantes pelo legislador infraconstitucional.

A despeito do entendimento consignado no acórdão paradigma acima referido (Acórdão 2391/2018-TCU-Plenário), entende-se que a tese ali firmada deve ser revisitada, a fim de que o conceito de erro grosseiro previsto no art. 28 da LINDB seja aplicado tanto para as sanções quanto para o ressarcimento por dano causado ao erário.

Nesse quadro, transcorridos mais de seis anos das alterações promovidas na LINDB, já haveria condições para o Tribunal superar a sua jurisprudência²³, fundada na legislação civil, a qual, regra geral, não faz distinção entre os graus de culpa para efeito de restituição do dano, isto é, tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, haverá o dever de indenizar. Nesse passo, o desdobramento mais consentâneo com os fundamentos da Lei nº 13.655/2018, alinhado, aliás, com a

21 *Op. cit.*, p. 229.

22 NIEBUHR, Joel de Menezes. O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. Zênite. Disponível em <<https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>>. Acesso em 16/12/2022.

23 Entendendo que a responsabilidade dos gestores públicos perante o TCU segue a regra geral da responsabilidade prevista no direito civil: Acórdão 18957/2021-TCU-Segunda Câmara, Rel. Aroldo Cedraz, Acórdão 18333/2021-TCU-Primeira Câmara, Rel. André de Carvalho e Acórdão 4485/2020-TCU-Primeira Câmara, Rel. Benjamin Zymler, entre outros.

deferência que o TCU já vem mostrando à norma em suas deliberações, seria no sentido de que o Tribunal incorporasse a análise do erro grosseiro irrestritamente ao processo de responsabilização de agentes públicos, seja para aplicar sanções ou condenar ao dever de ressarcir os cofres públicos.

Por tudo que foi exposto, considera-se que o comando do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, por meio do qual se assegura o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa, não revela incompatibilidade insuperável com o disposto no art. 28 da LINDB, inserido pela Lei nº 13.655/2018, no que se refere à aplicação do erro grosseiro à pretensão de reparação por dano ao erário, e isso se deve a duas razões acima apontadas. Primeiro porque o ordenamento convive com outras normas limitadoras da responsabilidade de agentes públicos, sendo que até hoje tais normas não tiveram sua inconstitucionalidade reconhecida pelo STF. Depois, o conceito de erro grosseiro, para fins de responsabilização, coaduna-se com a concepção de partilha dos riscos administrativos, que orienta a responsabilidade objetiva do Estado contemplada no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

3.1. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF) E A MP 966/2000

A discussão sobre a constitucionalidade do art. 28 da LINDB ganhou novo fôlego com a edição da Medida Provisória n. 966/2020²⁴, que relativiza a responsabilização dos agentes públicos durante a pandemia da Covid-19. Entre os outros pontos, a citada MP estabelece que os agentes públicos “somente” poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados com as medidas de enfrentamento à pandemia e aos efeitos econômicos e sociais dela decorrentes.

Frisa-se, por oportuno, que a norma contestada ainda se ocupou de definir o que deve ser considerado como “erro grosseiro”, para fins da aplicação de suas disposições, conforme se verifica da redação de seu art. 2º: “Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.

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

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

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

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

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

II - se houver conluio entre os agentes.

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

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

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

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

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

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

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

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

Em julgamento ocorrido na Sessão de 21/5/2020²⁵, o Plenário do STF, por maioria, decidiu, em sede de pedido liminar, manter a vigência da Medida Provisória 966, seguindo o entendimento defendido pelo relator Ministro Luís Roberto Barroso, mediante interpretação conforme a Constituição, no sentido de considerar como “erro grosseiro” o ato administrativo que ensejar violação do direito à vida, à saúde ou ao meio ambiente equilibrado em razão da inobservância de normas e critérios científicos e técnicos e dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção; afastando, dessa forma, “qualquer interpretação que dê imunidade a agentes públicos por atos ilícitos fica desde logo excluída”, conforme ressaltou o Relator.

Por maioria, o Supremo Tribunal Federal deferiu parcialmente a cautelar para conferir interpretação conforme à Constituição aos art. 1º e 2º da MP 966/2020, na linha proposta pelo Relator, como também fixou as seguintes 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 científico 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.

De modo a evidenciar o caráter controvertido da questão debatida, essa decisão do STF não ficou imune a críticas pela doutrina, tendo parte dela entendido que os critérios adotados pela Suprema Corte para tentar delimitar o conceito indeterminado da MP nº 966/2020 e do art. 28 da LINDB foram igualmente imprecisos e vagos, tendo em vista a insegurança jurídica que seus próprios termos poderiam gerar. É o que se depreende dos comentários apresentados pelo administrativista Carvalho Filho (2020, p. 18):

Com a devida vênia ao Ministro Relator, os elementos de configuração do erro grosseiro impostos pela decisão são tão fluidos e imprecisos quanto os aspectos invocados pelo legislador para o mesmo fim. Isso é fácil de comprovar. A pandemia do novo coronavírus ainda não deu mostras de certeza alguma quanto a standards, normas e critérios. Ao contrário, o cenário tem produzido total insegurança na sociedade e opiniões divergentes de especialistas. Os governantes, por sua vez, agem segundo os critérios em que acreditam, alguns deles mais científicos, outros mais empíricos, de modo que não é raro deparar com políticas diametralmente opostas e contraditórias. O problema social hoje vive somente diante do dilema sobre se deve prevalecer o isolamento social ou a flexibilização de atividades.

25 Tratou-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.

Ocorre que, na Sessão Virtual de 1.3.2024 a 8.3.2024, o Plenário da Corte julgou, por unanimidade, prejudicadas as ações (ADIs 6.421 e 6.428) quanto à MP nº 966/2020, em razão do vencimento do prazo de vigência da Medida Provisória sem sua conversão em lei. Todavia, o Supremo prosseguiu no julgamento de mérito das ADIs para reconhecer a improcedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 28 da LINDB e dos arts. 12 e 14 do Decreto nº 9.830/2019, segundo o voto do Relator. Ademais, decidiu-se fixar as seguintes teses de julgamento: “1. Compete ao legislador ordinário dimensionar o conceito de culpa previsto no art. 37, § 6º, da CF, respeitado o princípio da proporcionalidade, em especial na sua vertente de vedação à proteção insuficiente; 2. Estão abrangidas pela ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves”.

Nos termos do voto condutor ao julgamento das aludidas ADIs, o Relator entendeu que a Constituição Federal de 1988 “não impõe um dever absoluto de responsabilidade em caso de qualquer espécie de culpa”, razão por que não haveria óbice ao legislador ordinário para “dimensionar adequadamente a culpa juridicamente relevante para fins da responsabilidade civil regressiva do agente público”. Contudo, advertiu que a regulamentação não poderia restringir de maneira demasiada o conceito de culpa do gestor a ponto de inviabilizar a sua responsabilização, pois, neste caso, haveria afronta ao “princípio da proporcionalidade, em especial na sua vertente de vedação à proteção insuficiente”, bem como ao disposto no art. 37, § 6º, da Constituição. No caso analisado, considerou que “o art. 28 da LINDB e os arts. 12 e 14 do Decreto 9.830/2019 fizeram adequada especificação quanto ao alcance da responsabilização pessoal dos agentes públicos”, respeitando “os limites de livre conformação” estipulados pelo constituinte, motivo pelo qual não haveria “mácula à validade” das referidas normas²⁶.

Portanto, embora a impugnação principal estivesse voltada para a Medida Provisória nº 966/2020, cuja edição ocorreu num contexto excepcional de enfrentamento à pandemia, ao fim e ao cabo, no mérito, o STF reconheceu a compatibilidade do art. 28 da LINDB com o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, além de ter esclarecido que “estão abrangidas pela ideia de erro grosseiro as noções de imprudência, negligência e imperícia, quando efetivamente graves”.

Registra-se, outrossim, que o Relator da referida decisão no STF não chegou a detalhar, e talvez não fosse o caso de fazê-lo naquela assentada, em que medida a negligência, imperícia e imprudência podem ser consideradas graves o bastante para caracterizar o erro grosseiro de que trata o art. 28 da LINDB. Apenas sinalizou que “a tolerância ao erro não pode significar complacência”. Significa dizer, portanto, que a falha pode ser admitida, mas a desídia, o descuido e más gestões em geral merecem enfrentamento.

26 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15366176909&ext=.pdf> Acesso em 05/08/2024.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível sustentar a necessidade de o TCU revisitar sua jurisprudência para que a análise do erro grosseiro, nos termos do art. 28 da LINDB, seja aplicada tanto às sanções administrativas (responsabilidade administrativa) quanto à obrigação de ressarcir danos causados ao erário (responsabilidade financeira). O estágio atual de consolidação da Lei nº 13.655/2018 no ordenamento jurídico já permite que a Corte de Contas supere sua jurisprudência tradicional, baseada na legislação civil, incorporando de forma ampla o exame do erro grosseiro em todo o processo de responsabilização de agentes públicos.

Considera-se que a tolerância ao erro administrativo, tal como prevê o art. 28 da LINDB, traduz direito fundamental implícito em favor do agente público, conforme a teoria do risco constante do art. 37, § 6º, da CF/1988, sendo a LINDB apenas um instrumento de sua revelação. Além disso, conclui-se que o princípio da socialização dos riscos, que fundamenta a teoria da responsabilidade objetiva do Estado prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, é incompatível com a responsabilização pessoal do agente público por meio de ação de regresso quando este atua no interesse do serviço e com culpa leve ou levíssima. Uma interpretação contrária a essa premissa poderia desestimular profissionais qualificados a assumirem funções decisórias e, ainda, gerar um efeito negativo na administração pública, incentivando a paralisia administrativa por medo de sanções desproporcionais.

REFERÊNCIAS

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 mar. 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 fev. 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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

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

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras 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 dez. 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.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O Erro Grosseiro – Análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. **Revista Zênite**. Disponível em <https://www.zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordaono-2-3912018-do-tcu/>. Acesso em 16 dez. 2022.

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

OSÓRIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

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

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