

## O novo marco jurídico para a aplicação de sanções pelo TCU a partir da Lei nº 13.655/2018

The new legal framework for the application of sanctions by the TCU from Law nº 13.655/2018

<https://doi.org/10.32586/rcda.v21i2.830>

**Francisco Sérgio Maia Alves<sup>1</sup>**

### RESUMO

A Lei nº 13.655/2018 acrescentou uma série de disposições na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) visando disciplinar a aplicação de sanções administrativas aos agentes públicos por violação de normas sobre gestão pública. Os novos dispositivos instituíram parâmetros para o exame da antijuridicidade e da culpabilidade da conduta e estabeleceram um novo *standard* para a aplicação da sanção: a existência de dolo ou erro grosseiro. O objetivo do artigo é interpretar esse novo conjunto de regras a partir do conceito analítico de infração administrativa e verificar em que medida as disposições afetam o marco jurídico aplicável ao exercício do poder sancionatório pelo Tribunal de Contas da União. Para a consecução do trabalho foi utilizado o método de abordagem dedutivo e a pesquisa documental e bibliográfica. Ao final da pesquisa, constatou-se que as recentes mudanças na LINDB impuseram critérios mais rígidos de responsabilização e um maior ônus argumentativo ao julgador de contas.

**Palavras-chave:** infração administrativa; sanção administrativa; LINDB; erro grosseiro; motivação.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Unificado de Brasília (Ceub). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB) e em Engenharia Civil-Aeronáutica pelo Instituto Tecnológico de Aeronáutica (ITA). Auditor Federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União. Advogado. E-mail: francisosergio@angra.adv.com.br

## ABSTRACT

The Law nº 13.655/2018 included a series of provisions in the Introduction to the Brazilian Law Act (LINDB) aimed at disciplining the application of administrative sanctions to public agents for violation of rules on public management. The new provisions established parameters for the examination of the illicitness and culpability of the conduct and established a new standard for the application of the sanction: the existence of malice or gross error. The purpose of the paper is to interpret this new set of rules based on the analytical concept of administrative infraction and to verify how the provisions affect the legal framework applicable to the exercise of the sanctioning power by the Federal Court of Accounts (TCU – Brazil). To carry out the work, the deductive method of approach and documentary and bibliographical research were used. At the end of the research, it was found that the recent changes in the LINDB imposed stricter criteria of liability and a greater burden of argumentation on the judgment of accounts.

**Keywords:** administrative infraction; administrative sanction; LINDB; gross error; motivation.

Avaliado pelo sistema  
double blind review  
(SEER/OJS – versão 3)



Data de submissão: 23-11-2022

Data de versão final: 03-04-2023

Data de aprovação: 16-04-2023

Data de publicação online: 19-06-2023

## 1 INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, acrescentou uma série de disposições no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, a denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). O propósito da norma, enunciado em seu preâmbulo, foi aumentar a segurança jurídica e prestigiar a eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Dentre as diversas modificações ocorridas na LINDB, destaca-se o novo *standard* para a aplicação de sanções pelas esferas administrativa, controladora e judicial, em função do descumprimento de normas sobre a gestão pública. Esse novo regime é formado pelos arts. 22 e 28 da LINDB.

O objetivo deste artigo é interpretar esse conjunto de regras a partir do conceito analítico de infração administrativa e verificar em que medida as disposições afetam o marco jurídico aplicável ao exercício do poder sancionatório pelo Tribunal de Contas da União (TCU).

Para tanto, será buscado um conceito analítico de infração administrativa, tomando como norte as noções de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, extraídas da Teoria do Direito Penal, levando em conta as peculiaridades do Direito Administrativo Sancionador. Essa base teórica será confrontada com as disposições da Lei Orgânica e do Regimento Interno do TCU que tratam de infrações e sanções, a fim de extrair os traços característicos dessas regras.

Na sequência, será promovida a interpretação dos dispositivos da LINDB que interessam ao estudo do tema, a partir das ideias gerais expostas no passo anterior. Por fim, serão analisados os reflexos da legislação supramencionada sobre o dever de motivação das decisões do TCU que imputam pena aos agentes públicos.

Para cumprir o propósito deste trabalho, será adotado o método de abordagem dedutivo, partindo-se da análise geral do objeto de estudo, ou seja, da legislação e da doutrina pertinentes, até se chegar às conclusões particulares. Trata-se, portanto, de uma abordagem qualitativa, que será efetivada mediante a compreensão e a interpretação de um determinado conjunto de normas e textos jurídicos, visando extrair a essência do arcabouço normativo aplicável ao poder sancionatório do TCU.

Quanto às técnicas de pesquisa, será utilizada a documentação indireta, por intermédio da pesquisa documental e bibliográfica.

## 2 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O presente tópico tem como propósito apresentar os principais conceitos relacionados ao Direito Administrativo Sancionador, bem como os princípios estruturantes do exercício do poder sancionatório pelo Estado.

### 2.1 Infração e Sanção Administrativas

Diferentemente do Direito Penal, em que a infração criminal foi objeto de amplo estudo, a ponto de se construir o que se chama de teoria do crime, a infração administrativa não mereceu o mesmo tratamento doutrinário pelos estudiosos do Direito Administrativo.

A despeito disso, alguns autores se debruçaram sobre o tema. Segundo Vitta (2003), infração administrativa é:

[...] o descumprimento de um dever (conduta contrária ao comando da norma), pelo destinatário da norma jurídica, cuja sanção possa ser imposta por autoridade administrativa (no exercício da função administrativa), em virtude do ordenamento jurídico conferir-lhe tal competência (VITTA, 2003, p. 35).

O conceito de infração administrativa ora anunciado difere, de pronto, do que se entende como infração criminal. Enquanto esta envolve a realização de uma ação ou omissão especificada na norma tipificadora, aquela implica a realização de uma conduta contrária ao comando da norma.

Essa estrutura conceitual decorre do fato de que a atuação administrativa estar jungida ao princípio da legalidade estrita. Segundo a concepção clássica desse princípio, o agente público e aqueles em relação de sujeição especial com a administração pública somente poderão proceder de acordo com aquilo que a lei expressamente dita.

Como consequência, toda e qualquer atuação em desconformidade com o modelo rígido da norma implica, em tese, a prática de uma infração administrativa, passível de ensejar a aplicação de uma sanção administrativa, desde que prevista em uma norma expressa.

Todavia, nem sempre a infração administrativa tem a mesma estrutura normativa sugerida por Vitta (2003). No caso de violações relacionadas ao poder de polícia, é possível vislumbrar uma maior proximidade da norma com a que prescreve um tipo criminal, uma vez que há, também nesse caso, a descrição da conduta proibida, seguida da sanção correspondente. Essa característica pode ser verificada, por exemplo, nas normas de trânsito.

Não é por outra razão que Oliveira (2005, p. 19) descreve a infração administrativa como “[...] o comportamento contrário ao previsto na norma, seja obrigatório, seja proibido”. O autor conceitua o instituto como “[...] o comportamento típico, antijurídico, cuja sanção é aplicada por órgão administrativo, ou pelo órgão judicial ou legislativo, no exercício de função atípica” (OLIVEIRA, 2005, p. 19).

A natureza da atividade exercida pela autoridade que aplica a sanção também é enfatizada pela doutrina de Mello (2008). Segundo ele, a infração administrativa é o “descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera” (MELLO, 2008, p. 834).

No mesmo sentido, Mello (2005) assinala que a principal peculiaridade da sanção administrativa é o sujeito competente para sua imposição. Em suas palavras: “Trata-se de elemento decisivo para identificá-la. Se a medida punitiva não é imposta pela Administração Pública de sanção administrativa, então não se trata. Logo, é o elemento subjetivo que permite diferenciar a sanção administrativa da sanção penal” (MELLO, 2005, p. 27).

Osório (2019) discorda do uso do critério subjetivo para a abordagem do tema. Em aprofundada obra sobre o denominado Direito Administrativo Sancionador, o autor dá ênfase à natureza estatutária da norma violada, ao anunciar que as sanções administrativas são “(...) uma possível manifestação ou projeção do Direito Administrativo, do regime jurídico de Direito Público a que se submetem determinadas relações jurídicas, na esfera do poder punitivo do Estado” (OSÓRIO, 2019, p. 83).

Assim, ele conceitua a sanção administrativa como:

[...] um mal ou castigo, porque tem efeitos aflitivos, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, materialmente considerada, pelo Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado, jurisdicionado, agente público, pessoa física ou jurídica, sujeitos ou não às especiais relações de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com finalidade repressora ou disciplinar, no âmbito de aplicação formal e material do Direito Administrativo (OSÓRIO, 2019, p. 105).

Inspirado no conceito analítico de Oliveira (2005) e na ideia de sistema punitivo, a partir da construção de uma teoria do poder administrativo sancionador do Estado, segundo os ensinamentos de Osório (2019), busca-se construir um conceito de infração administrativa que se aproxime do que se entende como crime, conforme a doutrina do Direito Penal.

Segundo Nucci (2020, p. 2020), o crime, segundo uma perspectiva analítica, é:

[...] uma conduta típica, antijurídica e culpável, vale dizer, uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (NUCCI, 2020, p. 2020).

Sob essa perspectiva, a infração administrativa seria uma conduta típica e antijurídica, proscriita por uma norma de Direito Administrativo, sujeita à incidência de uma sanção. Trata-se de uma ação ou omissão em desacordo com um modelo legal de conduta proibida ou obrigatória (tipicidade) e contrária ao direito (antijuridicidade).

No que se refere à sanção administrativa, adota-se o conceito de Osório (2019) mencionado acima. Entende-se que o traço distintivo entre as sanções administrativas e as penais é o caráter estatutário das normas que as definem, como já exposto.

Sendo assim, a sanção administrativa é um castigo imposto a um administrado, jurisdicionado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em uma norma proibitiva pertencente ao Direito Administrativo, segundo os critérios estabelecidos na lei.

Embora as sanções administrativas estejam abrangidas em um mesmo conceito geral, por evidente, há elementos característicos de cada uma delas, segundo o bem jurídico tutelado e a própria norma administrativa que a disciplina.

Os elementos subjetivos da conduta (culpa ou dolo) não fazem parte da definição de infração administrativa, como conceito jurídico geral, até porque existem infrações de natureza objetiva, que prescindem do exame de tais aspectos para a sua configuração. Por esse motivo, exclui-se a culpabilidade da definição do referido instituto.

Analisa-se a seguir as ideias de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, sob a perspectiva do Direito Administrativo Sancionador.

## 2.2 Tipicidade

A tipicidade é apontada pela doutrina como um dos principais elementos de fundamentação do Direito Administrativo Sancionador.

Segundo Oliveira (2011, p. 25), “não há como se falar em infração administrativa – e aqui se pode incluir a infração penal – sem que haja o

tipo previamente estabelecido”. Essa ideia decorre do princípio da legalidade e da necessidade de conferir maior segurança jurídica à atuação dos agentes públicos no exercício da função administrativa.

Oliveira (2005, p. 21) define tipo como o conjunto de elementos de comportamento punível previsto na lei administrativa. O autor divide esses elementos em objetivos, subjetivos e normativos:

[...] os primeiros dizem respeito ao lugar, tempo, condições do sujeito e objeto da ação punível; os segundos dizem respeito ao fim visado pelo agente, o intuito que o animou à prática do ato; os últimos conduzem a um juízo de valor em relação aos pressupostos do injusto típico (“sem licença de autoridade competente”, “funcionário público”, “sem as formalidades legais”, “decoro”, “injusta” e outras expressões jurídicas ou extrajurídicas que exigem uma compreensão geral do direito ou da realidade social). Faltando algum destes elementos, desde que expressos no tipo, não haverá infração (OLIVEIRA, 2005, p. 21).

Para Nobre (2020, p. 136), o princípio da tipicidade:

[...] timbra em exigir que a Administração, ao manejar a sua competência punitiva, ajuste-se, com precisão, à descrição típica da norma que prevê a infração. Torna necessária a exata subsunção do fato ao modelo infracional. A tipicidade enuncia uma das consequências da adoção da reserva legal: a taxatividade (NOBRE, 2020, p. 136).

No mesmo sentido, Mello (2008) pondera que o princípio da tipicidade exige que o poder sancionatório do Estado esteja sujeito a balizas rígidas, a fim de permitir que os administrados tenham condição de ajustar sua conduta ao direito. Em suas palavras:

A configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável, a fim de que, de um lado, o administrador possa estar perfeitamente ciente da conduta que terá de evitar ou que terá de

praticar para livrar-se da incursão em penalizações e, de outro, para que dita incursão, quando ocorrente, seja objetivamente reconhecível (MELLO, 2008, p. 839).

Todavia, ao prever o tipo administrativo, nem sempre a lei apresenta o grau de precisão exigido pela doutrina mencionada. A título de exemplo, cita-se o art. 9º, incisos V e VI, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que atribuiu à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) a competência de apurar “atos ilegais e práticas não equitativas de administradores” e aplicar as penalidades previstas em seu art. 11.

Como se vê, não há nenhuma menção sobre os aspectos subjetivos e normativos da infração, conforme a teoria mencionada de Oliveira (2005), tampouco uma descrição suficientemente clara sobre o que vem a ser uma prática não equitativa, ou seja, o comportamento reprovável, como preconizado na obra de Mello (2008) – ambas referenciadas anteriormente.

As mesmas considerações se aplicam às disposições da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, que disciplinam o poder sancionatório do TCU. Segundo os incisos II e III de seu art. 58, o TCU pode aplicar multa por “ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial” e por “ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário”.

Dessa forma, qualquer ato praticado com grave infração às normas especificadas e qualquer ato de gestão ilegítimo ou antieconômico que cause dano ao erário podem atrair o poder sancionatório do TCU, a depender do juízo que se faça sobre os conceitos indeterminados manejados na aludida norma. Como se vê, trata-se de dispositivos com sentido extremamente aberto, que dão uma grande amplitude ao Tribunal no exercício de seu poder sancionatório.

Dito isso, é necessário fazer uma releitura do princípio da tipicidade para que ele seja aplicável ao exercício da atividade punitiva estatal, numa perspectiva mais abrangente.

As leis administrativas, entendidas como aquelas que se dirigem ao administrador público e às pessoas com relação de sujeição especial perante a Administração Pública, impõem um dever de fazer. Como consequência, toda ação contrária a esse dever corresponde a uma infração administrativa, desde que haja previsão de uma sanção em virtude desse comportamento.

A aplicação da pena administrativa decorre, muitas vezes, da incidência de tipos administrativos demasiadamente abertos, tanto na caracterização da conduta como na previsão da sanção – os dois exemplos trazidos acima ilustram esse atributo. Isso enseja uma avaliação extremamente subjetiva da autoridade julgadora, que age a partir de balizas bastante elásticas.

Tal aspecto não passou despercebido por Nobre (2020, p. 136), segundo o qual “a técnica genérica de qualificação da infração volatiliza o princípio da tipicidade, a exigir figuras demarcadas com precisão, não se comprazendo com remissões em branco a delimitarem o espaço do lícito ou proibido”.

O autor apontou como consequência dessa postura o que se poderia chamar de excesso de poder sancionatório do Estado. Esse atributo seria marcado pela predisposição de punir qualquer comportamento do administrador que viole uma norma jurídica, sem que haja, na prática, uma verdadeira lesão a um bem jurídico de interesse coletivo. Em suas palavras:

O problema da cláusula punitiva aberta poder redundar na punição de conduta que, na prática, seja inidônea para lesar bem jurídico de interesse coletivo, também não deverá induzir a sua desvalia. A exemplo do Direito Penal, é de bom alvitre a aplicação do princípio da insignificância. Assim, o aplicador da norma punitiva haverá de relevar as situações de não ocorrência de lesão a bens jurídicos da coletividade, escoimando de pena o infrator (NOBRE, 2008, p. 138).

Dessa forma, entende-se que o princípio da tipicidade não está bem assentado nas normas administrativas, não apenas porque se usam conceitos indeterminados na definição do tipo, mas principalmente porque se costuma definir como infração o descumprimento do estatuto que rege a conduta administrativa, sem nenhuma gradação quanto à reprovabilidade, à lesividade e ao bem jurídico violado.

Com isso, não cabe falar em tipicidade administrativa como a entendida no campo penal. Sob essa perspectiva, cabe acentuar a diferença entre os dois tipos de norma, segundo a doutrina de Nieto (2008), em tradução livre:

[...] No Direito Penal, a estrutura da norma punitiva é muito simples, pois tanto a tipificação do delito quanto a aplicação da sanção se dão, salvo raras exceções, de forma direta e individualizada; enquanto no Direito Administrativo Sancionador o mecanismo é muito mais complexo, pois a tipificação muitas vezes não é direta, mas por referência e a aplicação da sanção não é individualizada, mas genérica (NIETO, 2008, p. 303-304, tradução nossa).

Esse traço de generalidade na caracterização da infração e na definição da dosimetria das sanções pode ser observado na Lei Orgânica e no Regimento Interno do TCU, que não definiram critérios objetivos para o exercício do poder sancionatório pelo Tribunal. O assunto será retomado adiante.

### 2.3 Antijuridicidade

Segundo Nucci (2020, p. 330), a antijuridicidade ou ilicitude “é a contrariedade de uma conduta com o direito, causando efetiva lesão a um bem jurídico protegido”.

A avaliação da antijuridicidade constitui a segunda etapa da verificação do cometimento da infração administrativa, pois, da mesma forma que na órbita penal, o agente pode praticar um fato típico administrativo amparado em outra norma jurídica do sistema ou com o propósito de pro-

teger algum outro bem albergado pela ordem jurídica.

A tipicidade aberta das normas que descrevem as infrações administrativas, conforme descrito no tópico anterior, impõe uma maior atenção à verificação, por parte da autoridade julgadora, da antijuridicidade ou ilicitude da conduta.

Essa etapa tem como objetivo evitar a aplicação de sanção por irregularidades que não causem uma efetiva lesão à ordem jurídica, ao patrimônio e interesse públicos. Além disso, o exame da antijuridicidade busca analisar se o agente atuou em situação de inexigibilidade de conduta diversa.

A pesquisa defende que o Direito Administrativo Sancionador pode incorporar a ideia de lesividade a um bem jurídico protegido, a fim de perquirir a tipicidade material do comportamento do agente. Nesse sentido, cabe transcrever a seguinte passagem da obra de Pacelli e Callegari (2016, p. 93):

[...] a literalidade dos tipos penais não pode servir de referência absoluta para a determinação de seu alcance. [...] a tipicidade formal, isto é, a subsunção do fato à norma, constitui apenas o ponto de partida; o ponto de chegada, porém, será o juízo de tipicidade material, com a efetiva violação ao bem jurídico protegido (PACELLI; CALLEGARI, 2016, p. 93).

Em sentido próximo, Oliveira (2013) entende que a definição do que seja irregularidade no serviço público deve ajustar-se aos parâmetros de razoabilidade e de proporcionalidade. Para a configuração da irregularidade, não basta o ajuste semântico-gramatical ao texto da norma proibitiva ou deontológica, sendo “[...] forçoso, outrossim, que a conduta seja materialmente violadora dos preceptivos deontológicos previstos na legislação, é dizer-se, ela deve ser repugnada mesmo após o teste de razoabilidade e proporcionalidade” (OLIVEIRA, 2013).

Tais ideias encontram eco na teoria de Guardia (2014), que sugere a realização de um juízo interpretativo valorativo a respeito das circunstâncias do cometimento do fato, como forma de superar a tipicidade aberta da infração administrativa. Em suas palavras:

[...] não há impedir conceituação genérica no caso de infrações disciplinares, de modo a abarcar os ilícitos contrapostos à hierarquia, à ordem, ao funcionamento dos serviços públicos, ao patrimônio estatal, à moralidade e à credibilidade do serviço público. Constatação que demanda juízo interpretativo valorativo, exemplificativamente, quanto às circunstâncias concretas, reiteração das faltas, prejuízo (efetivo ou potencial), dolo e negligência (GUARDIA, 2014, p. 784).

Sendo assim, é preciso que o julgador atente na ocorrência de lesão efetiva à ordem jurídica como um todo, após verificar o enquadramento de um fato em uma conduta tipificada na norma administrativa. Tal procedimento tem como norte o cumprimento dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade no exercício do poder sancionador.

Tal característica da tipicidade administrativa impõe um esforço adicional da autoridade julgadora quando da imposição da sanção administrativa, especialmente na verificação da ocorrência do fato típico, com a abertura aqui designada, da ilicitude e da culpabilidade do agente.

É preciso que o julgador atente aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade devendo, ao final, fundamentar a decisão pela ocorrência da infração administrativa e do quantum da sanção administrativa a ser aplicada, a fim de atender aos princípios da proporcionalidade e da individualização da sanção.

No mesmo sentido, Guardia (2014, p. 784) prescreve:

Efetivamente, na esteira doutrinária, não há impedir conceituação genérica no caso de infrações disciplinares, de modo a abarcar os ilícitos contrapostos à hierarquia, à ordem, ao funcionamento dos serviços públicos, ao patrimônio estatal, à moralidade e à credibilidade do serviço público. Constatação que demanda juízo interpretativo valorativo, exemplificativamente, quanto às circunstâncias concretas, reiteração das faltas, prejuízo (efetivo ou potencial), dolo e negligência (GUARDIA, 2014, p. 784).

Com base nessas premissas, é possível afirmar que as disposições da LINDB introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 constituem uma resposta à tipicidade aberta do Direito Administrativo Sancionador. Isso porque ela impõe a avaliação de aspectos, tais como: os obstáculos e as dificuldades reais do gestor, as exigências das políticas públicas, as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente, a natureza e a gravidade da infração cometida, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. Tais elementos normativos serão minudenciados adiante.

## 2.4 Culpabilidade

O termo culpabilidade pertence, por origem, ao Direito Penal, que impõe a sua verificação ao juiz da causa no momento de fixação da pena<sup>2</sup>.

O sentido da expressão depende da teoria do crime – finalista ou causalista – ao qual se vincula aquele que a utiliza. Segundo Nucci (2020, p. 255), “[...] o dolo e a culpa, para o finalismo, são elementos subjetivos do crime inseridos no fato típico. [...] Para os causalistas, no entanto, o dolo e a culpa concentram-se na culpabilidade, não se relacionando com o tipo e não constituindo seu elemento”.

O autor, que se diz adepto da teoria normativa pura (finalista), define a culpabilidade como:

[...] um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito (teoria normativa pura, proveniente do finalismo) (NUCCI, 2020, p. 391).

---

2 Os critérios para a dosimetria das sanções criminais constam do art. 59 do Código Penal, lavrado nos seguintes termos: “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; [...]”

Analisando o tema sob a perspectiva do Direito Administrativo Sancionador, Mello (2005) parece adotar a ideia de culpabilidade manejada pela teoria causalista. Segundo o autor, o princípio da culpabilidade integra o regime jurídico que se aplica a todo o poder punitivo estatal, de forma que a imputação de sanção administrativa somente é possível se configurada a presença de dolo ou culpa (MELLO, 2005, p. 38).

Com isso, a ideia de culpabilidade se confunde ora com a perquirição da presença de dolo ou culpa na conduta do agente infrator, constituindo um critério para o exame da tipicidade da conduta, ora com o juízo a respeito da reprovação social do fato e do autor da infração, inserindo-se no espaço de avaliação da dosimetria da sanção.

Independentemente da noção que se dê ao termo culpabilidade, o fato é que nem toda sanção administrativa exige a verificação da presença de dolo ou culpa. Há, inclusive, infrações que requerem a presença do primeiro elemento.

A título de exemplo, invoca-se a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que estatuiu, já em seu art. 1º, a responsabilidade administrativa e civil objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Da mesma forma, a infração da ordem econômica independente de culpa, sendo, portanto, de natureza objetiva, conforme o art. 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência). As mesmas considerações se aplicam às multas de trânsito.

Em outra vertente, a jurisprudência do TCU entende que a configuração da infração do art. 46 da LOTCU exige a presença de dolo, ou seja, não se satisfaz com a mera existência de culpa em sentido estrito.

Nesse sentido, colhe-se a seguinte tese do repositório da jurisprudência do TCU:

A conduta dolosa é elemento subjetivo indispensável à configuração de fraude à licitação, sendo requisito essencial para a aplicação da sanção de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei

8.443/1992. (Acórdão nº 1.701/2022-Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas; Acórdão nº 3.156/2016-Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes).

Do mesmo modo, as infrações e as sanções administrativas previstas na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, passaram a exigir a comprovação de dolo, após as mudanças trazidas pela Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.

Sendo assim, a depender das especificidades do microsistema sancionador, a autoridade julgadora tem que perquirir se o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, atuando com dolo, ou se ele deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Ou, alternativamente, tão somente verificar se ocorreu o fato e houve a participação do agente em sua consumação, nos casos de responsabilidade objetiva.

Nos ilícitos em que é necessário avaliar a culpabilidade, o julgador deve perquirir se o agente infrator tinha consciência potencial de ilicitude, bem como se podia atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo direito.

A avaliação das circunstâncias subjetivas, da intenção do agente e das condições do cometimento da infração tem como fundamento o princípio da individualização da pena, previsto no art. 52, inciso XLVI, da Constituição Federal e de incidência plena no âmbito do Direito Administrativo Sancionador.

### **3 AS DISPOSIÇÕES DA LINDB APLICÁVEIS AO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**

O exercício do poder sancionatório pelo Estado possui um regime jurídico próprio no que se refere a condutas que impliquem a violação de normas sobre gestão pública. Esse novo marco legal é formado pelos arts. 22 e 28 da LINDB, recém-incluídos pela Lei nº 13.655/2018. Essas disposições serão objeto de análise e interpretação neste tópico.

O art. 22 parametriza o exame da antijuridicidade e da culpabilidade do fato praticado pelo agente, enquanto o art. 28 traça os contornos da apreciação dos elementos subjetivos e normativos da infração administrativa.

O cumprimento dessas disposições passa a ser obrigatório para as autoridades responsáveis pela aplicação de sanção administrativa, nas esferas administrativa, controladora e judicial. Como adverte Nobre (2020, p. 130), a imposição administrativa de sanções não deverá perder de vista as recomendações das normas jurídicas, de modo que a ação há de ser inteiramente vinculada, não havendo espaço à discricção da autoridade julgadora.

É possível afirmar que os artigos 22 e 28 da LINDB formam um novo *standard* para a fixação de sanções administrativas por violação a normas sobre gestão pública, nas esferas administrativa, controladora e judicial, assim como o art. 59 do Código Penal o é para fins de estabelecimento das penas criminais.

O presente tópico é dividido em três partes: as duas primeiras contemplando a interpretação dos artigos mencionados, especificamente, as regras sobre a aplicação de sanção administrativa, e a terceira examinando a modificação do parâmetro de fundamentação das decisões sobre regularidade de condutas na gestão de recursos públicos.

### 3.1 Art. 22 da LINDB: avaliação da antijuridicidade e da culpabilidade do fato típico administrativo

Embora a LINDB não tenha textualmente utilizado a expressão “sanção administrativa”, entende-se que o termo “sanção”, adotado nos §§ 2º e 3º do art. 22, diz respeito às penas com essa natureza, uma vez que o dispositivo trata da interpretação de normas sobre gestão pública. Segue a redação dos dispositivos:

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato (DECRETO-LEI nº 4.657, 1942).

Ademais, não se pode olvidar que a Lei nº 13.655/2018 buscou justamente disciplinar a criação e a aplicação do direito público, conforme escrito em seu próprio preâmbulo<sup>3</sup>. Sendo assim, considerando o conceito de sanção administrativa adotado no presente trabalho, compreende-se que o art. 22 da LINDB disciplina a aplicação dessa espécie de pena aos agentes administrativos, especialmente as veiculadas em normas sobre gestão pública.

O aludido comando é dirigido às autoridades responsáveis por proferir decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial a respeito da regularidade de conduta ou validade de ato praticado por agente público, com vistas à aplicação de sanção administrativa. Por via de consequência, o dispositivo tem plena incidência sobre o exercício do poder sancionatório do TCU.

O *caput* do art. 22 prescreve que “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”. O dispositivo deve ser lido em conjunto com os seus parágrafos para os propósitos do presente artigo.

O § 1º do art. 22 assinala que, “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”.

A disposição exige que a autoridade julgadora examine, em cada

---

<sup>3</sup> 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.

caso concreto, as eventuais limitações e obstáculos que condicionaram ou impediram a conduta do agente de acordo com o direito para fins de aplicação de sanção.

Dentre as circunstâncias práticas referidas no § 1º, incluem-se os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, especificadas no *caput* do art. 22. Tais aspectos limitam e condicionam a atuação do agente público, interferindo no juízo a respeito da antijuridicidade e da culpabilidade de sua conduta.

O primeiro aspecto abrange a situação de um gestor que, de forma intencional ou culposa, descumpra uma regra jurídica, praticando o fato típico, mas assim procede devido a obstáculos reais ou circunstâncias que tornaram impossível ou muito difícil a atuação conforme as regras.

A título de exemplo, cita-se o caso de um engenheiro de obras, designado para fiscalizar a construção de um longo trecho de rodovia, sem o auxílio de outros profissionais e sem o suporte e material técnico necessários (laboratório de solo, asfalto, instrumento de topografia, de controle de qualidade etc.), que eventualmente ateste a execução de quantitativos de movimentação de terra, para fins de medição e pagamento, que posteriormente se verifiquem em excesso.

Nessa hipótese, é possível afirmar que o engenheiro fiscal praticou o fato típico administrativo, ao emitir boletim de medição atestando a execução de serviços não realizados, dando ensejo à liquidação da despesa em desacordo com o art. 63, *caput*, § 1º, inciso II, e § 2º, inciso III, da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964<sup>4</sup>. Sua conduta se amolda aos tipos especificados nos incisos II e III do art. 58 da Lei nº 8.443/1992, sendo, *a priori*, passível de apenação<sup>5</sup>.

4 “Art. 63. A liquidação da despesa consiste na verificação do direito adquirido pelo credor tendo por base os títulos e documentos comprobatórios do respectivo crédito. § 1º Essa verificação tem por fim apurar: [...] II - a importância exata a pagar; [...] § 2º A liquidação da despesa por fornecimentos feitos ou serviços prestados terá por base: [...] III - os comprovantes da entrega de material ou da prestação efetiva do serviço”.

5 “Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: [...] II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial; III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário”.

Nesse exemplo, a conduta do engenheiro fiscal é ilícita ou antijurídica, porquanto não é albergada em nenhuma outra norma do sistema. É correto falar que sua atuação foi contrária ao direito e causou efetiva lesão a um bem jurídico protegido, a saber as finanças públicas.

Todavia, a reprovabilidade de sua conduta pode ser mitigada ou até mesmo afastada em razão dos obstáculos e dificuldades reais existentes, em concreto. O exame desse aspecto insere-se na etapa de verificação da culpabilidade da conduta, quando se examina se o autor tinha a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo direito. A conclusão quanto à aplicação ou não da sanção, na situação em tela, vai depender da dialética estabelecida no processo e das circunstâncias do caso concreto.

Quanto à atuação conforme as exigências das políticas públicas a seu cargo, também consignada no *caput* do art. 22, a hipótese legal abrange a situação de um agente público que eventualmente descumpra uma regra jurídica e, por consequência, pratique um fato típico, com a intenção de atender, de modo mais eficiente, uma finalidade de interesse público encartada em outra norma do ordenamento jurídico.

A título de exemplo, cita-se o caso de um agente público que assine um aditivo contratual acima do limite legal estabelecido no art. 125 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021<sup>6</sup>, com o objetivo de viabilizar a conclusão de um hospital e, assim, permitir o atendimento de uma necessidade urgente da comunidade.

Nessa hipótese, o agente praticou o ato típico, porquanto sua conduta se amolda ao tipo especificado no inciso II do art. 58 da Lei nº 8.443/1992, mas o seu comportamento pode (em tese) ser considerado como não antijurídico (jurídico), uma vez que está albergado em outro valor tutelado pelo sistema jurídico, a saber, o interesse público<sup>7</sup>.

6 “Art. 125. Nas alterações unilaterais a que se refere o inciso I do caput do art. 124 desta Lei, o contratado será obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, acréscimos ou supressões de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para os acréscimos será de 50% (cinquenta por cento)”.

7 O TCU tem critérios mais rígidos para afastar a ilicitude dessa conduta, expostos na paradigmática Decisão 215/1999-TCU-Plenário, Relator Ministro José Antônio Barreto de Macedo.

Seguindo essa interpretação, seria adequado falar que não houve o cometimento da infração administrativa, já que a conduta não ultrapassou a etapa de avaliação da antijuridicidade, de modo que não cabe a aplicação da sanção administrativa.

Com isso, conclui-se que o § 1º do art. 22 da LINDB envolve o exame da antijuridicidade e da culpabilidade da conduta praticada pelo agente público, eventualmente enquadrada em um fato típico administrativo.

O § 2º do art. 22 da LINDB prescreve que, na aplicação de sanções, serão considerados:

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

O primeiro aspecto implica um juízo de reprovação social sobre a conduta praticada pelo agente, ou seja, o exame da culpabilidade do fato, conforme exposto na subseção 2.4 *retro*. A partir desse dispositivo, o julgador deve verificar o grau de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma, a fim de decidir pela aplicação da pena.

No caso da sanção estabelecida no inciso II da Lei nº 8.443/1992, é possível afirmar que a análise da natureza e da gravidade da infração cometida se dá por ocasião da verificação da própria ocorrência do fato típico, uma vez que a descrição da conduta vedada contempla esses aspectos – ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial.

A verificação dos danos que sobrevieram para a administração pública, exigida no § 2º do art. 22 da LINDB, pode ocorrer por ocasião do exame da ocorrência do fato típico ou da reprovação social da conduta, a depender da norma violada. Por exemplo, os arts. 57 e 58, inciso III<sup>8</sup>, da Lei nº 8.443/1992 incluem esse aspecto no fato típico, o que implica a ne-

8 “Art. 57. Quando o responsável for julgado em débito, poderá ainda o Tribunal aplicar-lhe multa de até cem por cento do valor atualizado do dano causado ao erário.

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por: [...] III - ato de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte injustificado dano ao Erário”.

cessidade de perquirir a existência e a magnitude do dano, para a própria caracterização do fato típico administrativo.

Nos demais casos, em que o dano não estiver previsto na descrição do fato típico administrativo, o exame de tais aspectos também se insere na avaliação da reprovação social da conduta e do grau de lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma, ou seja, na avaliação da culpabilidade.

Já a perquirição das circunstâncias agravantes ou atenuantes e dos antecedentes do agente pertence à etapa de dosimetria da sanção, isto é, não são aspectos relacionados à verificação da ocorrência da infração administrativa e da culpabilidade.

Nesse ponto, ressalta-se que as novas disposições da LINDB inovam na ordem jurídica, ao tornar expresso o exame das condições pessoais do agente e de outros aspectos relacionados à culpabilidade para a aplicação da sanção administrativa. Nesse particular, é possível afirmar que os dispositivos buscam aproximar um pouco a dosimetria da pena administrativa daquela apontada na lei criminal, especificamente, no art. 59 do Código Penal.

Tal conclusão é reforçada com o disposto no § 3º do art. 22 da LINDB, segundo o qual “as sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato”.

O dispositivo concretiza o princípio do *non bis in idem*, no âmbito da atividade pública sancionadora. Conforme Sundfeld (2022, p. 150), embora o princípio tenha sido acolhido em sua versão menos rígida, pois não se proibiu a dupla sanção pelo mesmo fato, ele impôs a consideração das penas anteriores na dosagem das posteriores, mitigando o chamado excesso sancionatório.

A delimitação do alcance do § 3º demanda a interpretação do sentido do trecho “sanção de mesma natureza”. A dúvida é se ele abrange toda pena de natureza administrativa ou se estaria em jogo apenas o tipo de cominação – multa pecuniária, restrição a direito ou obrigação de fazer.

Ademais, caberia a discussão se a norma contempla penas de mesma natureza aplicadas por órgãos distintos em defesa de bens jurídicos diferentes<sup>9</sup>. A discussão da matéria extrapola os objetivos deste trabalho, o que não impede o seu desenvolvimento em estudo futuro.

De todo modo, o § 3º traz a possibilidade de se considerarem outras sanções na dosimetria de fatos, o que revela um reforço à ideia de proporcionalidade e razoabilidade na busca da individualização da sanção administrativa.

Segundo Jordão (2018, p. 63), o conjunto formado pelo art. 22 e seus três parágrafos impõe uma espécie de dever de contextualização na interpretação do direito, na aplicação de sanções e na responsabilização dos gestores públicos. Para o autor, o cumprimento dessas regras possibilitaria uma melhor consideração dos contextos fáticos que informam a implementação das normas e, por conseguinte, uma aplicação mais realista do direito público brasileiro.

### 3.2 Art. 28 da LINDB: avaliação dos elementos subjetivos do tipo administrativo

Os elementos subjetivos do tipo administrativo são o dolo e a culpa, no caso de infrações administrativas subjetivas. Tais aspectos devem ser perquiridos pelo julgador na decisão pela aplicação da sanção administrativa, assim como a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Segundo o art. 28 da LINDB, “o agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro”. O dispositivo exige interpretação, pois o legislador não usou o

<sup>9</sup> A propósito do segundo questionamento, cita-se o caso de atos de gestão ilegítimo ou antieconômico de que resulte prejuízo ao erário, praticados no âmbito de uma sociedade de economia mista, os quais podem ensejar o poder punitivo do TCU e da CVM. Nessa hipótese, os bens jurídicos tutelados pelos órgãos são distintos: o primeiro busca proteger o erário e a probidade das finanças públicas, o segundo, a higidez do mercado de capitais. Nesses termos, caberia perquirir se a sanção aplicada por um dos órgãos poderia ser considerada na dosimetria da imputada pelo outro, à luz do § 3º do art. 22 da LINDB.

binômio dolo/culpa ao abordar o elemento subjetivo do cometimento do ato ilícito.

No que se refere ao dolo, invoca-se a doutrina de Nucci (2020, p. 305), que o conceitua como “a vontade consciente de praticar a conduta típica (visão finalista – é o denominado dolo natural)”.

Considerando a natureza das normas tipificadoras da infração administrativa, que muitas vezes utilizam conceitos indeterminados ou abrangem o descumprimento de um estatuto jurídico que contempla regras também vagas, como visto no capítulo anterior, pode ser difícil demonstrar o dolo em matéria de gestão de recursos públicos.

Quanto ao erro grosseiro, cabe delimitar o sentido do termo no contexto da legislação em análise. Segundo o conceito clássico da doutrina civilista, o erro é a falsa percepção da realidade (de fato ou de direito). Segundo o Código Civil, a ideia de erro (substancial) é utilizada para a invalidação do negócio jurídico, não havendo referência ao termo nos dispositivos que tratam dos requisitos para a responsabilidade civil.

A despeito disso, a noção de erro veiculada no art. 28 da LINDB guarda relação com a ideia de culpa, na medida em que o agir administrativo está entrelaçado a um dever expresso no estatuto administrativo, que representa o cuidado objetivo exigido das pessoas sujeitas ao regime jurídico-administrativo.

Dessa forma, o erro seria o distanciamento do comportamento do agente frente ao preconizado pela ordem jurídico-administrativa, possuindo um sentido próximo à ideia de culpa em quaisquer de suas conhecidas modalidades – negligência, imperícia ou imprudência.

Segundo Nucci (2020, p. 312), a culpa pode ser conceituada como o comportamento voluntário desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, que produz um resultado ilícito, não desejado, mas previsível. O autor inclui entre seus elementos a ausência do dever de cuidado objetivo, a qual ocorre quando o agente deixou de seguir as regras básicas e gerais de atenção e cautela, exigíveis de todos que vivem em sociedade.

Transplantando a ideia para o Direito Administrativo, isso ocorre quando o agente público tiver deixado de seguir o padrão de cautela e atenção exigido no trato com a coisa pública, ou seja, quanto não tiver adotado salvaguardas, procedimentos e rotinas visando o cumprimento das normas. Tais aspectos devem ser examinados pela autoridade julgadora ao perquirir a ocorrência e gravidade do erro e da atuação culposa de um agente.

Sob essa perspectiva, o erro grosseiro implica um maior distanciamento do comportamento do agente frente ao exigido, sinalizando, portanto, a ideia de culpa grave, em quaisquer de suas conhecidas modalidades – negligência, imperícia ou imprudência graves.

Em sentido próximo, Binenbojm e Cyrino (2018, p. 213, destaque nosso) assinalaram que “[...] o erro grosseiro, para fins de responsabilização, não afasta a ocorrência de culpa. Na verdade, estão abrangidas as noções de imprudência, negligência e imperícia, *quando efetivamente graves – ou gravíssimas*”.

Da mesma forma, Dionísio (2019, p. 130) acentuou que o art. 28 da LINDB, ao utilizar a expressão “erro grosseiro”, passou a exigir a constatação de uma culpa de natureza grave ou gravíssima para que o equívoco seja considerado juridicamente inescusável. Dito de outra forma, houve uma ampliação no espaço de tolerância ao cometimento de erro pelo gestor.

A posição adotada neste trabalho está alinhada com a aludida doutrina e o entendimento do TCU expresso no Acórdão 2.391/2018-Plenário, de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, o qual vem sendo seguido pela jurisprudência predominante do Tribunal. Conforme exposto no voto condutor da referida decisão, o erro grosseiro “é o que decorreu de uma grave inobservância de um dever de cuidado, isto é, que foi praticado com culpa grave”<sup>10</sup>.

A deliberação mencionada invoca a doutrina de Farias e Rosenvald

---

<sup>10</sup> Há uma divergência atual no TCU a respeito do conceito de erro grosseiro/culpa grave. Basicamente, duas teses vêm sendo adotadas nos julgados do Tribunal: a do Ministro Benjamin Zymler, que conceitua erro grosseiro/culpa grave como a ação que poderia ser percebida por pessoa com diligência abaixo do normal, ou seja, que seria evitada por pessoa com nível de atenção aquém do ordinário; e a do Ministro Antônio Anastasia, que vincula o erro grosseiro/culpa grave ao comportamento destoante do homem/administrador médio. Para melhor compreensão dessa cizânia, ver NIEBUHR (2023).

(2015, p. 169), os quais conceituam a culpa grave como “[...] uma conduta em que há uma imprudência ou imperícia extraordinária e inescusável, que consiste na omissão de um grau mínimo e elementar de diligência que todos observam”.

A interpretação do TCU acabou sendo reproduzida no Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que, ao regulamentar os arts. 20 a 30 da LINDB, estatuiu, em seu § 1º do art. 12, que o erro grosseiro seria “[...] aquele manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia”.

Com isso, conclui-se que o legislador modificou o padrão exigido para a responsabilização dos agentes públicos pelo descumprimento das normas administrativas, impondo um critério mais rigoroso para a verificação da ocorrência da infração e, por conseguinte, para a aplicação de sanção, ao exigir a comprovação de culpa grave.

A jurisprudência do TCU é pacífica no sentido de que o art. 28 da LINDB somente se aplica ao exercício do poder sancionatório da Corte de Contas, não incidindo sobre a responsabilização financeira por prejuízos causados ao erário<sup>11</sup>.

O fundamento utilizado pelo Tribunal é o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que estabeleceu a responsabilidade do agente público perante a Administração Pública por danos causados a terceiros, nos casos de dolo ou culpa, sem estabelecer qualquer graduação.

O TCU também invoca a legislação civil, que não faz nenhuma distinção entre os graus de culpa para fins de reparação do dano. Conforme exposto no voto condutor do Acórdão 2.391/2018-Plenário, “tenha o agente atuado com culpa grave, leve ou levíssima, existirá a obrigação de indenizar”.

11 Nesse sentido, os Acórdãos 2.872/2019-Plenário, Ministro Aroldo Cedraz, 14.130/2019-1ª Câmara, Ministro Walton Alencar, 2.768/2019-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, 13.934/2019-1ª Câmara, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, 10.590/2019-2ª Câmara, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer, 5.547/2019-1ª Câmara, Relator Ministro Benjamin Zymler, 467/20191 Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler e 173/2019-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, e 2.391/2018-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler.

Diverge-se do entendimento do Tribunal quanto a esse ponto.

Inicialmente, é preciso registrar que o legislador não fez referência, de modo expresse, à atividade de aplicação de sanções, como procedeu nos §§ 2º e 3º do art. 22 da LINDB, analisados no tópico anterior. Ao revés, ele adotou o verbo “responder”, que é utilizado tanto na esfera civil como na criminal para tratar de penas e indenização.

Sob essa singela perspectiva, não caberia ao intérprete limitar o sentido do termo para abarcar apenas o exercício do poder sancionatório estatal. Invoca-se, aqui, a vetusta regra da hermenêutica, segundo a qual, a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir.

Por outro lado, o entendimento trazido pelo TCU implicaria que o regime jurídico da aplicação de sanções administrativas seria diferente do regime de responsabilização por dano ao erário, o que se mostra desarrazoado, já que a conduta em causa é exatamente a mesma: a violação de normas sobre gestão pública. Diante de um mesmo fato – a infração de uma norma de gestão pública – é razoável que o parâmetro de responsabilização seja o mesmo, tanto para impor o dever de ressarcir como para sancionar.

No que se refere ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal, observa-se que o dispositivo trata da responsabilidade civil do agente público, que decorre da obrigação geral de indenizar por ato ilícito, a qual não se confunde com a responsabilidade por dano ao erário em função da violação a normas sobre gestão pública.

Segundo Gomes (2012):

A responsabilidade financeira reintegratória tem por paradigma a responsabilidade civil subjetiva, sem, entretanto, se confundir com esta espécie tradicional de responsabilidade jurídica. Acrescenta-se aos requisitos da responsabilidade civil, o exercício da gestão de bens, dinheiros e valores públicos e a violação de normas pertinentes (GOMES, 2012, p. 170).

Para o autor, a responsabilidade financeira constitui:

Categoria jurídica autônoma ou um instituto jurídico não englobado pelas demais espécies de responsabilização, apesar de, sob alguns aspectos, apresentar semelhanças importantes com algumas dessas categorias [responsabilidade civil, responsabilidade penal, responsabilidade administrativa e responsabilidade por ato de improbidade administrativa] (GOMES, 2012, p. 302).

Sendo assim, não há óbice constitucional a que os elementos subjetivos para a responsabilização por dano ao erário sejam definidos em lei, que pode estabelecer parâmetros diferentes para a imposição de resarcir, restringindo condenações à ocorrência de dolo ou culpa grave, a fim de dar mais segurança ao gestor público para a tomada de decisões, especialmente em um ambiente de regras jurídicas com elevado grau de indeterminação.

Essa é a posição de Binenbojm e Cyrino (2018) ao se contraporem à objeção de que o art. 28 da LINDB contraria o art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

A adoção da categoria de erro grosseiro nos parece uma legítima opção legislativa, que respeita os limites de livre conformação estabelecidos pelo constituinte. [...] E isso atende a objetivos concomitantes que o legislador pretendeu harmonizar ao fazer a sua escolha: de um lado, a repressão aos casos de negligência, imprudência e imperícia graves e, de outro lado, a promoção da segurança jurídica e de uma certa abertura experimental a soluções inovadoras pelo agente público (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 217).

Da mesma forma, Niebuhr (2018) também não vislumbra qualquer inconstitucionalidade quanto à incidência do art. 28 da LINDB sobre a responsabilidade financeira por dano. Em suas palavras:

[...] a despeito da Constituição referir-se à indenização nos casos de dolo ou culpa, sem qualquer gradação, nada impede que o legislador infraconstitucional discipline o assunto e estabeleça balizas e condicionantes, definindo graus de culpa para efeito da obrigação de indenização por parte de agentes públicos (NIEBUHR, 2018).

Em pesquisa do direito comparado, observa-se que esse *standard* de responsabilização já é adotado na legislação da Itália e de Portugal.

Conforme o art. 1º da Lei 14 de janeiro de 1997, nº 20, que trata da jurisdição e controle do Tribunal de Contas da Itália (em tradução livre):

A responsabilidade dos sujeitos submetidos à jurisdição do Tribunal de Contas em questões de contabilidade pública é pessoal e limitada aos fatos e omissões cometidos com dolo ou *culpa grave*, preservada a insindicabilidade das escolhas discricionárias. Em qualquer caso, é excluída a *gravidade da culpa* quando o dano se originou de um ato anteriormente visado e registrado em sede de controle preventivo de legitimidade, limitado aos aspectos levados em consideração no exercício do controle [...] (TRIBUNAL DE CONTAS DA ITÁLIA, 1997, tradução nossa, destaques nossos).

O mesmo parâmetro de responsabilização se verifica nos arts. 60 e 62, item 3, da Lei nº 98/97, de 26 de agosto (Lei de Organização e Processo do Tribunal de Contas de Portugal):

Artigo 60.º

Reposição por não arrecadação de receitas

Nos casos de prática, autorização ou sancionamento, com dolo ou culpa grave, que impliquem a não liquidação, cobrança ou entrega de receitas com violação das normas legais aplicáveis, pode o Tribunal de Contas condenar o responsável na reposição das importâncias não arrecadadas em prejuízo do Estado ou de entidades públicas.

Artigo 62.º

Responsabilidade direta e subsidiária

(...)

3 - É subsidiária a responsabilidade financeira reintegratória dos membros do Governo, gerentes, dirigentes ou membros dos órgãos de gestão administrativa e financeira ou equiparados e exatores dos serviços, organismos e outras entidades sujeitos à jurisdição do Tribunal de Contas, se forem estranhos ao facto, quando:

c) No desempenho das funções de fiscalização que lhe estiverem cometidas, houverem procedido com culpa grave, nomeadamente quando não tenham acatado as recomendações do Tribunal em ordem à existência de controlo interno. (TRIBUNAL DE CONTAS DE PORTUGAL, 1997, destaques nossos)

Dessa forma, entende-se que a limitação da responsabilidade por dano aos casos de erro grosseiro e dolo não implica violação a nenhuma norma constitucional, em especial ao art. 37, § 6º, que trata de modalidade de responsabilização absolutamente distinta.

Ainda que se possa discutir a inadequação de um eventual afrouxamento das normas de controle, especialmente em face do ambiente de corrupção e desorganização administrativa que parece vigorar no país, essa discussão insere-se no contexto de uma análise prescritiva do comando legal, de sua conveniência e oportunidade, o que não vem a ser o propósito deste estudo.

A tese que se defende é a de que os aspectos subjetivos do tipo administrativo e da responsabilização por dano ao erário podem ser definidos pela lei, não havendo nenhum obstáculo constitucional à disciplina do tema, especialmente se o propósito for dar um espaço maior de segurança ao administrador público para que tome decisões razoáveis e fundamentadas, confluentes com o interesse público.

Sendo assim, considerando que a Lei nº 8.443/1992 é omissa quanto aos elementos subjetivos da infração e da responsabilização financeira por dano ao erário, conclui-se que o art. 28 da LINDB se aplica tanto ao exercício do poder sancionatório como à imposição do dever de ressarcir manejados pelo TCU.

### 3.3 Novo parâmetro de motivação das decisões sobre a regularidade de conduta

Devido à abertura das normas que tratam de infração e sanção administrativas, como exposto no item 2.2 *supra*, faz-se necessário que a autoridade encarregada de exercer o poder sancionatório proceda a uma rigorosa justificação. Tal dever foi incrementado com as modificações ocorridas na LINDB descritas nos tópicos anteriores.

A partir de então, a instância decisória deve demonstrar que cumpriu as regras estabelecidas nos arts. 22 e 28 da LINDB para a aplicação da sanção administrativa por violação de normas sobre gestão pública. Tais dispositivos exigem a verificação da ilicitude da conduta e da existência de dolo ou erro grosseiro e da culpabilidade do fato praticado pelo agente.

Essa conclusão está alinhada com a doutrina de Palma (2020, p. 229), segundo a qual as mudanças ocorridas na LINDB impuseram um ônus argumentativo ao controlador. Em sua visão, este “[...] pode tomar a decisão que julga ser a mais acertada, mas, para fazê-la validamente, terá que demonstrar os elementos do raciocínio empregado que a lei específica”.

A exteriorização desses aspectos na motivação da decisão viabiliza o controle da atividade punitiva do Estado, na medida em que oferece melhores subsídios à crítica do juízo formulado, possibilitando o amadurecimento da jurisprudência e o aperfeiçoamento da própria atividade sancionatória.

A melhoria na fundamentação, no padrão exigido pela LINDB, também favorece o papel orientativo das decisões sancionatórias por tornar explícitos o comportamento proibido, o grau de lesividade e a consequência da infração.

Como assinala Guardia (2014):

A validade da solução que resultar a aplicação da sanção depende de adequada motivação, de modo que os fundamentos sejam relacionados, com vistas à elaboração de discurso justificativo da decisão tomada. A motivação presta-se a expor as razões que

legitimam o ato decisório; persuadir as partes sobre a correta aplicação da lei; permitir o controle crítico do decidido; aprimorar a aplicação do direito, e consequentemente, promover o aperfeiçoamento das instituições jurídicas e da orientação jurisprudencial (GUARDIA, 2014, p. 785).

A rigorosa fundamentação das decisões, seguindo as balizas expostas, também é importante para conferir impessoalidade e uniformidade ao exercício do poder sancionatório. Com isso, será possível perquirir a pena usualmente aplicada em casos semelhantes, o que viabilizará a construção de uma jurisprudência coerente e coesa, minimizando o risco de tratamento não isonômico.

#### 4 CONCLUSÃO

A Lei nº 13.655/2018 instituiu um novo marco jurídico para a aplicação de sanções administrativas cominadas aos agentes públicos por violação às normas sobre gestão pública. Esse novo *standard* de responsabilização está expresso nos arts. 22 e 28 da LINDB.

Tais disposições se dirigem às autoridades julgadoras, nas esferas administrativa, controladora e judicial, que devem seguir uma série de passos para a verificação da ocorrência da infração e para a aplicação da pena cominada pela norma administrativa. Por conseguinte, as novas regras são impositivas ao exercício do poder sancionatório pelo TCU.

É possível afirmar que as novas disposições da LINDB buscaram aproximar a racionalidade da decisão quanto à aplicação de sanção administrativa e à definição de sua dosimetria da que é adotada para a imputação de sanção criminal.

Diante desse novo quadro normativo, o julgador de contas deve, em um primeiro momento, proceder à análise da tipicidade da conduta, a partir do exame do seu enquadramento na Lei nº 8.443/1992.

Em seguida, deve verificar a gravidade da infração cometida e os danos que dela provierem para a administração pública, com o propósito de aferir o grau de lesividade da conduta, considerada a ordem jurídica como um todo (art. 22, § 2º, primeira parte). Em outras palavras, o julgador deve perscrutar a tipicidade material da conduta.

Na sequência, o julgador deve examinar se o agente público agiu com dolo ou erro grosseiro, que corresponde a uma grave inobservância de um dever de cuidado objetivo, a uma atuação com culpa grave em quaisquer de suas modalidades – negligência, imperícia ou imprudência graves (art. 28).

Ademais, deve perquirir as circunstâncias práticas do cometimento da infração, os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas, no intuito de examinar a ocorrência de alguma excludente de antijuridicidade ou culpabilidade da conduta ou, pelo menos, algum fator de redução da sanção (art. 22, § 1º).

Além disso, a instância decisória deve avaliar as circunstâncias agravantes ou atenuantes, os antecedentes do agente e a existência de sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato, a fim de estabelecer o *quantum* da pena (art. 22, § 2º, segunda parte, e § 3º).

Por fim, o julgador de contas deve demonstrar, na parte dispositiva da deliberação, que seguiu as balizas supramencionadas, tanto para a decisão de punir, como para a definição da dosimetria da sanção.

Como se vê, o legislador modificou o padrão exigido para a responsabilização dos agentes públicos, ao impor critérios mais rigorosos para o exercício do poder punitivo pelo TCU e exigir um maior ônus argumentativo por parte da autoridade julgadora.

A efetiva aplicação desse novo marco jurídico tem o potencial de aumentar a racionalidade e a uniformidade no exercício do poder sancionatório do TCU por violação de normas sobre gestão pública.

As novas disposições da LINDB miram uma melhor distribuição da justiça, o melhor cumprimento do princípio da individualização da pena e

um melhor controle da atividade sancionatória do Estado por parte do jurisdicionado. Se aplicadas, na prática, as novas regras possibilitarão uma maior racionalidade e uniformidade na imputação de sanções administrativas por violação de normas sobre gestão pública, o que certamente irá contribuir para o incremento da segurança jurídica na aplicação do Direito Público.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BINENBOJM, G.; CYRINO, A. O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 203-224, nov. 2018. Disponível em: <http://biblioteca-digital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655/74318>. Acesso em: 8 mar. 2023.

DIONÍSIO, P. de H. **O direito ao erro do administrador público no Brasil: contexto, fundamentos e parâmetros**. 2019. 229 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Constitucional; Direito da Cidade; Direito Internacional e Integração Econômica) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD; N. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, E. C. da S. **Responsabilidade Financeira. Uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos tribunais de contas**. Porto Alegre. Almedina. 2012.

GUARDIA, G. E. R. S. **Princípios processuais no direito administrativo**

sancionador: um estudo à luz das garantias constitucionais. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 109, p. 773-793, dez., 2014. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89256>. Acesso em: 9 mar. 2023.

JORDÃO, E. Art. 22 da LINDB: Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, Edição Especial, p. 63-92, nov., 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 10 mar. 2023.

MELLO, R. M. de. Sanção administrativa e o princípio da culpabilidade. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 25-57, out./dez., 2005.

NIEBUHR, J. de M. **O Erro Grosseiro**: análise crítica do Acórdão nº 2.391/2018 do TCU. 2018. Disponível em: <https://zenite.blog.br/o-erro-grosseiro-analise-critica-do-acordao-no-2-3912018-do-tcu/>. Acesso em: 8 mar. 2023.

NIEBUHR, J. de M. Erro grosseiro na visão do TCU: a divergência entre Anastasia e Benjamin. **Revista Consultor Jurídico**, 10 de março de 2023, 20h32. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-10/joel-niebuhr-tcu-divergencia-erro-grosseiro>. Acesso em: 8 mar. 2023.

NIETO, A. **Derecho administrativo sancionador**. Madrid: Tecnos, 2008.

NOBRE JÚNIOR, E. P. Sanções administrativas e princípios de direito penal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 219, p. 127-151, jan., 2000. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47499>. Acesso em: 10 mar. 2023.

NUCCI, G. de S. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, A. F. C. O tipo e a tipicidade no contexto do direito administrativo sancionador. **Conhecimento Interativo**, São José dos Pinhais, PR, v. 5, n. 1, p. 22-34, jan./jun., 2011. Disponível em: file:///C:/Users/Marlene/Downloads/66-280-1-PB%20(1).pdf. Acesso em: 9 jul. 2020.

OLIVEIRA, C. E. E. de. O juízo de proporcionalidade na fase de instauração de procedimentos disciplinares. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3.555, mar., 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24057>. Acesso em: 9 mar. 2023.

OLIVEIRA, R. F. de. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: RT, 2005.

OSÓRIO, F. M. Direito Administrativo Sancionador. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2019.

PACELLI, E.; CALLEGARI, A. **Manual de Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2016.

PALMA, J. B. Segurança jurídica para a inovação pública: a nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Lei nº 13.655/2018). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82012>. Acesso em: 10 mar. 2023.

SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo: o novo olhar da LINDB**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

VITTA, H. G. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.