JOTA

Entenda como as mudanças no IR, o novo Refis e a tributação de dividendos afetam os seus negócios. Fique um passo à frente com o JOTA PRO Tributos!

CONTROLE PÚBLICO

Como o TCU aplica a LINDB?

Pesquisa revela a necessidade de ajustes no processo de decantação da LINDB no TCU

ANDRÉ DE CASTRO O. P. BRAGA
ANDRÉ ROSILHO
CONRADO TRISTÃO
GABRIELA DUQUE
MARIANA VILELLA
PEDRO A. AZEVEDO LUSTOSA
VITÓRIA DAMASCENO

01/09/2021 15:01

Crédito: Unsplash

Em 2018, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) foi atualizada. Houve a inclusão de 10 novos dispositivos voltados a aumentar a segurança jurídica na criação, interpretação e aplicação do direito público. O objetivo foi contribuir para a criação de um ambiente jurídico mais propício à inovação.

Os novos dispositivos da LINDB, em sua maioria, apenas consolidam em lei geral "melhores práticas" disseminadas em normas esparsas e na jurisprudência. Contudo, suscitaram forte oposição no âmbito do processo legislativo, sobretudo por parte de órgãos de controle.[1]

O tempo passou e a nova LINDB foi incorporada ao cotidiano do mundo público. O diploma "pegou". Agora, pesquisadores e acadêmicos têm o desafio de identificar, compreender e sistematizar o modo como órgãos de controle — inclusive aqueles

que inicialmente foram refratários às mudanças — aplicam os arts. 20 a 30 da LINDB, bem como de analisar as interpretações que vão se consolidando.

Motivado por esse desafio, o Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público, com o apoio da Confederação Nacional da Indústria (CNI), acaba de concluir pesquisa que mapeou todas as decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União (TCU) que expressamente aludiram aos novos dispositivos da LINDB nos dois primeiros anos de vigência do diploma (2018-2020).

Por volta de 60% dos 299 acórdãos que compuseram a base de dados citou os arts. 22 e 28, isolados ou em conjunto. Dentre os temas abordados pela nova LINDB, dosimetria de sanções e responsabilização pessoal de agentes públicos foram os que mais mobilizaram a atenção de técnicos e ministros.

No que tange ao art. 28, dispositivo ao redor do qual orbitam os achados de pesquisa mais significativos, destacamos duas constatações importantes.

A primeira é a de que o art. 28, quando expressamente invocado, tem sido utilizado pelo TCU para condenar (80% dos casos).

A segunda é a de que o TCU tem se esforçado para fixar, em abstrato, de modo bastante objetivo, condutas que, a seu ver, caracterizariam erro grosseiro para fins de responsabilização pessoal de agentes.

Para o Tribunal, é erro grosseiro, por exemplo: **(i)** a contratação fundada em inexigibilidade de licitação sem caracterização da inviabilidade de competição (Acórdão 22/2021-2ª Câmara); **(ii)** o descumprimento, sem motivação, de determinação expedida pelo TCU (Acórdão 2028/2020-Plenário); **(iii)** o pagamento de serviços de natureza continuada prestados sem respaldo contratual (Acórdão 13053/2019-2ª Câmara); **(iv)** a decisão do gestor que desconsidera, sem a devida motivação, parecer da consultoria jurídica do órgão ou da entidade que dirige (Acórdão 264/2019-Plenário); e **(v)** o direcionamento de licitação para marca específica sem a devida justificativa técnica (Acórdão 1264/2019-Plenário).

O curioso é que, ao criar "lista" de condutas objetivamente qualificáveis como erro grosseiro, o TCU, em vez de se concentrar na verificação de fatores subjetivos que

tornariam aceitável eventual violação a regra ou preceito jurídico (erro escusável), limita-se a reiterar o fato de que certas condutas violam o ordenamento.

Supõe, assim, que a mera constatação do cometimento de certas irregularidades seria suficiente para caracterizar erro grosseiro e, por conseguinte, para punir.

Tal postura não parece atender ao art. 28 da LINDB. O dispositivo, ao afirmar que a responsabilidade pessoal ocorre apenas em caso de dolo ou erro grosseiro, demanda que as autoridades delimitem, com a maior precisão possível, as circunstâncias concretas que, presentes, qualificam erros como escusáveis.[2]

Isso não quer dizer que as condutas mapeadas pelo TCU não possam vir a configurar erros grosseiros, tampouco que a aplicação "mais correta" do art. 28 seria sempre aquela que isenta gestor público de responsabilidade pessoal. A pesquisa se limita a registrar potencial insuficiência do método usado pelo TCU para caracterizar erro grosseiro.

O relatório completo da pesquisa estará no ar em breve. Nesse semestre, o Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp e a CNI farão evento para levar a pesquisa a debate público.

Receba gratuitamente a newsletter Impacto nas Instituições

A Impacto nas Instituições traz um resumo dos principais acontecimentos do dia e análises de quem conhece os bastidores dos Três Poderes

Nome *

Email *

Empresa *

Ao informar meus dados, eu concordo com a Política de Privacidade e com os Termos de Uso.

Assinar a newsletter!

[1] Ver, por exemplo, "Presidente e Ministros do TCU pedem a Temer que vete mudanças na LINDB", *Consultor Jurídico*, 18.4.2018. Disponível em: **https://www.conjur.com.br/2018-abr-18/presidente-ministros-tcu-pedem-temer-vete-lindb**.

[2] Em texto anterior desta coluna, comentamos caso recente (não abarcado pela pesquisa em questão) em que o TCU, ao aferir a responsabilidade de agentes públicos, procurou avaliar a existência de erros escusáveis, nos termos do art. 28 da LINDB. Ver André Rosilho. "Será que o TCU prefere ser temido?", **JOTA**, 7/7/2021. Disponível em: **https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/sera-que-o-tcu-prefere-ser-temido-07072021**.

ANDRÉ DE CASTRO O. P. BRAGA – Doutorando em Administração Pública e Governo pela FGV-SP. Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP e em Administração Pública pela FGV-RJ. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Advogado
ANDRÉ ROSILHO – Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. Doutor em direito pela USP. Mestre em direito pela FGV Direito SP. Advogado.
CONRADO TRISTÃO – Mestre em Direito pela FGV Direito SP. Doutorando em Direito pela FGV Direito SP. Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp.
GABRIELA DUQUE – Mestranda em Direito Administrativo na PUC/SP. Pesquisadora do grupo de pesquisa "Formas contemporâneas de contratação pública e seu impacto e efetividade nas atividades administrativas" da PUC/SP. Pesquisadora do Observatório do TCU da FGV. Direito SP + Sociedade Brasileira de Direito Público. Advogada no Da Fonte Advogados
MARIANA VILELLA – Coordenadora da Escola de Formação Pública na Sociedade Brasileira de Direito Público – sbdp. Pesquisadora do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Mestre e doutoranda em Educação na PUC-SP. Graduada em Direito pela USP.
PEDRO A. AZEVEDO LUSTOSA – Pesquisador do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Bacharel em Direito pela UnB. Advogado em Piquet, Magaldi e Guedes.
VITÓRIA DAMASCENO – Pesquisadora do Observatório do TCU da FGV Direito SP + sbdp. Bacharela em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Associada de Piquet, Magaldi e Guedes Advogados.